

ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

AÑO XIX, N° 40 – JULIO 2019



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

Asistente de Redacción
Fairús K. Docmac Larraín

Consejo Editorial

Hugo Rosende Álvarez	Julio Alvear Téllez
Jorge Ogalde Muñoz	Camila Boettiger Philipps
Bruno Caprile Biermann	Cecilia Alcalde Prieto
Sergio Verdugo Ramírez	Raúl Campusano Droguett
José Manuel Díaz de Valdés Julia	

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
I. TEMA CENTRAL: REFORMAS Y CONTRARREFORMAS, IMPULSO U OLEADA LEGISLATIVA	
• Reforma al sistema de pensiones en Chile (María José Zaldívar)	13
• Caracterización del derecho de aprovechamiento de aguas y propuestas de reforma (Camila Boettiger)	29
• Consideraciones sobre el arbitraje tributario internacional como herramienta de modernización tributaria (María Francisca Labbé)	61
• Incentivos y desincentivos a la inversión (Soledad Recabarren)	81
• El mercado de medicamentos y el derecho a la salud. Un balance crítico de la Ley de Fármacos (I y II) (Julio Alvear)	101
• Institucionalización legal del Consejo Fiscal Autónomo en Chile (Hermann González Bravo y José Riquelme González)	129
• Ley de cambio climático para Chile. Algunas reflexiones (Raúl Campusano y Nicolás Vasallo)	149
• Debate, problemática y efectos que derivan de la Ley de Identidad de Género e incertidumbre sobre la inclusión de menores de edad (Nicolás Rodríguez)	179
• La fijación de plazos de prohibición de ingreso de extranjeros al país. Notas sobre la inconstitucionalidad de algunos artículos del proyecto de ley de migración y extranjería (boletín N° 8970-06) (Tomás Greene)	201
II. ESTUDIOS Y ENSAYOS	
• Gobierno corporativo y compliance: impacto de la Ley n.º 21121 en la administración de Sociedades Cotizadas (Francisco Pfeffer)	229
• La justicia militar chilena y la urgente necesidad de su reforma integral (Sergio Cea y Patricio Morales)	251
• Los vicios del consentimiento (Fernando Rabat, Francesca Mauriziano e Ignacia Vicuña)	267
• La prisión preventiva en ausencia, bajo la hipótesis de inasistencia del imputado al juicio oral. Un asunto de oportunidad (Fernando Sariego)	295
• Aplicación de los tópicos a las decisiones judiciales (Santiago Zárate)	327
• Algunas consideraciones en torno al orden público en el derecho civil, como un concepto jurídico indeterminado (Emilio Becar)	347
• Revisión de la responsabilidad disciplinaria y civil de los clubes de fútbol en Chile a propósito de los incidentes violentos en la final de la Copa Libertadores 2018 (Martín Briceño)	379

- ¿Necesita Chile un principio de Estado Social en la Constitución? (Rodrigo Poyanco).... 409
- Las ideas políticas en el Chile de fines del siglo XVIII: entre el Barroco y el Absolutismo (Eduardo Andrades) 443
- *Amicus Curiae* en sede penal (Rodrigo Vera) 463
- Algunas notas en torno a las nociones de *Ius* y *Iustitia* en D.I. (Benjamín Musso) 481

III. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

- Ley del consumidor y cosa juzgada (Nicolás Enteiche)..... 501
- La acción resolutoria y la excepción de contrato no cumplido en el marco de los incumplimientos recíprocos (Aníbal Korn) 517
- Conceptualización del daño ambiental y la integración del valor de los servicios ecosistémicos en las resoluciones judiciales. Comentario jurisprudencial de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, autos Rol D-3-2014 (Cristián Peña y Lillo) ... 531
- Compraventa, tradición, inoponibilidad y aeronaves: reflexiones respecto de una sentencia de la Excm. Corte Suprema sobre la “Venta de un avión ajeno” (Ignacio Seguel) ... 545

IV. LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES.

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, N° 14, abril de 2019 559
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, N° 41 de 2019 561

PRESENTACIÓN

El presente número de la revista *Actualidad Jurídica*, busca enfocarse en los cambios regulatorios que se están discutiendo en nuestro país, para ofrecerle a la comunidad jurídica una mirada respecto a estas discusiones, desde la opinión formada de varios autores que de manera generosa han contribuido con este número 40.

Así, comienza la revista abordando tres reformas tremendamente importantes: al sistema de pensiones, a la legislación tributaria y al *Código de Aguas*.

Sobre el proyecto de ley que modifica el sistema de pensiones, contamos con la opinión de una de las voces más autorizadas en la materia, la subsecretaria de Previsión Social, María José Zaldívar, quien explica por qué es necesario introducir cambios al sistema previsional, con el propósito de mejorar las pensiones, de incentivar el ahorro prolongado y de focalizar el apoyo en quienes más lo necesitan.

Por otra parte, la profesora Camila Boettiger nos plantea un trabajo en virtud del cual el lector pueda conocer las diferentes opciones legislativas que se han tomado en nuestro país para caracterizar el derecho de aprovechamiento sobre las aguas terrestres y, sobre esta base, analiza el concepto, facultades y características del derecho de aprovechamiento de aguas en Chile.

Luego, Francisca Labbé y Soledad Recabarren plantean su opinión experta sobre el proyecto de Modernización Tributaria que se discute actualmente en el Congreso Nacional. Francisca Labbé explica cómo el proyecto mejora la regulación en materia de arbitraje tributario internacional, entiendo este como una de las herramientas impulsadas por la OCDE para avanzar hacia mejores niveles de seguridad jurídica, junto con el modo para resolver conflictos de tributación internacional por autoridades imparciales y técnicas, y el aumento en los niveles de confianza de los inversionistas que esto conlleva. Por su parte, la experta en estas materias Soledad Recabarren analiza cuatro medidas proinversión del proyecto para luego analizar la depreciación instantánea.

Sin embargo, la actividad legislativa no se agota en estas iniciativas y nuestros autores se hacen cargo de esto. Así, el doctor en derecho, profesor Julio Alvear, se refiere a los cambios en el mercado de los medicamentos, a propósito de los últimos cambios en la materia, Ley de Fármacos I, y el proyecto en actual tramitación legislativa, Ley de Fármacos II. En materia de responsabilidad fiscal, el jefe de asesores del Ministerio de Hacienda, y coor-

dinador macroeconómico de esta cartera, Hermann González Bravo, junto con el abogado y profesor de la UDD, José Riquelme González, coordinador legislativo de dicho Ministerio, nos entregan un trabajo donde desarrollan las bondades observables en la institucionalización legal del Consejo Fiscal Autónomo en Chile; un contrapeso para cada gobierno en su política fiscal y, por lo mismo, un aporte a esta.

Por otra parte, el profesor de nuestra facultad, Raúl Campusano, nos ofrece su mirada experta respecto de la eventual presentación de un proyecto de ley sobre cambio climático y sus posibles efectos sustantivos, no solo en el ámbito del cambio climático, sino que, en general, en el campo ambiental y en numerosos aspectos de la vida y la actividad nacional, ofreciéndole a la comunidad jurídica la experiencia de derecho comparado y de especialistas en la materia.

Para cerrar nuestro Tema Central, contamos con trabajos de los abogados Nicolás Rodríguez y Tomás Greene. El primero de ellos, alumno de nuestra facultad, revisa la ley de identidad de género aprobada recientemente, plantea cómo se desarrolló el debate en el Congreso Nacional, cómo ha sido tratada la materia en el derecho comparado de la región y finalmente, las aristas indirectas conexas con la ley que, a su juicio, muestran la vulnerabilidad de esta nueva legislación. A su vez, Tomás Greene expone como un problema la gran atribución que se le da a la autoridad administrativa e, incluso, a la policía para establecer plazos de prohibición de ingreso al país que se les imponen a extranjeros, respecto del proyecto sobre la regulación en una materia tan atingente como lo es el fenómeno migratorio que se observa en nuestro país con más fuerza cada año.

En cuanto a los diferentes trabajos en nuestra sección Estudios y Ensayos, el destacado abogado Francisco Pfeffer expone sobre la relación existente entre los conceptos de gobierno corporativo y *compliance* y el tan relevante asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el impacto de los nuevos delitos introducidos por la Ley n.º 21121.

En otras materias, una siempre autorizada voz como la del profesor Sergio Cea, junto a Patricio Morales, analizan el estado de la justicia militar chilena y examinan los motivos por los cuales corresponde afrontar su reforma integral en el más breve plazo.

Nuestro profesor de Derecho Civil, Fernando Rabat, junto a las abogadas Francesca Mauriziano Concha e Ignacia Vicuña Alessandri abordan la siempre interesante (y presente) temática de los vicios del consentimiento, revisando la forma cómo los principales autores chilenos tratan los temas e interrogantes que surgen de la regulación legal.

En materia penal, Fernando Sariego aborda el cambio que se tuvo en el procedimiento penal en cuanto a la prisión preventiva y su oportunidad

para solicitarla, mientras que Santiago Zárata se refiere a la necesidad de aplicar la tópica a las decisiones judiciales.

Emilio Bécar plantea algunas consideraciones en torno al orden público en el derecho civil, como un concepto jurídico indeterminado, desarrollando los tres niveles que tiene la norma jurídica para explicar su postura. Martín Briceño hace una revisión de la responsabilidad disciplinaria y civil de los clubes de fútbol en Chile, profundizando en las distintas normas jurídicas con que cuenta la víctima para obtener una indemnización por los perjuicios sufridos.

En materia constitucional, el doctor en derecho, profesor Rodrigo Poyanco nos invita a una reflexión, respecto a si Chile necesita un principio de estado social en su Carta Fundamental, en cuyo caso, volveríamos a los principios de la Constitución de 1925.

Por otra parte, Eduardo Andrades, doctor en derecho y profesor de la cátedra Historia del Derecho de esta casa de estudios, desarrolla las ideas políticas en el Chile de fines del siglo XVIII que contribuyeron a influir en las ideas independentistas del país. Finalmente, contamos con dos enriquecedores aportes de los profesores Rodrigo Vera y Benjamín Musso; el primero, analiza la factibilidad o viabilidad procesal, conveniencia y particularidades de la intervención del denominado *Amicus Curiae*; el segundo analiza el concepto que da Celso de derecho, y a partir de esto ver si existe alguna teoría de la justicia.

Luego, en nuestra sección sobre Comentarios de Jurisprudencia, nos alegramos de presentar cuatro prolijos trabajos. El primero, del profesor y abogado UDD, Nicolás Enteiche, quien analiza un fallo de la Corte Suprema respecto del alcance de la Ley del Consumidor en materia de contrato de estacionamientos; Anibal Korn, aborda los alcances de la excepción de contrato no cumplido, al alero de la acción resolutoria en un caso de incumplimientos recíprocos, examinando los problemas que plantea la excepción de contrato no cumplido respecto de ciertas instituciones jurídicas; Cristián Peña y Lillo aborda la conceptualización del daño ambiental y la integración del valor de los servicios ecosistémicos en las resoluciones judiciales, a propósito de una sentencia del Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia. Para terminar, Ignacio Seguel analiza una sentencia, también la Corte Suprema, en un caso en el que una compañía vendió la misma aeronave a dos personas distintas y en fechas diversas.

De esta manera, podrá observar el lector que hemos puesto a su disposición, y de la comunidad jurídica del país, una mirada respecto de los cambios regulatorios actualmente en discusión, junto con opiniones expertas de los más variados temas de relevancia en el derecho, como ha sido nuestra tradición. Así, esperamos mantener el interés en nuestra publicación

constante y que solo tiene por objetivo, contribuir con opiniones expertas al debate jurídico.

EL DIRECTOR

TEMA CENTRAL

“REFORMAS Y CONTRARREFORMAS,
IMPULSO U OLEADA LEGISLATIVA”



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

REFORMA AL SISTEMA DE PENSIONES EN CHILE

REFORM OF THE PENSION SYSTEM IN CHILE

Maria José Zaldivar

RESUMEN: El presente artículo busca entregar una visión respecto del sistema de pensiones chileno, considerando someramente su historia, sus fundamentos y principales modificaciones legislativas hasta llegar a la situación actual, con el objetivo de exponer los principales lineamientos del proyecto de reforma del sistema de pensiones que se está tramitando en el Congreso Nacional, con un especial énfasis en aquellas medidas o focos que buscan mejorar los montos de las pensiones de los actuales y de los futuros pensionados.

PALABRAS CLAVE: Sistema de pensiones - Pilar solidario - Pensiones autofinanciadas.

ABSTRACT: This article seeks to deliver a vision regarding the Chilean Pension System, briefly considering its history, its foundations and main legislative amendments until reaching the current situation, with the objective of exposing the main guidelines of the pension reform project that is processing in the National Congress, with a special emphasis on those measures or focuses that seek to improve the amounts of pensions of current and future pensioners.

KEYWORDS: Pension System - Pilar Solidario - Self-financed Pensions.

INTRODUCCIÓN

Chile cuenta con un sistema de pensiones que ha buscado responder a sus necesidades, pero también a su historia y experiencia. Hasta el año 1980 en línea con la tendencia mundial, y con una fuerte influencia del modelo alemán propuesto por Otto von Bismarck, nuestro sistema estaba constituido

por múltiples cajas de previsión que funcionaban sobre la base de un modelo contributivo, de reparto y de beneficios definidos. Los cotizantes estaban adscritos a la caja que les correspondía sobre la base de las labores que desarrollaban, y cada una de ellas se regía por sus propios estatutos. Lo anterior llevaba a que hubiese una gran diferencia entre los requisitos que se exigían en las distintas cajas para poder acceder a una pensión al momento de pasar al retiro, así como a los beneficios propiamente tales que se entregaban, y que estos se otorgaran sobre la base de reglas preestablecidas que no necesariamente tenían relación con lo efectivamente aportado durante la vida activa.

Lo anterior llevó a la necesidad de reformar el sistema, y se buscó un modelo que corrigiera las principales debilidades detectadas: con el objetivo de evitar discriminaciones se pensó en un sistema que no privilegiara a un grupo de personas por sobre otras; con el objetivo de disminuir la presión fiscal se pensó en un sistema que pagara pensiones que se calcularan sobre la base de las contribuciones efectivamente enteradas; con el objetivo de evitar que se diesen casos en los que por no cumplir con los requisitos mínimos para acceder a pensión el trabajador no percibiere ningún beneficio a pesar de haber aportado, se planteó un sistema en el que los fondos ahorrados fueran siempre de propiedad del trabajador, y que, por lo tanto, tuviese la certeza de que solo él o su familia serían los destinatarios.

De esta manera surge el Sistema de Capitalización Individual consagrado en el decreto ley 3500 de 1980. Sin embargo, este nuevo sistema no pudo cumplir a cabalidad las promesas que se hicieron al momento de su creación, debido a que los supuestos sobre la base de los cuales se construyó no se mantuvieron en el tiempo, y no existió la visión de ir adecuándolos periódicamente a fin de mantenerlo vigente. Así como en la década de 1980 un trabajador debía ahorrar para financiar solo quince años de sobrevivencia tras su jubilación, hoy, en promedio, solo ahorran quince años, y las expectativas de vida han aumentado exponencialmente alcanzando los 20,3 años para los hombres y los 30,4 años para las mujeres contados desde la edad legal de retiro, no habiéndose modificado este parámetro.

Lo anterior se debe a múltiples causas, dentro de las cuales solo por destacar algunas podemos mencionar la del mercado laboral: así como antes existía una gran valoración por la estabilidad, por el concepto de hacer carrera en un mismo lugar de trabajo, así como por el trabajo dependiente, hoy se privilegia el emprendimiento, la movilidad laboral, así como el trabajo por cuenta propia, lo que obviamente lleva a que el ahorro previsional de los trabajadores sea más precario. Mención aparte merece la situación de las mujeres que, si bien se han ido incorporando al mercado laboral, aún registran tasas de cotización muy inferiores a sus pares. Otro tanto ocurre con el avance de la ciencia y de la medicina, que ha permitido que se logren encon-

trar curas a muchas enfermedades y así aumentar de manera significativa la expectativa de vida, por lo que la gente en nuestro país está viviendo cada vez más años, pero al no haberse retrasado proporcionalmente la edad de retiro, los ahorros para pensión, que ya son menores que los que habían antes, deben servir para financiar un mayor número de años lo que en la práctica termina transformando esta buena noticia en un motivo de preocupación.

Lo anterior ha llevado en parte a que un sistema basado exclusivamente en el ahorro individual no pueda dar las respuestas necesarias, y, por lo tanto, sea necesario hacerle adecuaciones y ajustes. El primer esfuerzo en este sentido se dio en el año 2008 al incorporar un nuevo pilar, conocido como el Pilar Solidario, que buscaba ayudar a través de un aporte fiscal a todas aquellas personas del 60% más vulnerable y que o, bien, nunca en su vida habían cotizado o habiéndolo hecho no habían logrado financiar una pensión suficiente. Este proyecto surgió de un acuerdo bastante transversal y de las propuestas de una comisión presidencial convocada por la entonces presidenta Michelle Bachelet compuesta por expertos de todos los sectores políticos y que fue presidida por el economista y actual presidente del Banco Central Mario Marcel.

Pero a pesar del significativo avance que significó la reforma previsional del 2008, a diez años de ella nos damos cuenta que este cambio no fue suficiente y que es necesario profundizarlo y abarcar a sectores que hasta ahora no han recibido ayuda por parte del Estado, ya que existe un amplio consenso en el país entorno a que las pensiones que están recibiendo actualmente nuestros pensionados no son buenas y que es necesario cuanto antes hacerse cargo de este problema.

El proyecto de reforma al sistema de pensiones que el Ejecutivo le ha presentado al Congreso Nacional es muy complejo, que contiene más de cincuenta medidas y que modifica ocho cuerpos legales diferentes. Sin embargo, para fines metodológicos uno podría agrupar esas medidas en cinco grandes focos, de los cuales cuatro tienen como objetivo mejorar los montos que las personas reciben mes a mes como pensión, y solo uno, a medidas tendientes a perfeccionar el sistema a través del cual se ahorra, calculan y pagan las pensiones. Y es por eso que se ha dicho que el principal objetivo de este proyecto de ley es mejorar las pensiones, no solo de los futuros pensionados, sino, también, de los actuales y de todas aquellas personas que se encuentran próximas a la edad de pensionarse y la razón también por la cual este artículo solo se centrará en los primeros cuatro grandes focos que buscan asegurar un aumento en los montos que los pensionados recibirán como contraprestación una vez que hayan jubilado.

Pero así como tenemos claro que el principal objetivo que debemos buscar es mejorar las pensiones, también tenemos claro que la forma a través

de la cual se debe hacer es fundamental, pues esta debe garantizar que sea sostenible, justa y no genere desincentivos que lleven a que los trabajadores prefieran no ahorrar o ahorrar menos para una futura pensión para evitar perder otros beneficios o ver su consumo presente afectado sin nada cierto a cambio. Y es por eso que esta reforma se basa en ciertos principios básicos que van a verse reflejados a lo largo de toda la propuesta:

Es primer lugar es necesario que haya mayor solidaridad en el sistema, pues efectivamente el esfuerzo individual no siempre es suficiente para lograr financiar una buena pensión, especialmente en el caso de las mujeres que históricamente han tenido una menor participación en el mercado laboral formal por preocuparse de las labores de cuidado o por la maternidad y han accedido a sueldos más bajos, pero esta solidaridad debe hacerse preferentemente con recursos del Estado y no con transferencia directas intra o intergeneracionales. Lo anterior por dos razones: primero porque cuando se financian las pensiones con recursos que provienen de cotizaciones previsionales estamos obligando a que sean solidarios los trabajadores de ingresos medios y bajos del país, ya que en Chile solo cotizan los trabajadores y hasta un tope imponible (hoy 79,2 UF aprox. \$2 200 000), y no quienes tienen mayores ingresos. Distinto es lo que sucede cuando se financia con cargo a impuestos, que son financiados mayoritariamente por las personas y entidades con mayor solvencia económica. En segundo lugar, porque cuando financio beneficios con cotizaciones previsionales estoy privando a esa generación activa de que pueda ver aumentados sus ahorros para su propio futuro, y producto de la patente realidad demográfica de nuestro país, no existe forma de asegurarle que cuando ellos lo requieran los nuevos trabajadores activos, que serán cada vez menos, podrán aportarles lo suficiente para su pensión. Un sistema de reparto hoy en nuestro país no es sostenible.

En tercer lugar, es necesario generar incentivos que promuevan el ahorro, y que, por lo tanto, el premio que se reciba por parte del Estado esté directamente vinculado con el esfuerzo, y que este sea mayor que los eventuales beneficios que podría dejar de recibir por estar cotizando por la totalidad de los ingresos, tales como: las pensiones solidarias, la calidad de carga para fines de atención médica, el acceso a subsidios habitacionales, etcétera.

Los cuatro grupos de medidas o focos de la reforma que a continuación pasaremos a exponer son: Mejoras y fortalecimiento del Pilar Solidario, Creación de un nuevo Pilar Solidario dirigido a la clase media con un especial foco en mujeres, Creación de una nueva protección para la dependencia funcional severa y Mayor ahorro para mejores pensiones autofinanciadas. Cada uno de estos focos apuntan a dar soluciones a los principales problemas y realidades que se han detectado afectan a los pensionados, y al no ser excluyentes entre sí puede darse la situación que una persona se vea benefi-

ciada por más de uno. La mejora, entonces, de las pensiones una vez entrada en vigencia esta ley beneficiaría a más de dos millones de pensionados, lo que equivale aproximadamente a un 80% del universo total.

1. MEJORAS Y FORTALECIMIENTO DEL PILAR SOLIDARIO

Existe un amplio consenso respecto de que una de las mejores políticas públicas que se ha implementado en Chile en materia de seguridad social fue la creación del Pilar Solidario en el año 2008 a través de la Ley n.º 20255 durante el primer mandato de la presidenta Michelle Bachelet. Como ya se señaló, este pilar surge de la constatación de que el sistema de ahorro individual, creado a partir del decreto ley 3500 del año 1980, no había permitido asegurar pensiones de un monto suficiente para un importante segmento de la población, y que existía una gran cantidad de adultos mayores sin derecho a pensión, producto de no haber cotizado o no haber cumplido con los requisitos para pensionarse en el antiguo sistema de reparto. Por lo tanto, resultaba fundamental incorporar un componente de solidaridad, que fuese más amplio y profundo que el sistema de pensiones asistenciales vigente hasta antes de la dictación de la ya referida ley de reforma previsional.

En efecto, antes del año 2008, existía en Chile un sistema de pensiones asistenciales, también conocidas como PASIS, que se entregaban a las familias con mayores índices de vulnerabilidad del país. Este sistema tenía ciertas características que le eran muy particulares y que de alguna manera condicionaban a que su impacto no fuera tan profundo como se necesitaba. En primer lugar, las pensiones asistenciales se otorgaban al grupo familiar como una integralidad, es decir, era una sola pensión la que se otorgaba a la familia, independientemente del número de integrantes, en cambio, el nuevo pilar solidario partía del supuesto de la universalidad, es decir, debían poder acceder a la pensión todas aquellas personas que cumplieran con los requisitos que la ley establecía, independientemente de si algún integrante de su grupo familiar ya estaba recibiendo ayuda por parte del Estado. Esto llevó a que muchos hogares vulnerables del país al menos duplicaran sus ingresos, puesto que de recibir una sola PASIS, comenzaron a recibir dos o más pensiones básicas solidarias (PBS). En segundo lugar, el monto de estas pensiones era bastante bajo (\$48 000 antes de la reforma de 2008) y era en muchos casos el único ingreso de esas familias. En el caso del Pilar Solidario se estimó que el monto mínimo de la pensión debía estar en los \$75 000 (actualmente \$107 304), y que debía reajustarse año a año a fin de que no perdiera su poder adquisitivo. Por último, las PASIS originalmente se otorgaban sobre la base de cupos que se distribuían regionalmente y que eran

distribuidos por las autoridades locales, por lo que para acceder a ellas era necesario que o, bien, se ampliara la cobertura regional o que algunos de los beneficios existentes quedaran libres, ya sea porque el titular hubiese fallecido, o por haber dejado de cumplir con los requisitos habilitantes. De esta manera no necesariamente quienes tenían mayor necesidad eran quienes accedían a esos recursos, si no los que primeros habían sido seleccionados.

El nuevo sistema de pensiones solidarias buscó corregir estas deficiencias, que ya se han descrito, y estructuró esta ayuda estatal a través de dos beneficios diferentes e incompatibles, focalizados en el 60% más vulnerable de la población: el primero llamado Pensión Básica Solidaria (PBS) dirigido a todas aquellas personas que no hubiesen nunca contribuido al sistema de pensiones, o que, habiendo contribuido a una caja de previsión del Antiguo Sistema, no cumplieran los requisitos para acceder a pensión según sus normas y, por lo tanto, no tuviesen derecho a acceder a una pensión contributiva; y el segundo conocido como Aporte Previsional Solidario (APS) destinado a mejorar las pensiones de quienes, perteneciendo a este mismo grupo de vulnerabilidad y habiendo ahorrado para una futura pensión, no hubiesen logrado autofinanciar por sí solos una pensión superior a un determinado monto (hoy \$317085). Esta mejora se produce a través del otorgamiento de un complemento fijo mensual que se calcula en proporción al monto autofinanciado, y que busca que siempre sea mayor la pensión final de quien ahorró más, con el objetivo de no generar desincentivos.

A casi diez años de su entrada en vigencia, el Pilar Solidario ha tenido una gran importancia nuestro país, especialmente entre los adultos mayores pertenecientes al 60% más vulnerable. Y fue por esta buena evaluación que al momento de plantear propuestas para mejorar las actuales pensiones se estimó fundamental que el nuevo diseño contemplara no solo mantener la estructura del Pilar Solidario, sino también fortalecerlo a través de la inyección de nuevos recursos y así como de la creación de nuevos beneficios.

Básicamente en el modelo del Pilar Solidario del año 2008, las pensiones o los aportes que reciben las personas del 60% más vulnerables a partir de los 65 años de edad son parejos a lo largo de toda su vida, y solo se van reajustando una vez al año indexadas al IPC. Sin embargo, existe evidencia que a los 65 años de edad las necesidades y las capacidades para generar ingresos no son las mismas que a mayor edad, y que estas dos variables se van agudizando conforme va pasando el tiempo. Una persona a los 65 años de edad que recibe una pensión cuyo monto no le alcanza para cubrir sus necesidades probablemente pueda todavía realizar trabajos remunerados, ya sea de manera permanente, parcial o esporádica. Lo más probable es que viva en pareja y que, a su vez, ella tenga ingresos propios, ya sea del trabajo o de su propia pensión, y que juntos provean el hogar común. Pero conforme van

pasando los años, la capacidad para generar otros ingresos va disminuyendo, así como las oportunidades. La posibilidad de que ambos miembros de una pareja estén vivos o permanezcan juntos también disminuye, y así como los ingresos se ven reducidos a la mitad, no necesariamente se reducen en la misma proporción los gastos de una casa, ya que el costo del agua, luz, gas, arriendo y comida prácticamente no disminuyen cuando hay una persona menos. Al mismo tiempo que esto ocurre, las necesidades van aumentando, ya sea por la pérdida de salud, de movilidad o por la necesidad de mayor asistencia.

Por esta razón es que en la reforma que se ha presentado al Congreso se propone que los montos de las pensiones que reciben actualmente los beneficiarios del Pilar Solidario se incrementen otorgando un reajuste extraordinario de manera inmediata tan pronto la ley sea aprobada para todos los beneficiarios, pero que a partir del segundo año comiencen a diferenciarse el monto de las pensiones que reciben los pensionados según su edad, estableciendo reajustes escalonados. De esta manera se construirá un sistema de ayuda estatal que tendrá reajustes automáticos del monto que reciba el pensionado cada vez que cumpla cinco años más, para así poder responder mejor a las mayores necesidades que se van originando. En régimen la pensión de un adulto mayor del 60% más vulnerable de más de 85 años de edad debería ser un 50% más alta que la de un pensionado del mismo segmento de 65 años.

Y en segundo lugar se planteó que los incrementos de los montos que reciben los pensionados deberían ser siempre mayores para los beneficiarios del aporte previsional solidario, es decir, para aquellas personas que durante su vida activa hicieron un esfuerzo por ahorrar para una futura pensión. Por esta razón si el incremento inmediato a las Pensiones Básicas Solidarias (PBS) propuesto es de 10%, en el caso de la Pensión Máxima con Aporte Solidario (PMAS), sobre la base de la cual se calculan los APS sería de un 15%. Y al igual como en el caso de las PBS, la PMAS también será reajustada de forma escalonada a fin de asegurar que los pensionados vayan recibiendo un aporte complementario mayor conforme vayan cumpliendo mayor edad. De esta manera, la PMAS para un pensionado de 65 años sería de \$364 648 mientras que para uno de 85 años sería de \$496 099.

Este ajuste propuesto traerá como consecuencia dos importantes efectos: por una parte, se mantiene y potencia el principio de que a mayor ahorro personal siempre se obtendrá una mejor pensión, y esto genera un importante incentivo durante la etapa activa que tiene sus efectos en la pasiva y, por otra parte, que personas que en una primera etapa podrían haber quedado fuera del pilar solidario no obstante pertenecer al 60% más vulnerable y cumplir con el requisito de residencia mínima, por haber autofinanciado

pensiones superiores al puntaje de corte, podrían ingresar posteriormente accediendo a la ayuda del Estado. De esta manera se estima que producto de esta medida ingresarían al Pilar Solidario cerca de un 30% de nuevos beneficiarios que hasta la fecha a pesar de pertenecer al 60% más vulnerable estaban quedando fuera del pilar por haber logrado autofinanciar pensiones de un monto superior al límite máximo establecido.

Por último, creo importante destacar dentro de las varias propuestas formuladas para perfeccionar el Pilar Solidario la creación de un seguro de longevidad que permitirá que todos aquellos pensionados que pertenezcan al Pilar Solidario y que opten por retiro programado, no solo no vean el monto de su pensión bajar a lo largo de su vida pasiva, si no que, por el contrario, esta aumente producto del incremento escalonado del Aporte Previsional Solidario.

Todas estas medidas favorecerán a 1 500 000 actuales pensionados pertenecientes al Pilar Solidario desde el primer día de entrada en vigencia de la ley.

2. NUEVO PILAR SOLIDARIO DIRIGIDO A LA CLASE MEDIA CON UN ESPECIAL FOCO EN MUJERES

En nuestro país por lo general las ayudas estatales se han siempre focalizado en los grupos más vulnerables, y esto ha llevado a que importantes sectores de la población se encuentren al margen de cualquier tipo de asistencia por parte del Estado. El problema es que muchas veces las personas que quedan fuera de la focalización no se diferencian significativamente de los sí beneficiados. Y al tener que asumir de manera individual prácticamente todas sus necesidades, carencias y emergencias, quedan en una situación de complejo equilibrio financiero, en la que la posibilidad de que este se altere es bastante alta, lo que, a su vez, entonces, los expone a caer en una situación de mayor vulnerabilidad.

Por otra parte, estos grupos de la población que no reciben beneficios pueden quedar al final del día en una situación más desmejorada respecto de los grupos que sí la reciben, pues la suma de los ingresos propios más las ayudas del Estado podrían ser superiores a los montos que los primeros logran autofinanciar, lo que claramente produce conflictos y consecuencias sociales.

La clase media en nuestro país es un excelente exponente de este fenómeno, ya que en su caso el esfuerzo personal se constituye en la única herramienta que poseen para poder asegurar un mejor futuro. Y muchas veces se trata de familias que sobre la base del sacrificio y al esfuerzo metódico han logrado superar su vulnerabilidad económica de origen, dejando atrás

a sus pares menos afortunados o menos ambiciosos. Pero este esfuerzo se puede ver fuertemente desincentivado cuando se dan situaciones en las que personas con los mismos ingresos o, incluso, en algunos casos superiores, reciben ayuda del Estado por no desarrollar sus actividades de manera formal o por ocultar información administrativa.

En materia de pensiones la realidad ya descrita se da con bastante crudeza, y es mayoritariamente este grupo de la población quienes proporcionalmente están recibiendo las pensiones cuyas tasas de reemplazo tienen una brecha más alta respecto a sus últimos ingresos. Y al no recibir ayuda por parte del Estado, salvo el bono por hijo en el caso de las mujeres que han sido madres, su poder adquisitivo y estándar de vida cae de manera bastante significativa al momento de pensionarse. Lo anterior especialmente porque este grupo de la población, por lo general, experimenta un aumento importante en sus salarios reales con el paso del tiempo, y de ganar en sus primeros años laborales remuneraciones no muy diferentes a las de los grupos de mayor vulnerabilidad, con el paso del tiempo pueden ver duplicados o, incluso, triplicados sus ingresos. Y como la pensión se calcula considerando los ahorros realizados durante toda la vida laboral activa, y los primeros años tienen proporcionalmente una mayor importancia en esta ecuación producto del interés compuesto, las pensiones se relacionan más con el promedio de los ingresos laborales totales que con los últimos ingresos del trabajador.

Por ejemplo, una profesora que entró a trabajar a un colegio a los veinticinco años ganando un sueldo de \$350.000, con el paso del tiempo puede pasar a ser profesora jefe, aumentando sus ingresos a más del doble e, incluso, terminar con un cargo administrativo en la dirección superando los \$2.000.000, pero su pensión después de 35 años de trabajo podría ser equivalente a los \$300.000. Claramente la situación económica de esa nueva pensionada difiere de forma considerable de la que tenía mientras era trabajadora activa y se hace necesario hacerse cargo de este grupo hasta ahora invisibilizado para la mayoría de las políticas públicas.

Y es con el objetivo de mejorar las pensiones de este segmento de la población, que sobre la base de su esfuerzo personal y años de ahorro han logrado salir adelante, pero que no han logrado financiar durante su vida activa pensiones superiores a las 25 UF, que se ha estimado necesario crear un nuevo pilar solidario financiado por el Estado destinado a la clase media. Este nuevo pilar otorgará beneficios que complementarán las pensiones de este grupo de la población, y que se entreguen en función al esfuerzo, esto es a mayor cantidad de años de ahorro mayor complemento mensual a la pensión. Para su otorgamiento se ha estimado que tendrán derecho a acceder a este beneficio todos aquellos pensionados que hayan ahorrado un mínimo de años de cotizaciones, para mujeres dieciséis años, y para hombres veintidós, y

por cada año de ahorro extra sobre este mínimo se entregará un suplemento mensual y vitalicio que se sumará a su pensión autofinanciada, que nuevamente, en el caso de las mujeres será mayor que en el caso de los hombres.

La razón por la cual el requisito de acceso en el caso de las mujeres es menos exigente que en el de los hombres, así como el que el monto del beneficio no sea parejo para ambos se debe a que este nuevo pilar, como se adelantaba en su título, tiene un foco especial en las mujeres, y busca compensar las mayores dificultades que experimentan y que les dificultan poder financiar una mejor pensión. En efecto, por lo general las mujeres en nuestro país logran ahorrar un 47% menor a la de sus pares producto de que reciben sueldos inferiores durante su vida activa y tienen mayor cantidad de lagunas debido a la existencia de periodos prolongados en los cuales optan por el cuidado de la familia o del hogar, y luego por tener una mayor expectativa de vida y tener la posibilidad legal de retirarse cinco años antes que los hombres, ese menor ahorro debe servir para financiar al menos treinta años de sobrevivencia.

Así si un hombre ahorra para su pensión durante 32 años, esto es diez años más que el mínimo que señala el proyecto pasaría a recibir un complemento mensual de 1,5 UF lo que es equivalente a \$47 000, mientras que una mujer con veinticinco años de cotizaciones accedería a un beneficio de 2 UF equivalente a \$55 000. Si volvemos al caso de nuestra profesora, que se retira después de 35 años de servicio su complemento sería de 4 UF equivalente a \$110 000 lo que sumado a su pensión autofinanciada de \$300 000 daría un beneficio mensual \$410 000.

Ahora bien, como uno de los objetivos de este pilar es mejorar las pensiones, entregando incentivos reales que permitan potenciar el ahorro previsional, este pilar también contempla un beneficio que busca premiar a todos quienes posterguen voluntariamente su edad de jubilación, a través de un aumento de un 50% en los montos de los complementos cuando se trate de años con cotizaciones posteriores a la edad de retiro.

En el caso de nuestra profesora que a los sesenta años contaba con 35 años de cotizaciones y sumada su pensión autofinanciada al aporte clase media recibiría mensualmente \$410 000, si es que postergare su edad de retiro en cinco años y siguiera cotizando, su complemento subiría a 5,5 UF lo que equivale a \$151 250 mensual, por lo que su pensión final llegaría a \$ 451 250 esto es un 66% superior a la pensión que percibiría sin reforma.

Es importante señalar que en esta reforma no se está planteando aumentar la edad de jubilación, a pesar de que la tendencia mundial va en esa línea, y el aumento en las expectativas de vida lo harían aconsejable. Lo anterior porque el mercado laboral chileno aún no está en condiciones de garantizarle trabajo a todos los adultos mayores de sesenta o sesenta y cinco años de edad, y para hacer una modificación de ese guarismo previamente se

deben trabajar las condiciones para asegurar su empleabilidad. Pero se están generando estos incentivos a fin de promover que quienes puedan y quieran hacerlo lo hagan percibiendo beneficios económicos.

3. NUEVA PROTECCIÓN PARA LA DEPENDENCIA FUNCIONAL SEVERA EN ADULTOS MAYORES

Una de las grandes preocupaciones que tienen nuestros adultos mayores, y todos quienes se encuentran próximos a la edad de jubilar, es cómo podrían enfrentar económicamente una situación de dependencia severa.

Tal como ya se ha señalado, es un hecho que las actuales pensiones distan mucho de las expectativas de las personas y que en muchos casos sus montos difieren significativamente de los ingresos laborales que ellos mismos percibían mientras estaban activos. Y si en condiciones de buena salud los montos que perciben son insuficientes para poder solventar sus gastos, en caso de una enfermedad compleja, como aquellas en las cuales se cae en una situación de dependencia severa, la situación empeora.

Y si no es la familia quien en su conjunto asume esta situación, dejando algún miembro de trabajar para dedicarse al cuidado de este adulto mayor dependiente, mientras los otros se reparten parte de los gastos; o son los vecinos de manera solidaria quienes se organizan para brindarle ayuda, la situación de precariedad de estas personas aumenta exponencialmente al sumarse a la situación de dependencia el abandono.

Actualmente la ayuda del Estado es muy acotada y no existe una prestación universal de seguridad social que se haga cargo de esta realidad. Solo existe un beneficio a través del cual se apoya a un grupo reducido de 36 760 adultos mayores que pertenecen al Programa de Atención Domiciliaria de Dependencia Severa del Ministerio de Salud, a través de la entrega de un estipendio mensual de \$27 500 para financiar el pago de cuidadores.

Esta reforma a las pensiones quiere corregir esta situación, e incorporar la dependencia severa como una de las contingencias que deben tener protección en materia de seguridad social, y es por eso que se plantea la creación de un seguro y de un subsidio que venga a complementar las pensiones que reciben los adultos mayores que necesiten la asistencia permanente de un tercero para poder realizar las actividades de la vida diaria.

El seguro será de cargo del empleador y tendrá un costo de 0,2% de la remuneración imponible. Tendrán derecho a sus beneficios todos aquellos adultos mayores de 65 años de edad que tengan cotizaciones para el seguro por un mínimo de cuatro años en el caso de las mujeres, y cinco años en el caso de los hombres y que hayan sido certificados como dependientes seve-

ros por una entidad técnica especializada constituida especialmente para ese efecto. El beneficio que recibirán será un complemento mensual y vitalicio a su pensión de un mínimo de 3 UF, pero que podrá ser mayor en función de los años cotizados. En el caso que el pensionado dependiente severo no pueda acceder a los beneficios por no haber podido completar el mínimo de años establecido, las primas que hayan enterado sus respectivos empleadores les serán depositadas en su cuenta de ahorro individual para pensión.

Pero este seguro solo otorgará cobertura a los actuales trabajadores cuyos empleadores les cotizaran para este seguro y caigan en una situación de dependencia severa pasados los 65 años de edad. Y en la actualidad tenemos cientos de personas que requieren urgentemente esta cobertura. Y es por esta razón que se ha también pensado crear un subsidio que venga a darle protección contra este riesgo a todos los adultos mayores que pertenezcan al 60% más vulnerable y que actualmente estén o caigan a futuro en una situación de dependencia severa.

Este subsidio será de cargo fiscal y, al igual que el seguro, se tratará de un beneficio mensual y vitalicio que se pagará junto con la pensión. Su monto dependerá del grado de vulnerabilidad del pensionado dependiente severo, y será de \$80 000 mensuales para los pertenecientes al 40% más pobre de la población y que cumplan con los requisitos de residencia establecidos para el pilar solidario; \$70 000 para los del 50%, y de \$60 000 para los del 40%. De esta manera un adulto mayor del 40% más vulnerable que esté en una situación de dependencia severa y que actualmente recibe la pensión básica solidaria pasaría a casi duplicar sus ingresos.

4. MAYOR AHORRO PARA MEJORES PENSIONES AUTOFINANCIADAS

Todas las medidas que hasta ahora hemos hecho mención serán aplicables tanto a los actuales como a los futuros pensionados, a diferencia con lo que ocurre con las que a continuación pasaremos a explicar que solo beneficiarán a quienes son aún trabajadores activos, y están ahorrando fondos para una futura jubilación.

Solo para recordar, la pensión es el resultado de dividir el ahorro realizado durante la vida activa por los años pasivos que debo cubrir, considerando una tasa de interés. Es por eso que cuando el objetivo es mejorar las pensiones autofinanciadas debo intervenir en uno o más de estos tres elementos. Las medidas, entonces, que se están proponiendo para aumentar el ahorro, y así mejorar las pensiones autofinanciadas van en esta línea.

4.1. Aumento de la tasa de cotización en un 4% de cargo del empleador

En la actualidad, en nuestro país los trabajadores destinan un 10% de sus sueldos impositivos para su futura jubilación y los empleadores no contribuyen en el financiamiento de esta prestación, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países de la OECD, así como en el antiguo sistema de pensiones chileno. Este parámetro se mantiene estable desde el año 1980, a pesar de que producto de los cambios demográficos hoy se debe financiar una pensión durante una mayor cantidad de años de sobrevivencia, que en el caso de las mujeres llega a treinta años y en el de los hombres a veinte años, contados desde el cumplimiento de la edad legal de pensión. En los países de la OECD la cotización promedio para pensión es de un 18,4%

Por esta razón lo que esta medida busca es aumentar la tasa de cotización con la finalidad de garantizar un mayor ahorro, incorporando al empleador a su financiamiento. Sin embargo, con el objetivo de minimizar al máximo el impacto que podría tener en el mercado del trabajo, se ha estimado necesario que este aumento se haga con la suficiente gradualidad.

En efecto, un aumento brusco en la tasa de cotización podría tener un efecto no deseado en el empleo, sobre todo considerando que en nuestro país los empleadores son mayoritariamente pequeñas y medianas empresas, quienes no tienen la capacidad para absorber un aumento tan significativo de sus costos previsionales, y es por eso que se ha optado por una gradualidad de ocho años.

Esta medida beneficiará a todos quienes se encuentren en la actualidad trabajando y cotizando (5,4 millones de trabajadores), así como a todos los que se sigan incorporando, pero los órdenes de magnitud del beneficio dependerán de cuantos años de ahorro alcancen a juntar bajo este nuevo parámetro. Así, por ejemplo, una persona que tenga cuarenta años al momento de aprobarse la ley y cotiza regularmente aumentará su pensión producto de este aumento de la tasa en aproximadamente un 9%, mientras que una de treinta años de edad la aumentará en un 20%. Aquellos que comiencen a cotizar una vez aprobada esta ley verán su ahorro aumentado en un 40%.

Sin embargo, el solo aumento de la tasa no es suficiente, y por eso es necesario complementarlo con las siguientes medidas.

4.2. Seguro de lagunas previsionales

En caso de desempleo, los trabajadores cubiertos por el Seguro de Cesantía reciben una cobertura mensual, que puede ser financiada con los recursos de la cuenta individual de ahorro o con el fondo solidario de cesantía.

En la actualidad solo se cubre el 10% de la cotización para pensiones cuando la prestación se otorga con cargo al fondo solidario de cesantía, generándose lagunas cada vez que el trabajador cesante financia su prestación con cargo a su cuenta individual. Por su parte, la cotización para financiar el Seguro de Invalidez y Sobrevivencia en ninguno de los casos queda cubierta, por lo que se pierde su cobertura.

El objetivo de esta propuesta es evitar que durante los periodos de desempleo se generen lagunas que afecten una futura jubilación, o se pierda la cobertura del SIS, y es por eso que se busca asegurar el pago de ambas cotizaciones, así como de la prima del Seguro de Dependencia propuesto en este proyecto, con cargo a los recursos del Fondo Solidario del Seguro de Cesantía.

Se estima que esta media beneficiará a unos 156 000 trabajadores mensualmente, y que las pensiones de los afiliados de menores ingresos aumentarían en un 16,6%, mientras que para el promedio de los afiliados en un 4,3%

4.3. Mejoras en el Sistema de Cobranza de Cotizaciones Previsionales

Otra de las principales razones que explican las lagunas previsionales de los trabajadores chilenos es la producida por la evasión o elusión por parte del empleador en el pago de sus obligaciones. En Chile, el empleador es el obligado a retener y enterar las cotizaciones para pensiones de los sueldos de los trabajadores, y existen casos en los que este retiene y no entera, o lo hace por un monto menor al que corresponde.

El actual sistema obliga a las Administradoras a iniciar los procedimientos de cobranza a fin de asegurar el pago de la obligación, con los intereses y reajustes correspondientes y, por lo tanto, se deben iniciar acciones cada vez que detecten que en las cuentas de sus afiliados activos no se hayan enterado las sumas correspondientes, haya habido o no declaración. Sin embargo, la existencia de la figura de la Declaración y No Pago Administrativas (DNPA) han hecho que el sistema colapse, llenándose de demandas en las que no siempre existe fundamento, y las cuales podrían haberse resuelto fácilmente en sede administrativa cruzando información de distintas entidades.

Por otro lado, esa misma información administrativa, usada de manera oportuna, podría servir para asegurar de manera mucho más eficiente el resultado de esas demandas asegurando mayor efectividad en la cobranza y, en definitiva, disminuir las lagunas previsionales.

Pero al existir varias instituciones involucradas en el proceso de distinta naturaleza y con competencias e intereses disimiles, y sin que exista

una instancia formal reglada de coordinación se pierden oportunidades de eficiencia.

Es por eso que se está planteando la creación de un sistema unificado de cobranza de cotizaciones previsionales donde todas las entidades que se interrelacionan en esta materia puedan interactuar generando economías de escala y mejorando la eficacia de sus procesos, facilitando la fiscalización y el cruce de información con otras bases de datos.

4.4. Incentivos para postergar la edad de pensión de vejez

Según estimaciones, postergar la edad de retiro permite mejorar aproximadamente en un 7% la pensión de vejez. Por otra parte, producto del aumento de las expectativas de vida, las personas están viviendo más años y, por lo tanto, deben financiar una mayor sobrevivida. En la mayoría de los países de la OECD las edades legales de jubilación han sido postergadas para responder a esta problemática, pero este proyecto en concreto, tal como ya se señaló, no lo contempla producto de que la realidad del mercado laboral chileno no permite garantizar que una persona pasados los 65 años de edad pueda mantener su trabajo o encontrar uno nuevo.

Y es por esta razón que en vez de modificar la edad legal de retiro para hombres y mujeres, se ha planteado la posibilidad de generar incentivos que hagan que voluntariamente quienes quieran y puedan postergar su jubilación lo hagan.

Básicamente estos incentivos son tres: en primer lugar, el subsidio clase media se ve aumentado en un 50% por cada año posterior a la edad legal de retiro que la persona cotice; en segundo lugar, permitirles a las Administradoras (AFP) que a sus afiliados mayores de la edad legal, que decidan seguir cotizando, puedan no cobrarles comisión, aumentando así el sueldo líquido. Y, finalmente, se les ofrece a estos adultos mayores que se mantienen activos cierta liquidez de sus fondos.

Este último beneficio consiste en concreto en entregar la posibilidad de retirar el 50% del mayor ahorro obtenido entre la edad legal de retiro y la edad efectiva de pensión a quienes la hayan postergado. Este retiro podría hacerse de una sola vez, por ejemplo, al momento de retirarse efectivamente o, por ejemplo, en la fecha de cada cumpleaños posterior a la edad de retiro.

Este beneficio podría implicar la posibilidad de disponer de una importante suma de dinero, pues, por ejemplo, por solo postergar la edad de jubilación en cinco años un hombre podría ver aumentada su pensión en un 17%, y podría retirar a los setenta años en un solo pago el equivalente a 37 veces el monto de su pensión inicial.

En definitiva, lo que se está buscando con el proyecto de ley que se está tramitando en el Congreso es enfrentar los principales desafíos que enfrenta nuestro sistema de pensiones, uno de los cuales es el bajo monto de las pensiones que están recibiendo nuestros trabajadores al momento de pasar al retiro. Con las medidas antes expuestas creemos que damos respuesta a esta problemática, beneficiando a más de un 65% de los actuales pensionados y al 100% de los futuros, y lo hacemos considerando incorporar mayor solidaridad, pero también mayores incentivos para que el esfuerzo personal se premie doblemente. Las medidas propuestas implican un enorme esfuerzo fiscal, situando la problemática del adulto mayor dentro de las primeras prioridades en el ámbito nacional. Pero, al mismo tiempo, se hace de manera responsable y sustentable buscando asegurar que los aumentos de los beneficios sean sostenibles en el tiempo y no se vea el futuro de las próximas generaciones comprometido.

CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y PROPUESTAS DE REFORMA

CHARACTERIZATION OF RIGHT TO USE OF WATER AND REFORM PROPOSALS

*Camila Boettiger Philipps**

RESUMEN: El trabajo pretende mostrar las diferentes opciones legislativas que se han tomado en nuestro país para caracterizar el derecho de aprovechamiento sobre las aguas terrestres, y sobre esta base, analiza el concepto, facultades y características del derecho de aprovechamiento de aguas en Chile. Finalmente, se revisan los principales proyectos de reforma en relación con ellos, y se realizan algunas observaciones al modelo que subyace en una y otra propuesta¹.

PALABRAS CLAVE: Derecho de aprovechamiento - Aguas - Código de Aguas.

ABSTRACT: The work aims to show the different legislative options that have been taken in our country to characterize the right of use over terrestrial waters, and on this basis, analyzes the concept, faculties and characteristics of the right to use water in Chile. Finally, the main reform projects are reviewed in relation to them, and some observations are made to the model that underlies both proposals.

Keywords: Right of use - Waters - Water Code.

* Abogada. Licenciada en Derecho. Magíster en Ciencia Jurídica y doctora en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, y directora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. cboettiger@udd.cl

¹ Este artículo está basado en la investigación realizada para la tesis doctoral de la autora y forma parte de un trabajo mayor que podría publicarse posteriormente.

INTRODUCCIÓN

La regulación del uso de las aguas terrestres parece estar en nuestro país, como la de otros recursos naturales, en permanente revisión y susceptible de modificarse. Se anuncian proyectos, cambios y se solicita revisión al modelo vigente², surgiendo iniciativas desde distintos sectores³. Existen en nuestro país diferentes visiones sobre la forma de regular el uso del agua, especialmente en la caracterización de los derechos que permiten su utilización y el papel del Estado respecto de ellos⁴.

Por otro lado, los efectos de las modificaciones a los derechos sobre este tipo de recursos se advierten después de largo tiempo. Su regulación es compleja, multifuncional y sujeta a variables técnicas, que hacen más difícil la discusión política y la técnica legislativa en la materia.

En este escenario, ante la presentación de una nueva indicación por parte del Ejecutivo para reformar el *Código de Aguas*, y para poder comparar la propuesta con otras discutidas en los últimos años, este trabajo pretende mostrar las diferentes opciones legislativas que se han tomado en nuestro país para caracterizar el derecho de aprovechamiento sobre las aguas terrestres. Con ese objetivo, primero se exponen los modelos de derechos concesionales adoptados por los diferentes *Códigos de Aguas* chilenos. Luego, se analiza el concepto, facultades esenciales, elementos esenciales y características del derecho de aprovechamiento de aguas en Chile, de acuerdo con nuestra doctrina y jurisprudencia. Finalmente, se revisan los proyectos de reforma sobre la base de lo analizado, y se realizan algunas observaciones.

Una aclaración previa es necesaria. La regulación del uso de las aguas terrestres comprende mucho más que el diseño de los derechos de particulares para aprovechar las aguas, que es la institución jurídica en que nos hemos enfocado aquí. Estos derechos se engarzan necesariamente con otros pilares de un sistema de derecho de aguas, como la institucionalidad pública, su papel y facultades; la gestión y distribución de las aguas por las organizaciones de usuarios, o las limitaciones al ejercicio de los derechos por situaciones de escasez, variables ambientales o de otro tipo. Pero los derechos de aprove-

² Críticas al modelo del *Código de Aguas* de 1981 en relación con la reforma propuesta por el Ejecutivo en 2014 pueden verse en COSTA (2016), p. 347; JAEGER y PEÑA (2015), p. 93; CELUME (2015), pp. 39-49; SANDOVAL (2015), p. 135; entre otros.

³ Véase el *Boletín* 7543-12, en el cual en enero de este año el Ejecutivo presentó una indicación sustitutiva del texto que se estaba discutiendo hasta entonces en el Senado, impulsado por el gobierno anterior desde el año 2014.

⁴ En una visión distinta, criticando dicha propuesta, véase VERGARA (2015), pp. 37-41 y BAUER (2015), pp. 296-303.

chamiento son la base sobre la que opera el sistema; de ahí la importancia de su diseño y operatividad.

1. EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN SOBRE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN CHILE

1.1. Dispersión normativa: primera legislación en Chile relativa a las aguas

Como antecedente previo a la legislación nacional, se puede constatar que en nuestro país se han reconocido u otorgado derechos de uso sobre las aguas desde la época de la Colonia. Aplicando supletoriamente el derecho castellano primero⁵ y, luego, con la formación del derecho indiano de las colonias españolas, como era el caso de Chile, aparece claramente en las fuentes jurídicas la relación de la autoridad con el uso de las aguas.

En el derecho español medieval, fueron consideradas como bienes de realengo de la Corona, por lo que para su aprovechamiento particular se requería de una merced de aguas, licencia o privilegio otorgado por los reyes que permitía su uso⁶. En los textos del derecho indiano, se hace alusión a conceptos como concesión o merced de aguas, otorgadas por el Virrey y los gobernadores con el parecer de los cabildos, necesarias para el uso de las aguas que corrían por cauces naturales para solares (tierras)⁷.

La merced de aguas de esa época se ha definido como:

“un derecho real, transferible y transmisible, normalmente de carácter perpetuo, que otorga la corona respecto de aguas corrientes, detenidas o vertientes, superficiales o subterráneas y que habilita para su utilización en la forma jurídicamente prevista”⁸.

En realidad, debe distinguirse la merced como el acto constitutivo del derecho de aprovechamiento que nacía de ella⁹, aunque en la práctica se identificara

⁵ VERGARA (1998), tomo I, pp. 108-109.

⁶ DOUGNAC Y BARRIENTOS (1991), p. 104; VERGARA B. (1998), T. I, pp. 72-73 y pp. 114-116.

⁷ DOUGNAC Y BARRIENTOS (1991), p. 112: “El cabildo o gobernador en su caso otorgaban las autorizaciones bajo la condición de no perjudicar derechos de terceros, lo que se lograba generalmente, citándose a los vecinos para que dieran su conformidad”. Pero como hacen ver estos autores en p. 134, dicho parecer no era vinculante para la administración de la época.

⁸ *Op. cit.*, p. 104.

⁹ Alejandro Vergara hace el alcance que esta definición se refiere en realidad al derecho que la merced otorgaba, siendo esta el acto de la autoridad que confiere el derecho de uso sobre las aguas. La merced y el derecho que de ella nace serían conceptos diferentes. Así,

con tal nomenclatura a los derechos de los particulares para el uso de las aguas; estrictamente,

“...las mercedes de aguas eran el título a partir del cual nacían derechos a favor de los particulares, precisamente para ‘usar’, ‘gozar’, o ‘aprovechar’ las aguas”¹⁰.

En cuanto a su ejercicio, estos derechos quedaban sujetos a una serie de obligaciones reglamentadas por la autoridad de la época, como respetar normas relativas a la construcción de acequias, que procuraban evitar filtraciones, inundaciones u otros perjuicios a la ciudad o sus vecinos, habilitar puentes para peatones y coches sobre las acequias de las que gozaban, y mantenerlas en perfecto estado de limpieza. Estaba prohibido utilizar aguas sin autorización, incluso, había orden de que nadie se acercara a las tomas de las aguas, a fin de evitar subtracciones¹¹.

En la época de la Independencia se dictaron las primeras leyes nacionales relativas al uso de las aguas en nuestro país. Básicamente, la regulación nacional en esta materia estuvo contenida en normas diversas (entre ellas preceptos del *Código Civil* y de leyes especiales) desde 1818 hasta 1951, año en que entró en vigencia el primer *Código de Aguas*. Esta legislación dispersa y de variadas épocas, que no formaba un cuerpo orgánico¹², fue recogida posteriormente por los textos codificados¹³. Los hitos más relevantes de esta legislación en relación con el uso y aprovechamiento de las aguas fueron el Senado Consulto de 1819, las Leyes de Municipalidades de 1854 y 1887, el *Código Civil*, la Ordenanza General de Aguas de 1872 y diferentes reglamentos y leyes especiales de concesión de mercedes de aguas para su uso en fuerza motriz y usos industriales¹⁴.

Del conjunto de normas revisadas para este primer periodo¹⁵, podemos caracterizar la regulación del uso de las aguas de esta etapa de la siguiente manera:

define merced de aguas para efectos del derecho indiano como “...un acto, una manifestación de voluntad de las autoridades indianas (Virreyes y Gobernadores) dirigido a crear ex novo un derecho de uso o aprovechamiento de las aguas a favor de los particulares, para los fines señalados en tal título”. VERGARA B. (1998), tomo I, pp. 117-118 y p. 123.

¹⁰ VERGARA B. (1998a), tomo I, pp. 121-122.

¹¹ DOUGNAC Y BARRIENTOS (1991), pp. 112-113 y 123.

¹² SEGURA (2006), p. 11.

¹³ VERGARA B. (1998a), tomo I, p. 129.

¹⁴ Para mayores detalles sobre estas normas véase STEWART (1970), p. 59 y ss.; VERGARA B. (1998a), tomo I, p. 129 y ss.; SEGURA (2006), pp. 9-13; RIVERA (2013), pp. 31-32.

¹⁵ Hemos hecho reseña aquí de las principales normas legales y reglamentarias anteriores a 1951 que se referían al uso de las aguas o los derechos sobre ellas, para los efectos de conocer la regulación existente en este periodo. Para un listado más detallado de estas normas, véase VERGARA B. (1998a), tomo I, pp. 158-161 y RIVERA (2013), pp. 29-32.

- Las aguas terrestres eran consideradas bienes de aprovechamiento común, que posteriormente fueron declaradas como bienes públicos.
- Se podían solicitar derechos sobre las aguas para diversos usos, como regadío, industrial o de fuerza motriz, los que eran otorgados por la autoridad administrativa luego de un procedimiento reglado.
- Coexistían con estos derechos de origen administrativo diversos usos autorizados por ley, como los de los propietarios riberaños del art. 834 del *Código Civil* y la facultad de cavar pozos en suelo propio.
- La distribución de las aguas entre los titulares de derechos pasa a ser una actividad de los propios usuarios, que en caso de escasez del recurso se sometían a un sistema de turno o prorrateo, reduciendo el caudal a extraer.

Como puede apreciarse, la legislación nacional sobre las aguas previa a la codificación era numerosa y dispersa, por lo que no era de extrañar que se caracterizara este régimen legal como confuso¹⁶, y que se hubieran impulsado, desde inicios del siglo XX, proyectos para ordenar dichas normas en un solo cuerpo legal¹⁷.

1.2. *El primer cuerpo legal unitario: el Código de Aguas de 1951*¹⁸

El *Código de Aguas* de 1951 fue fruto de una larga tramitación iniciada en 1927, de más de un proyecto de ley, y con más de algún cambio y traspie legislativo, que incluyeron el retiro del proyecto y luego un veto presidencial¹⁹. El primer *Código de Aguas* chileno recogió la regulación anterior²⁰, con el objetivo de unificar en un solo texto toda la reglamentación de las diversas materias relativas a las aguas terrestres²¹, y, además, derogó orgánicamente las “leyes, ordenanzas y reglamentos preexistentes sobre las materias que en él se tratan, aun en lo no fueran contrarias a él”²².

¹⁶ Para VERGARA D. (1960), p. 14, la gran cantidad de normas legales dispersas que regulaban las aguas, hacía muy difícil el estudio de su regulación; sumado a lo anterior, hacía presente que las sequías periódicas, las condiciones del suelo y caudal inconstante de los ríos en nuestro país, hacían que el uso de este elemento fuera fuente inagotable de problemas y juicios.

¹⁷ STEWART (1970), p. 97; RIVERA (2013), p. 55.

¹⁸ Dicho *Código* está contenido en la Ley n.º 9909 de 1951.

¹⁹ Para una crónica detallada de la tramitación de este *Código*, véase VERGARA D. (1960), p. 15 y ss. y VERGARA B. (1998), tomo I, p. 206 y ss.

²⁰ VERGARA D. (1960), pp. 10-11.

²¹ LIRA O. (1956), p. 27.

²² Art. 299 del *Código de Aguas* de 1951. No obstante la derogación de las normas previas, de acuerdo con el art. 300 del *Código de Aguas* de 1951 se reconocieron subsistentes los derechos de aprovechamiento anteriores a la vigencia del *Código*.

Respecto al dominio de las aguas, el *Código de Aguas* 1951 no realizó cambios respecto de la legislación vigente, que eran las normas del *Código Civil*. Se declararon bienes de dominio público las aguas de los ríos y otros cauces naturales, y los lagos navegables por buques de más de cien toneladas²³; la excepción, y que caían bajo dominio privado, eran las vertientes y corrientes que nacen, corren y mueren en una misma heredad²⁴ como, asimismo, los lagos menores o aguas detenidas de inferior volumen como lagunas o pantanos²⁵, cuya propiedad, uso y goce pertenecían a los propietarios riberaños. A estas reglas respecto de las aguas superficiales debe agregarse la declaración expresa que hace este *Código* de la necesidad, por regla general, de una merced de aguas para aprovechar aguas subterráneas. De esta manera, la mayor parte de las aguas quedaban bajo el dominio público.

En cuanto a los derechos de los particulares para usar las aguas, de acuerdo con el *Código de Aguas* de 1951 se requería de una merced de aguas, en virtud de la cual se otorgaba el derecho de aprovechamiento²⁶, tanto para aprovechar aguas subterráneas como superficiales de dominio público²⁷. Se eliminó el uso de los propietarios riberaños del antiguo art. 834 del *Código Civil*, y se sometió a todos los usuarios a las mismas reglas de concesión de mercedes, según el uso que se le quiera dar al agua. Solo a través de las mercedes, que constituían el título de la concesión, otorgadas mediante la forma establecida en el *Código*, podían crearse derechos de aprovechamiento de aguas²⁸. Respecto a las aguas subterráneas, aunque el dueño de un terreno podía excavar para buscarlas, y en terrenos fiscales se podía solicitar permiso para “alumbrar aguas subterráneas”, en cualquier caso se requería solicitar una merced de aguas para aprovecharlas, salvo para bebida y uso doméstico²⁹.

²³ Arts. 9, 10 inciso 1º y 11 del *Código de Aguas* de 1951.

²⁴ Art. 10 inciso 2º del *Código de Aguas* de 1951.

²⁵ Art. 11 del *Código de Aguas* de 1951. La norma se refería a los lagos no navegables por buques de más de cien toneladas, por lo que la doctrina incluía las aguas detenidas menores al interpretarla. PARADA (2000), p. 83.

²⁶ Art. 23 inciso 1º del *Código de Aguas* de 1951: “El derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedida por el Presidente de la República en la forma que establece este Código. Ninguna otra autoridad tendrá facultad para concederla y ni aún el goce inmemorial bastará para constituirlo en cauces naturales”.

²⁷ VERGARA D. (1960), p. 38: “La merced de aguas es, pues, el procedimiento por el cual se constituye el derecho real de aprovechamiento de las aguas de uso público, que pertenecen indeterminadamente a todos los habitantes de la nación; o bien, el medio por el cual ese derecho de uso y goce colectivo pasa a individualizarse en una determinada persona, la cual entra a disfrutar de él con exclusión de toda otra”.

²⁸ VERGARA B. (1998), tomo I, pp. 181-182.

²⁹ LIRA O. (1956), pp. 74 y 126-127; arts. 22, 50 y 53 del *Código de Aguas* de 1951.

El procedimiento de concesión de la merced se uniformó de manera que la tramitación establecida en el art 257 y siguientes del *Código de Aguas* de 1951 era aplicable a toda petición de merced de aguas, que dejó como única autoridad competente en esta materia al Presidente de la República. Las mercedes de agua eran concedidas, primero, en carácter de provisionales. Esta concesión daba derecho al titular para practicar en terreno los estudios de las obras de aprovechamiento; luego de aprobado el proyecto por el Presidente de la República, quien, además, fijaba los plazos para su construcción (cuyo incumplimiento podía acarrear la caducidad de la merced³⁰), debía ejecutar las obras para el aprovechamiento de las aguas³¹. Solo después de aprobadas las obras por la DGA, el Presidente de la República dictaba el decreto de aprobación de las mismas y de concesión definitiva de la merced de aguas, siendo la "...merced definitiva la que concede al concesionario el derecho de aprovechamiento de las aguas"³².

Este *Código* fijó el alcance del derecho de aprovechamiento de aguas, siendo una novedad su denominación³³ y su diferenciación de la merced de aguas, que era acto del cual nacía este "derecho real que recae sobre las aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas" conforme a las reglas legales³⁴. Conforme al art. 32 del *Código de Aguas* de 1951, todo decreto de concesión de merced fijaba su objeto, la cantidad de agua en medidas métricas y de tiempo, su calidad y demás requisitos del *Código*. En cuanto a su ejercicio, los derechos de aprovechamiento podían ser permanentes o eventuales³⁵, y de goce continuo, discontinuo o alternado³⁶.

El *Código de Aguas* de 1951 intentó resolver el problema de asignación del uso del agua mediante el establecimiento de preferencias de uso. Reconociendo el agua como un bien económico y escaso, se establece una importante intervención del Estado en el otorgamiento de los derechos de uso del recurso y en la aprobación de las obras para su aprovechamiento, de acuerdo con el pensamiento político-económico de la época³⁷. El art. 30 del *Código de Aguas* de 1951 enunciaba siete usos que se le podían dar al agua, en orden de preferencia:

³⁰ Art. 270 del *Código de Aguas* de 1951.

³¹ La merced provisional otorgaba, de acuerdo con el art. 271 del *Código de Aguas* de 1951, el uso provisional de los terrenos necesarios para la implantación de las servidumbres indispensables para el aprovechamiento de las aguas, y de provisión de los materiales (piedra y arena) que se precisen para las obras de captación de las aguas.

³² LIRA O. (1956), p. 142.

³³ VERGARA B. (1998), tomo I, p. 219.

³⁴ Art. 12 del *Código de Aguas* de 1951.

³⁵ Arts. 17 a 20 del *Código de Aguas* de 1951.

³⁶ Arts. 27 y 31 del *Código de Aguas* de 1951.

³⁷ FIGUEROA (1993), p. 27.

- 1º bebida y servicio de agua potable de poblaciones y centros industriales;
- 2º usos domésticos y saneamiento de poblaciones;
- 3º abastecimiento de ferrocarriles y elaboración del salitre;
- 4º regadío;
- 5º fuerza motriz o eléctrica;
- 6º industrias, molinos y fábricas, y
- 7º otros usos.

Este orden de prelación entre los posibles usos en caso era aplicado por la autoridad si se solicitaban distintas mercedes y no hubiere caudal suficiente para ellas, de manera que frente a varias peticiones sobre las mismas aguas se anteponía aquella cuyo uso solicitado fuere preferente³⁸.

Las mercedes podían ser perpetuas o temporales, dependiendo del uso que se le daría al agua: las destinadas a bebida, uso doméstico y saneamiento de poblaciones eran siempre temporales, con una duración máxima de 37 años; para usos industriales, fuerza motriz y otros usos también lo eran, fijando su duración el Presidente de la República, quien podía prorrogarla por nuevos periodos sucesivos³⁹.

El uso o destino que se le quisiera dar a las aguas tenía importantes consecuencias en el otorgamiento de las mercedes de aguas⁴⁰. En la solicitud debía indicarse y justificarse el uso para el cual se pedía el derecho, y dar seguridad respecto de su aprovechamiento efectivo⁴¹. Podían, además, ser caducadas en todo o parte, por falta de uso o ejercicio durante cinco años consecutivos⁴². Se trataba de un sistema ampliamente reglado, con importantes atribuciones a los órganos públicos para intervenir⁴³.

³⁸ En caso que dos o más solicitudes se amparasen en uso de la misma categoría se prefería “las empresas de mayor importancia y utilidad y en igualdad de condiciones se preferirá por el orden de la fecha de sus solicitudes”. LIRA O. (1956), p. 114 y art. 30 inciso final del *Código de Aguas* de 1951.

³⁹ Arts. 39 y 48 del *Código de Aguas* de 1951.

⁴⁰ Sobre la opción legislativa de priorización de los usos del agua, véase SANDOVAL (2015), quien en p. 147 define esta técnica como “atribuir una preferencia legal a un determinado uso por sobre otro, preferencia que tiene como función condicionar el otorgamiento de derechos de aprovechamiento que solicite un particular sobre otro”.

⁴¹ Art. 33 del *Código de Aguas* de 1951.

⁴² Las razones para esta facultad de la autoridad establecida en el art. 280 del *Código de Aguas* de 1951 eran reconocer la función social que debe desempeñar el aprovechamiento o uso de las aguas públicas, y como resguardo para atacar las “mercedes de papel”, que eran aquellas que se pedían sin necesidad real o nunca habían sido aprovechadas. LIRA O. (1956), p. 143 y VERGARA D. (1960), pp. 19-20.

⁴³ SEGURA (2006), pp. 13-15, lo califica como un sistema rígido y “permisivo a la arbitrariedad del ente administrador...”.

El derecho de aprovechamiento que concedía la merced de aguas también estaba en gran medida determinado por el uso que se le daría a las aguas. No podía aplicarse a un fin diverso del original, esto es, no podía usarse el agua para otro destino que el establecido en la merced; y si querían usarse en otro fin, debía solicitarse autorización, la que se otorgaba como si fuera una nueva merced⁴⁴.

Como características generales de este sistema en cuanto al derecho para aprovechamiento del recurso, puede advertirse que tanto en el otorgamiento de derechos como en su ejercicio se dieron mayores atribuciones a la autoridad, privilegiando el uso efectivo de las aguas a través de la obligación de construir las obras para obtener la merced definitiva, la necesidad de pedir autorización para el cambio de destinación y la sanción de la caducidad por no uso.

1.3. Cambio de paradigma: la reforma de 1967 y el Código de Aguas de 1969

La Ley n.º 16640 de Reforma Agraria de 1967 introdujo profundas modificaciones a la propiedad de la tierra relacionada con la agricultura en Chile, por lo que un recurso como el agua no podía quedar al margen de estas reformas⁴⁵. Dicha ley contenía importantes cambios al *Código de Aguas* 1951 en la regulación del uso y otorgamiento de derechos sobre las aguas. Acorde con la ideología de la época, se profundizó el sistema ya reglado a uno de carácter más estatista⁴⁶.

En cuanto al dominio público de las aguas, se terminó definitivamente con las excepciones en que las aguas se consideraban de dominio privado según la legislación anterior⁴⁷. Todas las aguas terrestres pasaron a ser bienes nacionales de uso público, para lo cual se declararon de utilidad pública y se expropiaron para incorporarlas al dominio nacional; los dueños de las aguas expropiadas podían seguir usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento conforme a las disposiciones del *Código de Aguas* de 1969⁴⁸. También se declararon extinguidos desde la publicación de la Ley de Reforma Agraria todas las hipotecas, embargos y demás gravámenes que afectaren a las aguas⁴⁹.

⁴⁴ Art. 26 del *Código de Aguas* de 1951.

⁴⁵ RAMOS (1987), p. 105.

⁴⁶ SEGURA (2006), p. 14.

⁴⁷ RAMOS (1987), p. 105.

⁴⁸ Arts. 9 y 10 del *Código de Aguas* de 1969. Esto concordaba con la reforma al art. 10 n.º10 de la Constitución de la época, realizada también de 1967. Véase VERGARA B. (1998), tomo. I p. 184.

⁴⁹ Art. 239 del *Código de Aguas* de 1969.

Se fragilizaron los derechos de aprovechamiento para usar las aguas, además de aumentar significativamente las atribuciones de la autoridad administrativa a su respecto. El debilitamiento de los derechos de los particulares sobre las aguas se manifestó en la concepción de “derecho real administrativo” que se le dio al derecho de aprovechamiento⁵⁰, en concordancia con la concepción de que el Estado ejercería una fuerte tutela sobre el derecho y su titular. El derecho de aprovechamiento recaía sobre las aguas y consistía tan solo en su uso conforme a las reglas legales⁵¹. No podía cederse, salvo enajenación de inmuebles o industrias para los cuales las aguas fueren destinadas, en cuyo caso subsistía a favor del adquirente⁵².

Las causales para declarar la caducidad de los derechos aumentaron. De acuerdo con el art. 30 *Código de Aguas* de 1969 podía declararse la caducidad de todo o parte de los derechos de aprovechamiento, cualquiera fuera su origen en casos como:

- a) Si no se utilizaban las aguas durante dos años consecutivos o cesaba la utilización para la cual fue concedido;
- b) Si se daba a las aguas una utilización diversa a la señalada en la concesión;
- c) Si se cedía el derecho de aprovechamiento;
- d) Si no se hacían las obras dentro del plazo fijado o prorrogado por la DGA.

Se declaró expresamente que las personas cuyos derechos caducaran no tendrían derecho a indemnización⁵³. Además, el plazo de no uso para tal sanción se rebajó a dos años y se estableció la caducidad en la parte no aprovechada de los derechos que dentro del plazo de dos años desde la vigencia del *Código* no fueron utilizados⁵⁴.

El tipo de uso y el aprovechamiento efectivo de las aguas adquirieron mayor importancia para el otorgamiento y mantención de las mercedes de aguas. Se redujeron los usos prioritarios, enunciando solo la bebida, el servicio de agua potable y el saneamiento de poblaciones, quedando las demás opciones en “otros usos”⁵⁵ y, por tanto, dando una mayor discrecionalidad

⁵⁰ La intención de la reforma, según se desprende del Mensaje del Ejecutivo que acompañó el proyecto de la Ley n.º 16640, era cambiar la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento a un derecho de uso sobre las aguas, acorde con su calidad de bienes nacionales de uso público. RAMOS (1987), p. 108 y VERGARA B. (1998), tomo I, pp. 187-188.

⁵¹ Art. 11 del *Código de Aguas* de 1969.

⁵² Art. 12 del *Código de Aguas* de 1969.

⁵³ Arts. 30 y 31 del *Código de Aguas* de 1969.

⁵⁴ Art. 8 transitorio del *Código de Aguas* de 1969.

⁵⁵ Los demás usos contemplados por el *Código de Aguas* de 1969 pueden ilustrarse en el tratamiento que este da a las diferentes clases de mercedes de agua según su uso, en el art. 50

de la autoridad a decidir sobre este punto⁵⁶. El Presidente de la República estaba autorizado para fijar una “tasa de uso racional o beneficioso” según la utilización de las aguas, de acuerdo con la cual los derechos de aprovechamiento caducaban respecto del volumen que excedía dicha tasa, según el uso asignado⁵⁷; también podía fijar y reservar cuotas para la concesión de mercedes destinando exclusivamente determinadas cantidades de agua a la concesión de ciertos usos⁵⁸. Igual que en el *Código de Aguas* de 1951, en la solicitud de la merced debía darse seguridad respecto del aprovechamiento efectivo del agua dentro del plazo que fijare la autoridad⁵⁹, y no podían utilizarse las aguas para un uso diferente del fijado, salvo autorización que se otorgaba como una nueva merced⁶⁰. Todas las mercedes, salvo las de riego, debían ser temporales⁶¹.

También, al igual que en el *Código de Aguas* de 1951, el derecho de aprovechamiento se obtenía en virtud de una merced de aguas concedida por la autoridad. El procedimiento de concesión de la merced era básicamente el mismo que el reglamentado en el *Código de Aguas* de 1951: la solicitud y estudios preliminares se presentaban ante el Gobernador; después de la publicación de la solicitud, existía la posibilidad de presentación de oposiciones y observaciones; luego del estudio de los antecedentes por la DGA o los trámites que esta dispusiera, se otorgaba o denegaba la concesión⁶². La fórmula de otorgar primero la concesión provisional, que permitía realizar los estudios de las obras a construir para cumplir con la obligación de presentar los planos definitivos, los cuales una vez aprobados por la autoridad podían ejecutarse, y después aprobar las obras concediendo definitivamente la merced, se mantuvo⁶³. Las mercedes, provisionales y definitivas, eran otorgadas por la DGA, no por el Presidente de la República⁶⁴.

y siguientes: mercedes para bebida, uso doméstico y saneamiento de poblaciones; mercedes para riego; mercedes para energía eléctrica; mercedes para usos industriales, fuerza motriz u otros usos.

⁵⁶ Art. 42 del *Código de Aguas* de 1969.

⁵⁷ Arts. 26 y 29 del *Código de Aguas* de 1969.

⁵⁸ Art. 48 del *Código de Aguas* de 1969.

⁵⁹ Art. 45 del *Código de Aguas* de 1969.

⁶⁰ Art. 39 del *Código de Aguas* de 1969.

⁶¹ El art. 50 del *Código de Aguas* de 1969 establecía la temporalidad de las mercedes para bebida, uso doméstico y saneamiento; el art. 55 para las mercedes de energía eléctrica; y el art. 59 respecto de las mercedes de agua para usos industriales, fuerza motriz u otros usos.

⁶² Art. 248 y ss. del *Código de Aguas* de 1969.

⁶³ Al respecto, la Corte Suprema ha afirmado que la concesión provisional “... solamente constituía la base para llegar a adquirir un derecho de aprovechamiento de tales aguas...”, en virtud de la concesión definitiva. CS (2000) Sociedad Agrícola Santa Fe Limitada con DGA, c. 7°.

⁶⁴ Art. 37 del *Código de Aguas* de 1969.

En el uso de aguas subterráneas también se aumentaron las facultades de la autoridad: la DGA podía regular las exploraciones para alumbrar aguas subterráneas e, incluso, prohibirlas cuando lo consideraba necesario; la realización de pozos sin cumplir las regulaciones o el uso indebido de la fuente de agua podía sancionarse con multa, además de la suspensión de la construcción del pozo o del uso del agua; en cualquier caso, la DGA podía ordenar la paralización de obras de construcción de un pozo y el cegamiento de fuentes de aguas subterráneas cuando estimare "...que su sola existencia causa perjuicios a terceros o destruye la napa subterránea"⁶⁵. Se mantuvo la posibilidad de explorar en suelo propio y en bienes nacionales con autorización de la autoridad, pero para aprovechar el agua se requería solicitar una merced, salvo el uso de pozos para bebida y uso doméstico⁶⁶.

El aumento de la intervención administrativa no fue solo en la asignación de los derechos para aprovechar el agua, sino que, también, se dieron más atribuciones a la autoridad para vigilar que las aguas fueran bien utilizadas, de acuerdo con criterios definidos por el Estado⁶⁷, así como para la resolución de conflictos entre los usuarios, que se restó de la justicia ordinaria y se radicó en la DGA⁶⁸. En caso de escasez por sequía extraordinaria, la que debía ser declarada por el Presidente de la República, la DGA podía redistribuir las aguas disponibles suspendiendo las atribuciones de las organizaciones de usuarios y las secciones de las corrientes naturales⁶⁹.

El *Código de Aguas* de 1969 significó un cambio importante en el régimen de los derechos de aprovechamiento que había ordenado el *Código* anterior, al aumentar las facultades de la autoridad para otorgar y caducar derechos, decidir sobre la utilización de las aguas y reducir las facultades de los titulares de ellos⁷⁰. Los derechos eran más bien concesiones de uso de las aguas, determinados en su ejercicio por lo autorizado por la administración al otorgarlo y posteriormente estaba sujeto a revisión y posible término anticipado. Era un modelo en que se buscaba un amplio grado de intervención estatal tanto en la asignación como en el ejercicio de derechos de uso del recurso, que requería un alto grado de capacidad institucional y de recursos, lo que no se dio tampoco por factores políticos y sociales posteriores a su dictación⁷¹.

⁶⁵ Art. 61 del *Código de Aguas* de 1969.

⁶⁶ Arts. 62 y 65 del *Código de Aguas* de 1969.

⁶⁷ FIGUEROA (1993), p. 28-29.

⁶⁸ Art. 247 del *Código de Aguas* de 1969.

⁶⁹ Art. 332 del *Código de Aguas* de 1969.

⁷⁰ CELUME (2013), p. 73.

⁷¹ BAUER (2015), pp. 88-89.

1.3.1. La regulación más liberal: el *Código de Aguas* de 1981

Los cambios sociales y políticos que se dieron en nuestro país después de 1973 hicieron que nuevamente se plantearan cambios a la legislación en materia de aguas. Los principios económicos que se adoptaron en ese momento para orientar la política del país en la utilización de los recursos naturales eran diametralmente opuestos a la ideología que había inspirado la legislación anterior. Producto de un cambio drástico de inspiración de las normas que debían regular el aprovechamiento del agua, e imponiéndose un predominio de ideas liberales⁷², hay un repliegue de la intervención de la autoridad con el objetivo de dejar que sean los usuarios y titulares de los derechos los que decidan en que utilizar el agua⁷³, asignando un importante papel al mercado en este aspecto⁷⁴.

A comienzos de 1976, se discutió el tema en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en la cual se acordó que era necesario fortalecer los derechos de los particulares sobre las aguas⁷⁵ y cambiar el estatismo del *Código* existente⁷⁶. El primer paso que se dio en esta dirección fue la dictación del DL n.º 2603 que modifica y complementa el Acta Constitucional n.º 3 de 1979⁷⁷. Esta norma reestableció la propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, y facultó al Presidente de la República para dictar las normas del régimen general de aguas que reemplazaran las del *Código de Aguas* de 1969.

El nuevo *Código*, que fue dictado en octubre de 1981⁷⁸, mantiene la declaración de las aguas como bienes nacionales de uso público, pero en virtud de un derecho de aprovechamiento un particular puede captarlas y

⁷² SEGURA (2006), p. 14; VERGARA B. (1997), pp. 372-375 muestra más detalladamente esta inspiración en antecedentes prelegislativos del *Código de Aguas* de 1981.

⁷³ FIGUEROA (1993), pp. 29-30.

⁷⁴ VERGARA B. (1998), tomo I, pp. 261-263. Un análisis más reciente de las características de este *Código* que muestran esta inspiración económica puede verse en CELUME (2013), pp. 228-233.

⁷⁵ En las sesiones 183 y 184 de la CENC se discutió y acordó reconocer la propiedad sobre los derechos que tuvieran los particulares para aprovechar las aguas.

⁷⁶ BAUER (1993), p. 23, resalta que la opinión dominante de la Comisión en este sentido era volver al sistema del *Código de Aguas* de 1951, "con su combinación de derechos privados y regulación pública, no a moverse hacia uno más liberal".

⁷⁷ DL n.º 2603 (1979) Modifica y complementa el Acta Constitucional n.º 3, establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y faculta al Presidente de la República para que establezca el régimen general de las aguas.

⁷⁸ Contenido en el DFL n.º 1122, que fija el texto del *Código de Aguas*. Fue publicado en el D.O. el 29 de octubre de 1981.

usarlas con exclusividad⁷⁹. Los derechos de aprovechamiento pasaron a ser indefinidos o perpetuos, sin plazo ni causales de caducidad; no se establecieron prioridades de uso ni justificación de necesidad de las aguas que se solicitaran aprovechar. Para impulsar la reasignación del recurso a través de un sistema de mercado, se estableció la libre transferibilidad de los derechos sin autorización estatal, como bienes autónomos de las tierras a las que podían servir⁸⁰. Se introdujo un registro independiente de derechos de aguas en los conservadores de bienes raíces, separando definitivamente los derechos de aguas del dominio de la tierra⁸¹. También se establecieron una serie de reglas tendientes a regularizar el desorden producido por la aplicación de las normas de la Reforma Agraria⁸² y las lagunas por la falta de inscripción registral de los derechos de aprovechamiento⁸³.

Así, el *Código de Aguas* de 1981 (en adelante *Código de Aguas*), ha sido definido como un código de raigambre neoliberal⁸⁴, que buscó mediante la creación de derechos de aprovechamiento bien definidos o caracterizados y protegidos en su dominio, junto a un papel subsidiario del Estado, un mejor uso del recurso hídrico como bien económico⁸⁵. La lógica detrás de esta regulación era que serían los propios usuarios los que definirían la mejor o más óptima utilización de las aguas –quienes se supuso decidirían mejor que el Estado la forma de usar el agua disponible–, realizando una asignación eficiente del uso del recurso mediante un mercado de derechos, en el que los interesados en actividades en que fuera más necesaria el agua invertirían más recursos en obtener derechos o usarlos más eficientemente⁸⁶.

El sistema de derechos de aprovechamiento de aguas establecido por el *Código de Aguas* vigente desde 1981 tiene como características⁸⁷: el haber fortalecido el derecho de aprovechamiento, mediante su definición y protección por el derecho de propiedad⁸⁸; permitir la autonomía privada en el

⁷⁹ Arts. 5 y 6 del *Código de Aguas*.

⁸⁰ FIGUEROA (1993), pp. 30-31; SEGURA (2006), pp. 14-15.

⁸¹ BAUER (1993), p. 23; VERGARA B. (2002), p. 67.

⁸² BAUER (2015), p. 77.

⁸³ Arts. 1º, 2º y 5º transitorios del *Código de Aguas*.

⁸⁴ JAEGER Y PEÑA (2015), p. 92.

⁸⁵ BAUER (1993), p. 17; CELUME (2013), p. 216.

⁸⁶ DONOSO (1995), pp. 10-11.

⁸⁷ BAUER (1993), pp. 20-22; VERGARA B. (1998), tomo I, pp. 266-271 y tomo II, pp. 314-318, (2002), pp. 67-68 y (2015), pp. 66-68; BANCO MUNDIAL (2011), pp. 22-24; JAEGER Y PEÑA (2015), p. 93.

⁸⁸ El inciso final del art. 19 n.º 24 de la CPR dispone: “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Concordantemente, el art. 6 del *Código de Aguas* establece: “El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.”

manejo y uso de las aguas; gratuidad en la obtención de los derechos, ya que no se cobra pago alguno por el derecho cuando es otorgado por el Estado, ni por su tenencia⁸⁹, salvo cuando se den alguna de las situaciones de remate por haber solicitudes incompatibles. Finalmente se le da un significativo menor papel del Estado a su respecto, tanto en la decisión de otorgamiento de derechos como una baja intervención en su ejercicio, casi solo en casos de escasez y autorización de obras; tampoco resuelve conflictos entre usuarios, los que se dejaron más a negociaciones privadas, a las organizaciones de usuarios⁹⁰ y al sistema judicial ordinario⁹¹.

Algunas de estas características originales del sistema se vieron matizadas, producto de la reforma que se hizo al *Código de Aguas* en el año 2005. Actualmente para solicitar el derecho se debe indicar el uso para el cual se requiere el agua y justificar el volumen solicitado, a pesar de que una vez otorgado el derecho este se puede utilizar en cualquier actividad de acuerdo con su carácter consuntivo o no consuntivo⁹². En cuanto a la característica de la gratuidad, se reformó el *Código de Aguas* incorporando costos de conservación del derecho, al establecer el pago de una patente por la no utilización total o parcial del derecho de aprovechamiento, la que si no es pagada puede llevar al remate y pérdida del mismo⁹³.

Por otro lado, se facultó a la DGA para establecer un caudal ecológico mínimo al otorgar derechos de aprovechamiento⁹⁴, e imponerles modali-

⁸⁹ Antes de la dictación del *Código de Aguas* de 1981 estaba la idea de establecer un impuesto por la tenencia de los derechos de aprovechamiento de aguas, similar al impuesto territorial sobre los bienes raíces, lo que finalmente no prosperó en el proyecto final. Véase BAUER (1993), pp. 23 y 25, y FIGUEROA (1993), pp. 33-34.

⁹⁰ Los directorios de las organizaciones de usuarios como comunidades de aguas, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia están facultados para resolver como árbitro arbitrador de las cuestiones que se susciten entre los comuneros sobre repartición de las aguas o ejercicio de los derechos que tengan como miembros de ellas; art. 244 del *Código de Aguas* en relación con los arts. 258 y 267 del *Código de Aguas*.

⁹¹ Los arts. 177 y 178 del *Código de Aguas* establecen que los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, se tramitarán conforme al procedimiento sumario del *Código de Procedimiento Civil* y será competente para conocer de ellos el juez de letras que corresponda de acuerdo con las reglas del *Código Orgánico de Tribunales*. Sin perjuicio de ello, el art. 185 bis del *Código de Aguas* permite que los conflictos que se produzcan en el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas podrán ser resueltos por un árbitro arbitrador que puede ser nombrado de común acuerdo por las partes o por el juez.

⁹² Arts. 140 y 149 del *Código de Aguas*.

⁹³ Título XI del libro I del *Código de Aguas*. DEL PAGO DE UNA PATENTE POR LA NO UTILIZACIÓN DE LAS AGUAS. Arts. 129 bis 4 a 129 bis 21.

⁹⁴ Art. 129 bis 1 *Código de Aguas*. Esta limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento se analizará en C.V.2.3.

dades con el objetivo de conservar el ambiente⁹⁵, además de darle mayores facultades para la protección de los cauces superficiales⁹⁶.

2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

En la sección anterior mostramos la evolución que ha tenido nuestra legislación en la regulación de los derechos de aprovechamiento de aguas. En esta parte nuestro objetivo es exponer el estatuto que actualmente tiene el derecho de aprovechamiento de aguas, como el principal instituto jurídico que permite la utilización privativa de las aguas terrestres en Chile. De esta manera, analizaremos la actual configuración de los derechos de aprovechamiento de aguas: su concepto, facultades y características, de manera de poder comparar o entender los cambios que se proponen para reformar el *Código de Aguas* a su respecto.

2.1. Concepto

Conforme al art. 6º del *Código de Aguas*,

“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código”.

Se trata de un derecho real de contenido propio⁹⁷, y sobre dicho contenido ha habido discusión en la doctrina⁹⁸.

Básicamente este derecho se ha entendido como una facultad, un poder subjetivo que habilita para usar aguas que se encuentran en una fuente natural. nombre Figueroa define el derecho de aprovechamiento de aguas como aquel que faculta a su titular para acceder a una fuente natural para extraer de ella una dotación de agua en un punto determinado, para usarlas en forma exclusiva⁹⁹. Esta definición nos parece que resume el contenido

⁹⁵ Art. 149 n.º 7 *Código de Aguas*.

⁹⁶ Art. 129 bis del *Código de Aguas*.

⁹⁷ SEGURA (2006), p. 43.

⁹⁸ La jurisprudencia, por regla general cita el art. 6 del *Código de Aguas* cuando se refiere al derecho de aprovechamiento; véase por ejemplo CS (2015) Inmobiliaria El Águila Ltda. con DGA, c. 1º y CS (2012) CONAF con DGA, c. 14º.

⁹⁹ FIGUEROA (2003), p. 19.

esencial y propio del derecho de aprovechamiento: la posibilidad de extraer una cantidad de agua y usarla en forma privativa¹⁰⁰.

Para usarlas privativamente, el titular del derecho puede sacarlas de dicha fuente; por eso muchos se refieren primeramente a él como un derecho de extracción¹⁰¹. El derecho no se refiere a ciertas aguas específicamente, sino que permite “aprovechar las aguas que se encuentren en el cauce en el momento en que el titular del derecho las ocupa”¹⁰². En cuanto a las facultades que otorga específicamente sobre las aguas, en general se comprenden el uso y goce de ellas como esencial del derecho de aprovechamiento¹⁰³ o, al menos, el uso¹⁰⁴.

Considero que el uso de las aguas abarca su utilización para destinos que son afines a su naturaleza, y que es la facultad principal que otorga el derecho sobre ellas¹⁰⁵. En la práctica, este uso puede significar su consumo o disposición material¹⁰⁶; en esto la forma de aprovechar privativamente las

¹⁰⁰ En el mismo sentido lo conceptualiza RIVERA (2013), p. 137: “el derecho de aprovechamiento de aguas es aquella potestad jurídica que, constituida o reconocida en conformidad a la ley, se traduce en una serie de facultades y deberes para su titular, permitiéndole a éste usar privativamente determinada cantidad de aguas”.

¹⁰¹ VERGARA B. (1998), tomo II, p. 368 dice que la titularidad del derecho de aprovechamiento “consiste en una expectativa de recibir un volumen de aguas en una obra de captación...” y en p. 312 lo define como un poder o potencia jurídica entregada a un particular que se manifiesta en la posibilidad que tiene una persona de utilizar aguas para los fines que estime pertinentes de acuerdo con la características de su título. MUÑOZ E. (2000), p. 189, por otra parte, dice que “El derecho de aprovechamiento faculta a su titular para extraer las aguas desde la fuente en la que estas se encuentren...” CELUME (2013), p. 257, considera que el derecho de aprovechamiento se traduce en “las potestades concedidas al particular para el ejercicio de una actividad respecto de los bienes públicos, a la forma en que se concreta el “uso público”, que, respecto a las aguas, se traduce en el derecho de extracción conforme a la fisonomía del título concesional”.

¹⁰² SEGURA (2006), p. 28.

¹⁰³ ESCUDERO (1990), p. 21; GUZMÁN Y RAVERA (1993), p. 29.

¹⁰⁴ Según AGURTO (1995), pp. 9-11, el derecho de aprovechamiento no recae sobre las aguas, sino que consiste justamente en la posibilidad de usarlas una vez extraídas. Este autor considera que existe un derecho real sobre el derecho de aprovechamiento propiamente tal que autoriza la extracción de las aguas, y otro derecho real que se ejerce sobre las aguas extraídas en virtud de este derecho, posición que no compartimos, ya que separa artificialmente en dos derechos las facultades propias del derecho de aprovechamiento, estas son, extraer y usar las aguas.

¹⁰⁵ PARADA (2000), pp. 226-229 y 239-241, la considera el contenido intrínseco del derecho de aprovechamiento. ROJAS (2016), p. 137 también considera la facultad de uso como la esencial del derecho de aprovechamiento, que permite al titular utilizar y servirse de las aguas sea consumiéndola materialmente o no.

¹⁰⁶ SEGURA (2006), p. 52. VERGARA B. (1998a), tomo II, p. 314 considera que en virtud del derecho de aprovechamiento el titular puede “usar, gozar y disponer jurídicamente de las

aguas difiere de los clásicos derechos de particulares sobre bienes públicos, por sus características físicas¹⁰⁷. Esencialmente, este habilita para extraer y usar una cantidad de agua en forma privativa.

Por otro lado, estas facultades esenciales del derecho de aprovechamiento tienen su propia particularización que define el tipo de uso o beneficio que permite el derecho, el momento en que puede ejercerse y sus posibilidades de exclusión frente a otros derechos similares. La potencia jurídica del derecho se manifiesta en la posibilidad de utilizar el agua de acuerdo con las características de su título¹⁰⁸, las que determinan el modo de ejercer cada derecho de aprovechamiento. Estas son modalidades, formas o categorías específicas que singularizan la potestad jurídica de extraer y usar las aguas; son parte del derecho de aprovechamiento y de las facultades esenciales que este otorga¹⁰⁹.

Podemos conceptualizar así el derecho de aprovechamiento de aguas como un derecho real que permite el uso del agua a través del ejercicio de facultades de extracción y aprovechamiento sobre las aguas, por un volumen máximo determinado en un punto de captación en una fuente natural específica, con ciertas características de ejercicio que vienen dadas por el tipo de derecho de aprovechamiento que se trate (consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, de ejercicio continuo, discontinuo o alternado¹¹⁰).

2.2. Características generales del derecho de aprovechamiento

Por características del derecho de aprovechamiento nos referimos a aquellas particularidades del mismo dentro de las clasificaciones jurídicas más comu-

aguas a su entera libertad”, mientras que CELUME (2013), pp. 198-199 distingue este derecho del que el ordenamiento jurídico reconoce a su titular sobre el agua ya extraída, considerando que ejercido el derecho de aprovechamiento, se hace dueño de éstas, “y será tal derecho real de dominio el que le permitirá usar, gozar y disponer de ellas”. Al respecto, consideramos que el uso del agua permite su disposición material, pero no propiamente jurídica, por su condición de bien público.

¹⁰⁷ ESCUDERO (1990), pp. 22-23, considera que por la especialidad del derecho de aguas, el derecho de aprovechamiento tiene “características peculiares exclusivas” ya que el uso privativo de las aguas no puede asimilarse a los típicos derechos de los particulares sobre los bienes nacionales de uso público.

¹⁰⁸ VERGARA B. (1998), tomo II, p. 312 y (2015) p. 63.

¹⁰⁹ Las tipologías de los derechos de aprovechamiento son: de uso consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, y de ejercicio continuo, discontinuo o alternado, contenidas en los arts. 12 al 19 del *Código de Aguas* de 1981.

¹¹⁰ Los arts. 13 a 19 del *Código de Aguas* contienen las clasificaciones de los derechos de aprovechamiento enunciadas.

nes, o a las notas que lo singularizan respecto de otros derechos. A pesar de que el derecho de aguas es más bien de carácter público, normalmente se han analizado estas características de acuerdo a tipologías del derecho civil¹¹¹, por el carácter patrimonial del derecho de aprovechamiento. En una visión más general, considero que los siguientes serían los rasgos distintivos del derecho de aprovechamiento como institución jurídica basal del derecho de aguas chileno que permite el uso particular de las aguas como bienes públicos¹¹².

- i. DE ORIGEN CONCESIONAL O LEGAL: Constituye un derecho de uso privativo sobre bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su origen se encuentra en un acto de autoridad que concede este uso, o este es autorizado directamente por la ley. Su contenido no es libre, está regulado por un régimen de derecho público, por el bien sobre el cual recae y se ejerce. El derecho de aprovechamiento podría entenderse en cosa ajena dado que las aguas pertenecen a la nación, y este derecho implica entregar una cantidad de ellas a un uso privativo exclusivo que queda fuera del uso común de este tipo de bienes.
- ii. DERECHO REAL: Así lo dispone expresamente el art. 6° del *Código de Aguas*. Este carácter le ha sido asignado al derecho de aprovechamiento desde el *Código de Aguas* de 1951, y se relaciona con la noción civil de este tipo de derechos, esta es, que el derecho se ejerce sin respecto de determinada persona¹¹³. Por otro lado, en cuanto es un derecho subjetivo otorgado para el uso privativo de un bien público, configuraría un derecho real administrativo¹¹⁴. ¿Cuál sería la diferencia o relevancia de esto? Que en ellos, a diferencia de los derechos reales civiles en los cuales prevalecen las nociones de propiedad e interés particular, en este tipo de derechos lo hacen las ideas de finalidad y potestad pública¹¹⁵. Esto no significa que el derecho quede sujeto a la voluntad o discreción de la administración en cuanto a

¹¹¹ Véase en ese sentido RAMOS (1987), pp. 108-111; GUZMÁN Y RAVERA (1993), pp. 33-34; ARÉVALO (1998), p. 24 y (2011c), pp. 19-20; TALA (1999), pp. 121-123 y SEGURA (2006), pp. 44-52.

¹¹² VERGARA B. (2015), p. 61.

¹¹³ Art. 577 del *Código Civil*.

¹¹⁴ Así lo consideran expresamente SANTELICES (2011), p. 29 y RIVERA (2013), p. 138 y VERGARA B. (2015), p. 63 y ROJAS (2016), pp. 126-132. En contra CELUME (2013), pp. 198-206 considera que los derechos de aprovechamiento no pueden calificarse de derechos reales administrativos porque este concepto no se adecúa la configuración del dominio público en Chile, que al no tener titularidad pública no podría otorgar derechos concebidos dogmáticamente como desmembraciones del dominio estatal o *ius in re aliena*.

¹¹⁵ RIVERA (2013), p. 139.

- su ejercicio¹¹⁶; es un derecho real en cuanto se ejerce directamente sobre su objeto, con las facultades y límites que establezca la ley¹¹⁷.
- iii. AUTÓNOMO O PRINCIPAL: Por regla general¹¹⁸, no depende de la tenencia o dominio de otro derecho, como sobre un terreno, o de otra circunstancia especial de su titular. Es un derecho principal, tiene una vida jurídica independiente y no se encuentra subordinado a otro, ni es accesorio a los bienes raíces en que se utiliza¹¹⁹.
- iv. PATRIMONIAL: Una vez constituido se considera como un derecho patrimonial del titular¹²⁰; desde el *Código de Aguas* de 1951 se le reconocía este carácter¹²¹, por lo que podía ser reivindicado¹²² o amparado mediante acciones posesorias, lo que se mantiene en el *Código* actual¹²³. En la actual legislación, el derecho de aprovechamiento es susceptible de actos y contratos privados, tales como compraventa, hipoteca y otros. Sobre él puede constituirse una hipoteca por su titular¹²⁴ y, además, queda hipotecado de pleno derecho por el no pago de cuotas de la organización de usuarios a la que se encuentre adscrito¹²⁵. El derecho de aprovechamiento puede ser objeto de gravámenes y prohibiciones, puede ser embargado u objeto de medidas precautorias¹²⁶. Su transferencia y transmisión se sujeta a las reglas del derecho común, y al régimen de posesión inscrita, la que

¹¹⁶ Justamente en oposición a la nomenclatura introducida por el *Código de Aguas* de 1969, hay autores que entienden el carácter real (no real administrativo) del derecho de aprovechamiento como una definición política para remarcar que ya no es un derecho que pueda ser caducado por vía administrativa: RAMOS (1987), p. 108; SEGURA (2006), p. 44.

¹¹⁷ VERGARA B. (2015), pp. 62-63.

¹¹⁸ Excepciones a esta regla general son derechos o usos asociados a la propiedad de ciertos bienes, como el caso del art. 20 inciso 2º o las pertenencias mineras.

¹¹⁹ Art. 317 del *Código de Aguas*. PARADA (2000), p. 215; SEGURA (2006), p. 49.

¹²⁰ ESCUDERO (1990), p. 18; SEGURA (2006), p. 43.

¹²¹ LIRA Y DE LA MAZA (1940), p. 73; LIRA O. (1956), p. 49.

¹²² Esta es la interpretación que le da CELUME (2013), pp. 208-209 a la característica de derecho real del derecho de aprovechamiento.

¹²³ El art. 128 del *Código de Aguas* hace expresamente aplicables al derecho de aprovechamiento las disposiciones de las acciones posesorias contenidas en los títulos XIII y XIV del libro II del *Código Civil*.

¹²⁴ El art. 110 del *Código de Aguas* dispone que los derechos de aprovechamiento inscritos pueden ser hipotecados independientemente del inmueble al cual su propietario los tuviere destinados. Los no inscritos solo podrán hipotecarse juntamente con dicho inmueble. El art. 111 del *Código de Aguas* establece que la hipoteca de los derechos de aprovechamiento deberá otorgarse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

¹²⁵ Art. 214 del *Código de Aguas*.

¹²⁶ Art. 115 bis del *Código de Aguas*.

se adquiere por la inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente¹²⁷. Se extingue por las causas y en la forma establecida en el derecho común¹²⁸, referencia que debe entenderse a las reglas comunes que el ordenamiento jurídico hace aplicable a los bienes¹²⁹, además de la renuncia de su titular, la que puede ser total o parcial¹³⁰. También debe agregarse el caso en que se pierde el derecho por la falta de pago de la patente por no uso, caso en que el derecho se remata conforme al art. 129 bis 16 y siguientes del *Código de Aguas*.

2.3. *Características particulares de los derechos de aprovechamiento: según el régimen legal*

Nos referimos aquí a los caracteres específicos de los derechos de aprovechamiento que han cambiado en las sucesivas legislaciones nacionales que los han regulado. Si las características generales vistas en el acápite anterior son notas distintivas que se han mantenido en mayor medida en las diferentes etapas legislativas, estas características particulares hacen la diferencia entre un régimen legal y otro, mostrando los diversos sistemas de derechos de uso de las aguas que adopta una sociedad en un momento determinado.

Las características generales de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas nos dan su base, o mínimo: su origen público (administrativo o legal), que permiten acceder, extraer y utilizar una cantidad del recurso en forma directa, integran el patrimonio de su titular y configuran un derecho por sí mismo. Por otro lado, las características particulares son muy gravitantes en el ejercicio del derecho, y son más propias de la configuración de los mismos en cada normativa, conforme al sistema general de aprovechamiento de recursos, a ideas económicas o sociales respecto a ellos.

Sobre la base de lo expuesto en la primera parte, se puede observar que las características particulares de los derechos de aprovechamiento se refieren a: su temporalidad o perpetuidad; su asociación a un uso determinado o la destinación libre del recurso por el titular; posibilidad de ser caducado por no uso u otras causales, y su transferibilidad libre o condicionada.

- i. TEMPORAL O INDEFINIDO: Los derechos de uso de las aguas pueden ser temporales, teniendo un periodo de duración determinado, con posibilidad de prórroga o renovación, o indefinidos (perpetuos),

¹²⁷ Arts. 20 y 118 del *Código de Aguas*.

¹²⁸ Art. 129 del *Código de Aguas*.

¹²⁹ SEGURA (2006) p. 45.

¹³⁰ Art. 6° in. 3° del *Código de Aguas*.

sin estar asociados a un plazo. La temporalidad de los derechos de aprovechamiento en Chile se asoció en general a usos diferentes del agrícola, como los industriales o de fuerza motriz, en los *Código de Aguas* de 1951 y 1969. En el *Código de Aguas* de 1981 se eliminó la temporalidad de los derechos, pasando estos a ser derechos perpetuos, sin límite en el tiempo.

- ii. USO ASIGNADO O DE LIBRE DESTINACIÓN: Los *Código de Aguas* de 1951 y 1969 otorgaban al uso fijo la base de la decisión para otorgar o no y por cuanto tiempo. Era un antecedente esencial para determinar elementos esenciales del derecho de aprovechamiento, como la dotación, y la forma de uso de las aguas. Y conllevaba la obligación de construir las obras asociadas al uso, y realizar efectivamente la actividad proyectada al uso. Todas esas decisiones quedan en manos del titular en el *Código de Aguas* de 1981: si construir o no las obras, si usar las aguas o no, y en qué actividad usarlas dentro de la tipología consuntiva o no consuntiva.
- iii. SUJETO A CADUCIDAD¹³¹ POR NO USO U OTRAS CAUSALES O SIN ESA SANCIÓN: La imposición de mayores obligaciones o cargas a un titular de un derecho de aprovechamiento, como el construir ciertas obras o usar efectivamente el caudal autorizado en una actividad específica, generalmente se asociaba a la sanción de perder el derecho en caso de incumplimiento, caso de los *Código de Aguas* de 1951 y 1969. En el diseño del *Código de Aguas* de 1981, con las decisiones de uso y destinación en los titulares de los derechos, no había lógica de contemplar caducidades por incumplimiento de obligaciones que no eran exigibles por la autoridad.
- iv. LIBRE TRANSFERENCIA O SUJETA A AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA: La posibilidad de que el derecho de aprovechamiento pasara de un titular a otro podría darse independiente de las demás características expuestas. Esta se refiere a la comerciabilidad del derecho, a la posibilidad de permitir su circulación en un mercado. El hecho de estar asociado a un uso determinado reducía las posibilidades de transferir el derecho, como en el *Código de Aguas* de 1951 y en que se requería autorización, y en el *Código de Aguas* de 1969 era causal de caducidad. El *Código de Aguas* de 1981, teniendo como objetivo que los derechos de aprovechamiento pudieran transferirse creando un mercado de reasignación del uso del recurso, liberó de cualquier intervención administrativa su transferencia.

¹³¹ La caducidad es una sanción impuesta por el ordenamiento jurídico en razón del incumplimiento por parte del titular de un derecho otorgado por un acto administrativo, de alguna obligación asociada, y que produce la extinción del derecho. MADARIAGA (1994), p. 86.

Una observación respecto a estas notas particulares de los derechos de aprovechamiento: todas tienen relación con el uso o destinación de las aguas a un fin o actividad determinada. En el enfoque de los *Código de Aguas* de 1951 y 1969, en que el uso o destinación de las aguas era fijado al otorgar el derecho, determinada plazo por el cual se otorgaba la concesión, se asociaba a la construcción de las obras necesarias para realizar dicha actividad, así como se castigaba su falta de uso con la caducidad. Esto naturalmente derivaba en que la posible transferencia del derecho debía estar asociada a la actividad en que se usaba el derecho, lo que hacía muy estática su titularidad y posibilidad de reasignación de una actividad a otra. En oposición, las características de libre transferencia y falta de caducidad se relacionan con la libertad de decidir la destinación y posibilidades de uso de las aguas que permite el derecho.

3.- PROPUESTAS DE REFORMA A LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS INDICACIONES DEL *BOLETÍN* 7543-12

En la evaluación que se ha hecho al *Código de Aguas* de 1981, si bien se reconocen avances en cobertura sanitaria, uso agroindustrial y generación de hidroelectricidad, por la seguridad que ha otorgado un derecho de estas características para las inversiones que se necesitan en esos rubros¹³², se critican otros aspectos y consecuencias de este modelo. Las principales críticas pueden resumirse en las siguientes:

- Su aproximación al uso del agua puramente como recurso económico o productivo¹³³,
- La falta de consideración ambiental del agua como recurso natural¹³⁴,
- Generar incentivos a la tenencia de derechos sin uso (la muy criticada “especulación de derechos de agua”)¹³⁵;
- Provocar externalidades de efectos negativos por cambios en el uso de las aguas, especialmente de carácter ambiental¹³⁶, y

¹³² DOUROJEANNI Y JOURALEV (1999), pp. 64-65; BANCO MUNDIAL (2011), p. 4; JAEGER Y PEÑA (2015), pp. 97-98.

¹³³ URQUIDI (1994), p. 70, COSTA (2016), pp. 337-338.

¹³⁴ SEGURA (2006), p. 21; RIQUELME (2014), p. 297; COSTA (2016), p. 347.

¹³⁵ DOUROJEANNI Y JOURALEV (1999), pp. 19-24; GUZMÁN Y RAVERA (1993), p. 77 se referían a este problema como un “acaparamiento” de derechos que podrían limitar el desarrollo de proyectos.

¹³⁶ DOUROJEANNI Y JOURALEV (1999), pp. 41-46.

- Las pocas atribuciones de la autoridad para llevar a cabo una gestión eficiente del recurso en beneficio de la comunidad, en consideración a la naturaleza jurídica de bien público que tiene el agua¹³⁷.

Después de la reforma de 2005 al *Código de Aguas*, se han seguido impulsando iniciativas para modificarlo respecto al diseño de los derechos de aprovechamiento de aguas¹³⁸. Al revisar la tramitación del *Boletín* n.º 7543-12, que contiene el proyecto de ley que reforma el *Código de Aguas*, se advierte que en los últimos cinco años ha tenido dos indicaciones sustitutivas de una entidad tal, que obliga a mirarlos como proyectos distintos. A continuación, un breve y simplificado resumen de cada uno de ellos en lo pertinente al diseño de los derechos de aprovechamiento.

3.1. Texto aprobado en el Senado sobre indicación sustitutiva de 2014 (gobierno de Michelle Bachelet)

En octubre de 2014, la presidenta Michelle Bachelet ingresó una propuesta que buscaba modificar sustancialmente el régimen del *Código* actual, dándole mayores atribuciones a la autoridad administrativa en el otorgamiento y ejercicio de los derechos de aprovechamiento. A partir de esa propuesta, discutida en la Cámara de Diputados hasta 2018 y que pasó al Senado, se propone cambiar el diseño de los derechos de aprovechamiento de aguas de la siguiente manera¹³⁹:

- i. Se establece que el acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado.
- ii. Prohibición de constituir derechos de aprovechamiento sobre glaciares.
- iii. En la definición del derecho, se señala que es un derecho de uso y goce temporal de las aguas, que se constituirá en función del interés público y que podrá ser limitado en su ejercicio, de conformidad a las disposiciones del *Código*. Bajo el interés público se entenderán las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y, en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas.

¹³⁷ JAEGER Y PEÑA (2015), p. 93.

¹³⁸ Véase, por ejemplo, Mociones n.º 6387-09, 8960-33 y 9102-01. También se han hecho modificaciones legales puntuales al *Código de Aguas*, pero sin modificar el diseño o características de los derechos de aprovechamiento.

¹³⁹ Véase Informe Comparado de abril de 2019 en tramitación de *Boletín* 7543-12, disponible en: www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7543-12

- iv. En cuanto al uso, se establece la preferencia de otorgamiento de derechos para el uso de subsistencia y saneamiento. Asimismo, los derechos que se concedan para uso humano y saneamiento no podrán utilizarse en fines distintos. En los demás usos, la autoridad deberá incluir la consideración de la función de preservación ecosistémica de las aguas junto con las funciones productivas. Todo cambio que se efectúe respecto al uso de un derecho de aprovechamiento deberá ser informado a la autoridad.
- v. Se opta por la temporalidad de los nuevos derechos que se otorguen, como una concesión renovable, con una duración máxima de treinta años de conformidad a los criterios de disponibilidad de la fuente tanto de abastecimiento como de sustentabilidad del acuífero. En el caso de los derechos no consuntivos la duración mínima será de veinte años. Este plazo se prorrogará sucesivamente, a menos que la autoridad acredite el no uso efectivo de las aguas; el titular podrá solicitar la prórroga anticipada del derecho tres años antes de su vencimiento, siempre que acredite la existencia de obras para aprovechar el recurso.
- vi. Se propone incorporar la caducidad del derecho, ya que este se puede extinguir total o parcialmente si su titular no hace un uso efectivo del recurso. Los plazos serían de cinco años para los derechos consuntivos y diez años para los no consuntivos, el que comenzaría a contarse a partir de la publicación de la resolución que los incluya por primera vez en el listado de los derechos afectos al pago de patente por no uso.

3.2.- *Indicación sustitutiva de 2019* (*gobierno de Sebastián Piñera*)

En enero de este año el gobierno presentó una nueva indicación sustitutiva en el *Boletín* 7543-12¹⁴⁰, que propone modificaciones puntuales al *Código de Aguas*, sin cambiar sustancialmente las características de los derechos de aprovechamiento. Sucintamente, se propone:

- i. Establecer que el acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado.
- ii. Reconoce las diversas funciones del agua, debiendo el Estado velar por la armonía y el equilibrio entre las distintas funciones que cum-

¹⁴⁰ Véase Indicación n.º 369-366 de 10 de enero de 2019 en tramitación de *Boletín* 7543-12, disponible en: www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=7543-12

- plen las aguas, y su rol en el medio ambiente y sus bienes y servicios asociados, y propender al uso sustentable de las aguas.
- iii. Prohibición de constituir derechos de aprovechamiento sobre glaciares.
 - iv. La definición y facultades del derecho se mantienen, como derecho real de uso y goce.
 - v. Se mantiene la perpetuidad, transferibilidad y libertad de destinación de las aguas por parte del titular.
 - vi. En cuanto al ejercicio de los derechos, se otorgan facultades a la autoridad para determinar “Planes de gestión de cuencas”, junto con un nuevo panel de expertos para los recursos hídricos.
 - vii. En cuanto al papel del Estado, otorga la facultad de decretar reservas de caudal por para funciones de subsistencia o abastecimiento humano, así como de disponer la expropiación de derechos de aprovechamiento en el caso que sea necesario satisfacer la conservación de recursos hídricos y que no existan otros medios para obtener el agua. También otorga mayores facultades a la autoridad para limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento por escasez del recurso y efectos ambientales.

CONCLUSIONES

Legislar en materia de aguas en Chile no es una tarea fácil. Existen muchos actores con intereses contrapuestos, las reformas demoran mucho, llegando muchas veces bastante más tarde que el problema que pretenden solucionar. También es común, como ha sucedido en el *Boletín* en comento, que el texto a discutir cambia en el Congreso mediante indicaciones del Ejecutivo de turno. Como se advierte de las propuestas comparadas, existe una diferencia fundamental en el enfoque de una y otra, que revelan posiciones bastante alejadas esencialmente en dos puntos: primero, el papel que debería tener la autoridad administrativa en la definición del uso y destinación del recurso disponible y, segundo, qué nivel de autonomía se les quiere dejar a los titulares de derechos de aprovechamiento sobre la destinación de las aguas a un determinado uso y la transferibilidad del derecho.

Creo que no se puede entender ningún proyecto de reforma en materia de derechos de aguas en Chile sin conocer la historia legislativa, asociada a la política y económica, de nuestro país. Esta perspectiva, que hemos intentado mostrar en la primera parte, puede ayudar a comprender el escenario actual, el alcance de cada propuesta y cuáles son los objetivos que subyacen en una u otra. Al observar las propuestas comparativamente, tenemos

que, por un lado, la Indicación de 2014 muestra un modelo similar o cercano a los *Código de Aguas* 1951 y 1969, con un fuerte papel del Estado en la determinación de los derechos de aprovechamiento, su ejercicio y uso del agua disponible. Por otro lado, la Indicación de 2019 opta por mantener las características de la regulación actual. En lo que sí coinciden es en no usar los glaciares como fuentes naturales, priorizar el consumo o abastecimiento humano y en darle mayores atribuciones a la autoridad en casos de escasez.

Hasta aquí el análisis más jurídico. Pero en adelante, si se pretende hacer una prospectiva de lo que podría esperarse de esta discusión legislativa, lo jurídico pasa más a un segundo plano. Esto porque en general, se observan visiones más ideológicas que técnicas en las propuestas de cambio de los derechos de aprovechamiento. Cómo observa Carl Bauer, la legislación en materia de aguas en Chile durante las últimas décadas ha oscilado en un péndulo con dos extremos marcados en los dos últimos *Códigos*¹⁴¹. Sería deseable que la discusión de una reforma en esta materia se realizara sobre una base técnica, con objetivos de eficiencia y sustentabilidad de uso del recurso, más que enfocada en defender uno u otro sistema. Si se está de acuerdo en que el modelo actual requiere un cambio, debería intentarse seriamente que el péndulo legal se ubique más al centro.

Con una sequía casi permanente, cambios hidrológicos profundos por el cambio climático y los efectos visibles en los sistemas hídricos por el uso intensivo del agua, ya casi no se discute la necesidad de una reforma al sistema. La pregunta es si se requieren ciertos ajustes al modelo actual o más bien un cambio que redefina los derechos de aprovechamiento. Quizá sea posible combinar las características de uno y otro modelo de manera de mantener la seguridad en la titularidad de los derechos junto con ajustarlos en su ejercicio a la variabilidad, multifuncionalidad y escasez creciente del recurso, mediante una gestión integrada en el ámbito de cuenca en que la autoridad y los usuarios tengan papeles claros y equilibrados.

Es necesario un enfoque más integral del manejo y protección de los recursos hídricos, y no solo revisar los derechos de aprovechamiento. En esa óptica, los cambios que se realicen en su regulación deben considerar que se ejercen sobre un recurso natural renovable, escaso y que cumple mucho más que una función de insumo o bien económico al ser un elemento natural. También debe considerar el papel que han tenido y que tienen los usuarios que desarrollan actividades de distinto tipo, necesarias y legítimas, siendo titulares de estos derechos de uso que nuestras sucesivas legislaciones les han dado. Debemos hacernos cargo de todas las variables.

¹⁴¹ BAUER (2015), p. 261.

Consecuencialmente, la reforma al sistema de los derechos de aprovechamiento de aguas requerirá de estudios con base empírica y técnica, de la función del Estado respecto de ellas, de las facultades y obligaciones de los titulares de derechos; revisar modelos y principios extranjeros susceptibles de servir a nuestra realidad, y buscar una forma de hacer una transición entre el actual modelo de gestión y lo que se necesita implementar. Para esto se requerirá un gran acuerdo, en el contexto político, técnico, jurídico, y también social, más que una discusión y enfrentamiento de modelos. Si no, corremos el riesgo de seguir con la ley del péndulo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGURTO, Patricio (1995): “El derecho de aprovechamiento es un derecho real que no recae sobre las aguas. Error en las definiciones de los Códigos de Aguas y en el artículo 19 n.º 24 de la Constitución Política de 1980”, en *Gaceta Jurídica*, n.º 186: pp. 9-15.
- ARÉVALO, Gonzalo (1998): “Aspectos fundamentales de la legislación de aguas”, en *Revista de Derecho de Aguas*, vol. IX: pp. 15-29.
- ARÉVALO, Gonzalo (2011): “El derecho de aprovechamiento de aguas, sus características y los principios que lo informan”, en Alejandro VERGARA (dir.), *Código de Aguas comentado. Doctrina y jurisprudencia*: pp. 18-30.
- BAUER, Carl (1993): “Los derechos de agua y el mercado: efectos e implicancias del Código de Aguas chileno de 1981”, en *Revista de Derecho de Aguas*, vol. IV: pp. 17-62.
- BAUER, Carl (2015): *Canto de Sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales* (2ª edición, Santiago, Editorial El Desconcierto).
- CELUME, Tatiana (2013): *Régimen público de las aguas* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot-Thomson Reuters).
- CELUME, Tatiana (2015): “Pilares sobre los que se sustenta la reforma al Código de Aguas chileno”, en Alejandro VERGARA (dir.), en *Actas de Derecho de Aguas*, n.º 5: pp. 39-50. Disponible en <http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/Descargar-documento/137-4-Celume-Bryne-Tatiana-Pilares-sobre-los-que-sustenta-la-reforma-al-Codigo-de-Aguas-chileno-y-desafios-pendientes>
- COSTA, Ezio (2016): “Diagnóstico para un cambio: Los dilemas de la regulación de las aguas en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 1: pp. 335-354. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v43n1/art14.pdf>
- DONOSO, Guillermo (1995): “El mercado de derechos de aprovechamiento como mecanismo asignador del recurso hídrico”, en *Revista de Derecho de Aguas*, vol. VI: pp. 9-18.
- DOUGNAC, Antonio y Javier BARRIENTOS (1991): “El derecho de aguas a través de la jurisprudencia chilena de los siglos XVII y XVIII”, en *Revista de Estudios Histórico-*

- Jurídicos*, n.º 14: pp. 101-136. Disponible en www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/188/179
- DOUROJEANNI, Axel y Andrei JOURAVLEV (1999): “El Código de Aguas de Chile: entre la ideología y la realidad”, en *CEPAL - División de Recursos Naturales e Infraestructura*, n.º 3. Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6380/S9910680_es.pdf
- ESCUADERO, Bernardino (1990): *La posesión del derecho de aprovechamiento de aguas* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar Conosur).
- FIGUEROA DEL RÍO, Luis Simón (1993): “Estatuto jurídico de las aguas. Evolución histórica y cultural”, en *Ius et Praxis*, vol. 1 n.º 1: pp. 25-36. Disponible en www.redalyc.org/articulo.oa?id=19710105
- FIGUEROA DEL RÍO, Luis Simón (2003): *Curso de Derecho de Aguas* (Santiago, Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).
- GUZMÁN, Alberto y Ernesto RAVERA HERRERA (1993): *Estudio de las aguas en el derecho chileno* (Santiago, Editorial La Ley).
- JAEGER, Pablo y Humberto PEÑA (2015): “Del orden neoliberal al régimen de lo público en materia de aguas”, en Alejandro VERGARA (dir.), *Actas de Derecho de Aguas*, n.º 5: pp. 91-112. Disponible en <http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/Descargar-documento/145-8-Jaeger-Cousino-Pablo-y-Pena-Torrealba-Humberto-Del-orden-neoliberal-al-regimen-de-lo-publico-en-materia-de-aguas>
- LIRA OVALLE, Samuel (1956): *El Derecho de Aguas ante la cátedra* (Santiago, Instituto Geográfico Militar).
- LIRA, Pedro y Lorenzo DE LA MAZA (1940): *Régimen legal de las aguas en Chile* (Santiago, Editorial Nascimento).
- MUÑOZ ESCUDERO, Gonzalo (2000): “Facultades del titular de un derecho de aprovechamiento de aguas para su ejercicio”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. II, n.º 1: pp. 189-201.
- PARADA, Guillermo Andrés (2000): *El derecho de aprovechamiento de aguas. Aspectos dogmáticos y legales. Su posesión y adquisición por prescripción* (Santiago, Editorial La Ley).
- RAMOS, René (1987): “Algunas notas sobre Derecho de Aguas”, en *Revista de Derecho*, n.º 182, Universidad de Concepción: pp. 105-114. Disponible en www.revista-dederecho.com/pdf.php?id=2314
- RIQUELME, Paulina (2014): “La regulación de los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público. Eventuales efectos de su incorporación a la Constitución Política de la República”, en Sergio MONTENEGRO, Jorge ARANDA, Ximena INSUNZA, Pilar MORAGA y Ana URIARTE (eds.), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental*: pp. 277-303.
- RIVERA, Daniela (2013): *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste* (Santiago, Editorial LegalPublishing).

- ROJAS, Christian (2016): *La distribución de las aguas. Ordenación y servicio público en la administración hídrica y en las juntas de vigilancia* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- SANDOVAL, María Ignacia (2015): “Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada”, en *Justicia Ambiental*, año 7, n.º 7: pp. 133-162.
- SANTELICES, Humberto (2011): *Medida del derecho de aprovechamiento de aguas* (2ª edición, Santiago, Metropolitana).
- SEGURA, Francisco (2006): *Derecho de Aguas* (3ª edición, Santiago, Editorial LexisNexis).
- STEWART, Daniel (1970): *El Derecho de Aguas en Chile: algunos aspectos de su historia y el caso del Valle de Illapel* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TALA, Alberto (1999): *Derecho de Recursos Naturales. Ambiente, aguas, minas* (Santiago, Ediciones Jurídicas La Ley).
- URQUIDI, Juan Carlos (1994): “Análisis crítico de la institucionalidad y del marco regulatorio del recurso hídrico continental”, en *Revista de Derecho de Aguas*, vol. V: pp. 61-79.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1997): “La libre transferibilidad de los derechos de agua. El caso chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, n.º 2: pp. 369-395.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (1998): *Derecho de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomos I y II.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2002): “Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. IV, n.º 1: pp. 63-79.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2015): *Crisis institucional del agua. Descripción del modelo jurídico, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales* (Santiago, Ediciones UC).
- VERGARA DUPLAQUET, Ciro (1960): “Generalidades de Derecho de Aguas”, en Alejandro VERGARA (dir.), *Comentarios al Código de Aguas*: pp. 3-51.

Otros documentos

- ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1976): Tomo VI, sesiones 182, 14 de enero de 1976. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3762/2/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf
- ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1976): Tomo VI, sesión 183, 2 de marzo de 1976. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3762/2/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf
- ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1976): Tomo VI, sesión 184, 3 de marzo de 1976. Dis-

ponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3762/2/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1976): Tomo VI, sesión 186, 9 de marzo de 1976. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3762/2/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

ACTAS OFICIALES DE LA COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1976): Tomo VI, sesión 202, 14 de abril de 1976. Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3762/2/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf

BANCO MUNDIAL (2011): Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos, 31 de marzo de 2011. Disponible en www.dga.cl/eventos/Diagnostico%20gestion%20de%20recursos%20hidricos%20en%20Chile_Banco%20Mundial.pdf

Normas citadas

Código de Aguas, DFL N° 162, 12 de marzo de 1969.

Código de Aguas, DFL N° 1122, 29 de octubre de 1981.

Código de Aguas, Ley n.° 9909, 28 de mayo de 1951.

DL N° 2.603 modifica y complementa acta constitucional n.° 3; establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de las aguas, 23 de abril de 1979.

Ley n.° 16640 sobre la Reforma Agraria, 28 de julio de 1967.

Jurisprudencia citada

CORTE SUPREMA (2000): Rol 743-1999, Sociedad Agrícola Santa Fe Limitada con DGA, 6 de junio de 2000.

CORTE SUPREMA (2012): Rol 5.691-2012, CONAF con DGA, 18 de noviembre de 2012.

CORTE SUPREMA (2015): Rol 23.921-2014, Inmobiliaria El Águila con DGA, 4 de junio de 2015.

CONSIDERACIONES SOBRE EL ARBITRAJE TRIBUTARIO INTERNACIONAL COMO HERRAMIENTA DE MODERNIZACIÓN TRIBUTARIA*

CONSIDERATIONS ON TAX TREATY ARBITRATION AS A TOOL FOR TAX MODERNIZATION**

*María Francisca Labbé Figueroa****

RESUMEN: Una nueva reforma en materia tributaria ha sido promovida por el gobierno, con el objetivo de impulsar la economía, especialmente en cuanto a crecimiento económico, la inversión y el empleo. En materia tributaria, la certeza jurídica y la confianza en las instituciones permiten, entre otras cosas, aumentar los niveles de inversión, tanto interna como extranjera. El arbitraje tributario internacional es una de las herramientas impulsadas por la OCDE para avanzar hacia mejores niveles de seguridad jurídica. El resolver conflictos de tributación internacional por autoridades imparciales y técnicas, aumenta el nivel de confianza de los inversionistas.

PALABRAS CLAVES: Arbitraje tributario - OCDE- Modernización - Inversión

ABSTRACT: A new tax reform has been promoted by the Government, with the aim of boosting the economy, especially in terms of economic growth, investment, and employment. In tax matters, legal certainty and trust in institutions, among other things, allow to raise levels of investment, both

* El presente artículo formó parte del trabajo de investigación de tesis de magister de la autora en torno al arbitraje tributario internacional, y se basa en uno de mayor extensión que podría ser publicado posteriormente por la autora.

**This article was part of the research work for the author's magister thesis on tax treaty arbitration, and is based on one of greater length that could be published later by the author.

*** Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile LLM en Derecho Internacional, Comercio y Arbitraje Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile. Magíster en Dirección y Gestión Tributaria Universidad Adolfo Ibáñez. Profesora investigadora, Centro de Derecho Regulatorio y Empresa. Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. mlabbe@udd.cl

domestic and foreign. Tax treaty arbitration is one of the tools promoted by the OECD to move towards better levels of legal security. The resolution of conflicts of international taxation by an impartial and technical authority, may increase the level of confidence of investors.

KEYWORDS: Tax Treaty Arbitration - OECD - Modernization - Investment

INTRODUCCIÓN

En agosto de 2018, el gobierno de Chile presentó ante el Congreso un proyecto de ley para modificar algunos aspectos de la legislación tributaria actualmente vigente. De acuerdo con lo señalado por el Presidente de la República, uno de los ejes principales de este proyecto, conocido como Modernización Tributaria¹, es incentivar el crecimiento, el emprendimiento, la inversión, el ahorro y el empleo².

Asimismo, y de acuerdo con el Informe sobre las Inversiones en el Mundo de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), la inversión es un elemento fundamental toda vez que fomenta y moderniza los mercados y las industrias, conectando a los países y sus ciudadanos internacionalmente, impulsando la innovación y la competitividad³.

Cuando hablamos de inversión, sabemos que esta no proviene solo de dineros chilenos sino, también, de capitales extranjeros. Por su parte, tanto el volumen como la complejidad de las operaciones transfronterizas aumentan año a año.

Si al aumento de operaciones transfronterizas le sumamos el hecho de que la mayoría de los países han adoptado un método dual para gravar la renta, es decir, por una parte, se gravan las rentas de fuente mundial de los residentes y, por otra, se gravan las rentas de fuente nacional de los no residentes, observamos como consecuencia que se produce un choque entre distintas legislaciones tributarias.

Esto hace que, en el escenario internacional, muchas autoridades tributarias se consideren soberanas y estén interesadas en una misma operación; en la misma renta que dicha operación genera y, por lo tanto, surge el problema, para los contribuyentes, de la doble tributación⁴.

¹ Boletín n.º 12043-05 (2018).

² Boletín n.º 12043-05 (2018). *Mensaje presidencial* n.º 107/366, p. 2.

³ UNCTAD (2018), p. v.

⁴ KING (2007), p. 88

El problema de la doble tributación es un impedimento al momento de elegir si invertir en un determinado país, puesto que puede aumentar los costos de un determinado proyecto, llegando, incluso, a hacerlo inviable financieramente.

Dado que el derecho internacional no ha definido quien tiene la facultad de gravar una determinada operación de carácter transfronteriza o internacional, la doble tributación emerge como una barrera para este tipo de operaciones⁵. Incluso, para algunos, este es el mayor problema para invertir en un determinado país⁶, transformándose en el punto de inflexión al momento de tomar decisiones de inversión.

Sin embargo, el obstáculo de la doble tributación internacional no es una preocupación solamente para los contribuyentes. Los Estados se han mostrado bastante interesados en buscar formas de eliminar o, al menos, reducir este inconveniente. Para lograrlo, han suscrito convenios sobre los temas tributarios más relevantes para los agentes económicos. Chile no ha sido la excepción, y hoy se encuentran vigentes 33 convenios para evitar la doble imposición (en adelante, CDI), suscritos entre nuestro país y algunos de nuestros socios comerciales más relevantes⁷.

En este artículo pretendemos introducir el arbitraje tributario internacional como una buena herramienta de modernización tributaria. Este instrumento podría posicionar a Chile como un mejor lugar para invertir, dado que contaría con una legislación tributaria más vanguardista, y absolutamente en línea con las propuestas legales de las organizaciones internacionales expertas en temas fiscales.

Para alcanzar el objetivo propuesto, comenzaremos enunciando brevemente las normas propuestas por el proyecto de ley de modernización tributaria, en materia de modernización y simplificación de tributación internacional. Luego, describiremos el arbitraje tributario internacional, refiriéndonos a sus características, ventajas y desventajas, plantearemos algunos de los problemas y preocupaciones que podría levantar su incorporación en el sistema legal chileno. Antes de terminar, nos referiremos a la ejecución de las sentencias arbitrales en Chile, para concluir destacando los aspectos más relevantes expuestos.

⁵ REECE (1992), p. 277.

⁶ NEUMAYER (2009), p. 663.

⁷ Fuente: Servicio de Impuestos Internos. Disponible en www.sii.cl/normativa_legislacion/convenios_internacionales.html [fecha de consulta: 30 de abril de 2019].

I. MODERNIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL EN EL PROYECTO DE LEY DE MODERNIZACIÓN TRIBUTARIA DE 2018

El volumen de las operaciones transfronterizas ha aumentado considerablemente con los años, a la vez que las estructuras de las compañías y la forma de hacer negocios y de emprender se ha vuelto cada vez más compleja.

Desde el punto de vista tributario, generalmente las legislaciones domésticas tienen un enfoque dual, es decir, se grava la renta de fuente mundial de los residentes, por una parte, y la renta de fuente nacional de los no residentes, por otra parte. Esto lleva a que más de una autoridad pretenda soberanía sobre una determinada transacción internacional⁸, dando origen al problema de la doble tributación internacional.

Evitar la doble tributación internacional es una preocupación que trasciende a los contribuyentes. Los Estados también están interesados en eliminar este problema, lo cual han intentado hacer mediante la incorporación de medidas especiales en las legislaciones domésticas. Al mismo tiempo, los Estados negocian convenios internacionales que pretenden dar claridad a los contribuyentes, y a las autoridades fiscales, sobre las normas que corresponde aplicar en casos determinados. De esta manera, los Estados buscan prevenir situaciones que pueden volverse complejas. Estas medidas permiten proyectar con mayor certeza una inversión determinada, entre otras cosas.

Nuestro país siempre ha intentado dirigirse por el camino de evitar la doble tributación, tanto para los residentes en Chile como para atraer a nuestro país capitales extranjeros. Es por ello que vemos en nuestras autoridades una constante preocupación por promover y consagrar instrumentos legales que permitan cumplir con dichos objetivos.

El actual gobierno presentó en agosto de 2018 un proyecto de ley en materia tributaria, el proyecto de modernización tributaria. Este proyecto se funda en los siguientes principios: equidad y justicia en la distribución de los tributos, simplicidad de las normas y procesos tributarios, certeza y seguridad jurídica, competitividad, estabilidad y suficiencia a fin de hacer frente a los gastos del Estado⁹.

En este sentido, el proyecto de ley de Modernización Tributaria incluye ciertas normas que son muy acertadas y encaminan nuestra legislación derechamente en la línea de promover, entre otras cosas, la inversión extranjera. Por ejemplo, aquellas normas que tienen relación con la simplificación

⁸ KING (2007), p. 88.

⁹ Boletín n.º 12043-05 (2018). Mensaje presidencial n.º 107/366 p. 4 y ss.

del sistema de tributación de las empresas, las normas que introducen seguridad jurídica, y principalmente aquellas las normas de modernización y simplificación de tributación internacional.

Dentro de las medidas que buscan introducir mayor seguridad jurídica, el proyecto contempla ciertas propuestas para una mayor modernización y simplificación de las normas de tributación internacional. Estas materias pretenden, entre otras cosas, que la relación entre el Estado de Chile y los particulares sea transparente, permitiendo a todos los partícipes de la actividad económica conocer de manera oportuna los efectos tributarios de sus actos. El conocimiento de estos efectos es muy relevante, puesto que facilita la toma de decisiones económicas como, por ejemplo, la decisión de invertir o no en un país como Chile.

Específicamente, en materia de tributación internacional, el proyecto propone las siguientes medidas¹⁰:

- a) Definición de Establecimiento Permanente desde una perspectiva doméstica.
- b) Unificación en el artículo 41 A de la Ley de la Renta (LIR) el uso de créditos por impuestos pagados en el extranjero por contribuyentes residentes y domiciliados en Chile.
- c) En la calificación de rentas pasivas, se excluye el *royalty*, el cual se reconoce como una renta productiva (artículo 41 G de la LIR).
- d) Se entrega una nueva definición de territorios o jurisdicciones con régimen fiscal preferencial, estableciendo como elemento principal para dicha calificación la no existencia de intercambio efectivo de información con las autoridades fiscales de dicho territorio.
- e) Eliminación de la responsabilidad solidaria respecto de la sociedad residente en Chile cuyas acciones o derechos son objeto de una enajenación indirecta en el extranjero.
- f) En materia de financiamiento vía créditos externos, se modifica la norma de relación en el sentido de eliminar aquellas hipótesis que afectan a un deudor y un acreedor que no son ni directa ni indirectamente relacionados.
- g) Se restringe el uso de la tasa preferencial de 4% de impuesto adicional sobre intereses pagados al exterior a instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales, de manera tal que solo aplique dicha tasa preferencial a los casos en que el banco o insti-

¹⁰ El gobierno comprometió enviar al Congreso las primeras indicaciones al proyecto de ley de Modernización Tributaria el 7 de mayo de 2019. Fuente: *Diario Financiero*, 18 de abril de 2019 disponible en www.df.cl/noticias/economia-y-politica/df-tax/hacienda-ingresara-primeras-indicaciones-a-proyecto-de-reforma/2019-04-17/185728.html

tución financiera extranjera internacional sea el beneficiario final o efectivo del interés pagado.

- h) Se consagra legalmente como procesos tributariamente neutros, las reorganizaciones internacionales que involucran activos o partes chilenas y que no implican realización.

Estas medidas son importantes, y también fundamentales, especialmente cuando pensamos en impulsar la inversión, y la inversión extranjera. En este sentido, es importante tener presente que, de acuerdo con lo señalado por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización para el Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los factores que impulsan la inversión en un país determinado son principalmente la corrupción, las condiciones macroeconómicas, la certeza o seguridad política, el entorno fiscal en general y los costos laborales¹¹.

Desde el punto de vista del entorno fiscal, en general existen ciertos factores tributarios que afectan en mayor o menor medida las decisiones de inversión. En efecto, cabe destacar la incertidumbre tributaria como elemento principal. Esta incertidumbre tributaria tiene relación directa con la falta de conocimiento de aplicación o interpretación de las normas que aplican en el impuesto corporativo (el impuesto de primera categoría), en el impuesto al valor agregado (IVA), en los impuestos de retención (el impuesto adicional) y en las formas de evitar la doble tributación.

El impacto de la incertidumbre en materia tributaria ha sido medido por el FMI y la OCDE. Esta medición refleja que, entre los países miembros de la OCDE, el impacto es bastante significativo¹². Es decir, al tomar decisiones económicas de inversión, la incertidumbre tributaria es un factor importante a tener en consideración, tanto así, que si no se tiene certeza de cuál será la tributación final de un determinado proyecto, este simplemente se desecha.

Según el Informe del FMI y la OCDE, la inseguridad tributaria tiene sus orígenes en factores como la falta de claridad o transparencia del sistema legal tributario; la falta de coherencia y consistencia en las decisiones de la autoridad fiscal correspondiente; el exceso de burocracia para cumplir con la legislación tributaria; la falta de mecanismos eficientes, coherentes y transparentes de resolución de conflictos, lo que hace que las sentencias de los órganos competentes sean muchas veces inoportunas, ineficaces e imposibles de predecir y, además, ciertas dimensiones internacionales, específicamente la falta de entendimiento por parte la autoridad tributaria de los negocios internacionales, y la falta de experiencia de dicha autoridad en materias de tributación internacional¹³.

¹¹ IMF/OECD (2018), pp. 40-43.

¹² *Op. cit.*, pp. 42-43.

¹³ *Op. cit.*, pp. 44-45.

Por consiguiente, los mecanismos o herramientas para enfrentar esta incertidumbre en materia de tributación internacional son muy relevantes al momento de intentar dar un impulso al crecimiento económico a través de la inversión. Una legislación doméstica alineada con los estándares internacionales, que a la vez sea pública, simple y transparente, es una de las herramientas más eficientes para lograr un objetivo como el planteado.

2. ARBITRAJE TRIBUTARIO INTERNACIONAL: CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES Y VENTAJAS

En el mundo, la mayoría de los CDI siguen los lineamientos del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio publicado por la OCDE (en adelante, el Modelo). Desde la edición del año 2008, este modelo incluye el arbitraje internacional en materia tributaria dentro del mecanismo de resolución de controversias de su artículo 25.

El mecanismo de resolución de conflictos propuesto por la OCDE es un procedimiento amistoso, que tiene por objetivo principal evitar que los contribuyentes queden en la indefensión. Por este motivo, tiene etapas y plazos previamente establecidos. De esta manera, un contribuyente podrá siempre intentar encontrar una solución a su situación.

La primera instancia del procedimiento consiste en que el contribuyente puede solicitar a la autoridad competente, de alguno de los Estados contratantes del CDI, la revisión de su situación. Dicha autoridad debe hacer lo posible por llegar a una solución que implique una tributación acorde con el convenio, incluso en el marco de una comisión mixta con la autoridad competente del otro Estado contratante. Si en el plazo estipulado en el CDI las autoridades no logran alcanzar un acuerdo que permita resolver el caso, este se someterá a arbitraje, siempre cuando el contribuyente así lo solicite¹⁴. Así, el arbitraje tributario internacional es la segunda etapa, y final, del mecanismo de resolución de conflictos propuesto por la OCDE.

Es importante tener presente algunas consideraciones sobre el arbitraje como ha sido planteado por el Modelo, para poder comprender su real magnitud y relevancia. Antes que todo, es importante advertir que en ningún caso este arbitraje debe entenderse como un recurso adicional o una alternativa para los casos en que las autoridades han encontrado una solución dentro del marco del procedimiento amistoso. El arbitraje tributario internacional solo es aplicable, es decir, solo es una alternativa, en aquellos

¹⁴ OECD (2017), pp. 44-45.

casos en que queden cuestiones sin resolver¹⁵, y solo si estos asuntos tienen directa relación con situaciones que impliquen para un contribuyente una tributación en contra del CDI¹⁶.

Asimismo, es importante tener presente que el arbitraje tributario internacional propuesto por el Modelo de la OCDE tampoco es aplicable para aquellos casos en que las autoridades competentes de ambos Estados contratantes llegan a la conclusión de que ambas tienen derecho a aplicar impuestos a una determinada operación, en absoluta concordancia las normas del CDI¹⁷. Es decir, el caso se resuelve, si habría una solución, aunque esta no sea favorable para el contribuyente puesto que efectivamente implique que debe pagar impuestos en ambos países, lo que significaría una mayor tributación final para el contribuyente.

De la misma manera, el Modelo de la OCDE se hace cargo de la relación entre el arbitraje tributario internacional y el derecho de las autoridades tanto fiscales como judiciales internas de cada país a administrar justicia en materia tributaria. Por este motivo, y entendiendo que la eficiencia del sistema requiere necesariamente que se eviten tanto posibles decisiones contradictorias como posibles conflictos de competencia¹⁸, si un determinado caso ya ha sido sometido al conocimiento de las autoridades locales, no es posible iniciar el procedimiento amistoso propuesto por el Modelo, con lo cual el caso jamás podrá llegar a una instancia de arbitraje.

Otra característica interesante de destacar es que el establecimiento del arbitraje tributario internacional en los CDI tiene carácter disuasivo. Pretende que los Estados pongan todas sus fuerzas en lograr resolver los conflictos antes de alcanzar esta etapa, evitando llegar a ella. Es por ello que esta herramienta es obligatoria, y la resolución obtenida a través del arbitraje es vinculante. Así como las normas contenidas en los convenios buscan prevenir conflictos, la introducción de mecanismos como el arbitraje tributario internacional en carácter de etapa final del sistema de resolución de conflictos, buscan asegurar que las autoridades trabajen efectivamente en la consecución de un acuerdo a través del procedimiento amistoso.

En definitiva, esta herramienta puede resultar interesante para todas las partes, y no solo para los inversionistas. A modo de ejemplo, el aspecto más atractivo para el contribuyente es lograr abstraer la controversia de la esfera de poder de la otra parte del conflicto, el Estado. Por su parte, los Estados en general no son precisamente fanáticos de este tipo de arbitra-

¹⁵ OECD (2017), p. 453.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 455.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 458.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 459.

jes, puesto que son temerosos de cualquier sistema que les haga perder en algo el control, la potestad de gravar una determinada operación y cobrar impuestos, y parecer que la agenda tributaria la dirige un agente externo, o se guía por las decisiones de un panel arbitral extranjero. Sin embargo, los Estados también necesitan evitar efectos negativos de la doble tributación internacional especialmente en materia económica¹⁹.

3.- ARBITRAJE TRIBUTARIO INTERNACIONAL: PRINCIPALES PROBLEMAS Y PREOCUPACIONES

Bajo el marco del procedimiento establecido en el artículo 25 del Modelo, una vez que los Estados incluyen el arbitraje como etapa final del mecanismo de resolución de conflictos, los Estados contratantes deberán ponerse de acuerdo en el acuerdo de arbitraje internacional.

Con el fin de que el arbitraje tributario internacional mejore efectivamente la protección de los contribuyentes de una manera significativa, la legislación doméstica y el acuerdo de arbitraje internacional contenido en el CDI correspondiente estén alineados.

Por esta razón es importante destacar que nuestra legislación ya contempla el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en materia tributaria, toda vez que aun cuando ninguno de los CDI suscritos y ratificados por Chile contiene un arbitraje tributario internacional como el propuesto por el Modelo de la OCDE, algunos tratados sí contemplan arbitraje para resolver conflictos de interpretación específicos entre Estados contratantes. Es decir, si surge un conflicto de interpretación del CDI entre las autoridades fiscales, es posible someter el caso a la jurisdicción arbitral. Pero jamás un contribuyente podría, mientras las cláusulas de estos convenios no se modifiquen, pedir la constitución de un tribunal arbitral para dar solución a su caso particular.

No obstante, de un primer análisis parecen surgir algunos problemas constitucionales y legales para incluir un arbitraje de la naturaleza descrita en este artículo en los CDI, para hacerlo extensivo a los contribuyentes. Por ello, Chile se ha reservado el derecho de no incluirlo, por razones administrativas y políticas²⁰. Los principales problemas parecieran ser la pérdida de soberanía, la afectación del principio de legalidad y la impugnación del laudo arbitral.

¹⁹ McINTYRE (2006), pp. 1-3.

²⁰ OECD (2017), p. 466.

En primer lugar, tradicionalmente se ha entendido que el poder de imponer impuestos es una de las manifestaciones de la soberanía de los Estados, por la simple razón de que no se puede subsistir como nación si no se es capaz de recaudar ingresos suficientes para ello. Así, en general se ha dicho que, por acceder a resolver las disputas tributarias mediante arbitraje, los Estados pierden soberanía, toda vez que entregan a otros la imposición de impuestos, aun cuando solo sea en un caso determinado.

Sin embargo, en la actualidad, la concepción de este poder como absoluto no se concibe, y es ampliamente aceptado el hecho de que el primer límite a la soberanía son justamente los derechos constitucionales de los contribuyentes. Esta restricción a la soberanía tiene su origen en la misma Constitución, al reconocer, en su artículo quinto, que el ejercicio de la soberanía se encuentra limitado por los derechos inherentes a la naturaleza humana, ya sea que se encuentren contenidos en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados y vigentes²¹. En materia tributaria, no estamos frente a una excepción.

Por su parte, algunos podrían considerar que el principio de legalidad podría verse afectado por la inclusión del arbitraje tributario internacional en nuestro sistema legal. La obligación de pagar impuestos reconoce como única posible fuente la ley²². Esto se traduce en que nadie puede verse obligado a pagar impuestos si es que no ha sido previsto previamente así por una ley, por una parte, y en que las autoridades deben respetar el hecho de que solo mediante una ley se puede determinar un impuesto. La pregunta que se hacen estos autores es si un tribunal arbitral internacional podría entonces determinar si una parte debe pagar impuestos o no.

En efecto, nuestra legislación establece, y con carácter de garantía constitucional, la no afectación de los impuestos y la legalidad en materia tributaria²³. Pero jamás la ley ha establecido el monto específico a pagar en cada caso, sino que es el contribuyente mismo quien debe declarar sus impuestos, con participación del Servicio de Impuestos Internos si es necesario. En caso de conflicto, los tribunales de justicia resolverán el problema. Entonces, ¿por qué no entregar a un tribunal arbitral, a un grupo de expertos en tributación internacional, la solución de este tipo de conflictos? La entrega debe hacerse mediante una ley o un tratado internacional. Mientras se cumplan con los requisitos correspondientes, no se ve razón alguna, en este sentido, para no hacerlo.

Como último punto planteado: dudas sobre la impugnación de la sentencia arbitral podrían acarrear como consecuencia la elaboración de ar-

²¹ CEA (2008), p. 208.

²² RADOVIC (2010), p. 56.

²³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE, art. 19 n.º 20.

gumentos para pensar que el arbitraje tributario internacional no podría aplicarse correctamente en Chile. Aun cuando la Ley n.º 19971, que regula el arbitraje comercial internacional, limita el recurso de apelación a causales muy limitadas²⁴, algunos autores han considerado que el artículo 82 de la Constitución Política otorga un derecho a revisión de las sentencias arbitrales internacionales²⁵. En opinión de estos autores, ello sería posible toda vez los tribunales arbitrales pertenecen al Poder Judicial, y todos los tribunales de justicia se encuentran sujetos a la supervisión de la Corte Suprema. En este sentido, el Tribunal Constitucional, al aprobar la Ley n.º 19971, lo hizo con expresa reserva del derecho de la Corte Suprema ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica también sobre los paneles de árbitros internacionales que se compongan para estos efectos²⁶. Además, las sentencias definitivas, en contra de las cuales no exista ningún recurso pendiente, que hayan sido dictadas por los tribunales de justicia, incluidos los tribunales arbitrales, pueden ser revisadas por la Corte Suprema vía el recurso de queja, de acuerdo con el artículo 545 del *Código Orgánico de Tribunales*²⁷.

A pesar de los argumentos que podrían levantarse en contra de la inclusión del arbitraje tributario internacional en nuestro sistema legal, por el hecho de que sus sentencias podrían ser eventualmente revisadas por la Corte Suprema, es importante considerar que el hecho de que existan impedimentos legales no significa que una determinada idea no pueda o no deba convertirse en ley.

El arbitraje tributario internacional, tal como se ha planteado en el Modelo de la OCDE, no es la única vía para resolver una controversia, sino que es la última opción, la alternativa final que le quedaría a los contribuyentes, cuando su problema puntual de doble tributación internacional no ha encontrado una solución. Asimismo, también es cierto que para incluir un procedimiento como el propuesto sería necesario revisar cómo hacerlo compatible con la Constitución y las leyes. Pero esto no es una limitación real para hacerlo. Jamás lo ha sido. Si el espíritu es otorgar mayor credibilidad para atraer mayor inversión y, en consecuencia, lograr un mejor bienestar, entonces las estructuras legales pueden adaptarse para acoger las nuevas propuestas.

²⁴ Ley n.º 19971, art. 34.

²⁵ MILLET (2011), pp. 46-52.

²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004). Rol 420-2004. Considerandos décimo sexto y décimo séptimo.

²⁷ *Código Orgánico de Tribunales*, artículo 545.

4. ARBITRAJE TRIBUTARIO INTERNACIONAL: EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL

Para terminar, nos referiremos a la ejecución de los laudos arbitrales, toda vez que sin la capacidad de hacer cumplir una sentencia esta carece en absoluto de valor.

En términos generales, las sentencias arbitrales internacionales son muy reconocidas en Chile, lo cual se desprende principalmente de la Ley n.º 19971, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante la Convención de Nueva York), y determinada jurisprudencia relevante.

Desde el año 1974, Chile es parte de la Convención de Nueva York. Por lo tanto, los tribunales chilenos deben reconocer y hacer cumplir los laudos arbitrales realizados en el territorio de otro Estado que también sea parte de dicha Convención. Debido a ello, Chile debe reconocer todo acuerdo escrito con respecto a la presentación al arbitraje de cualquier diferencia o disputa relacionada con un asunto que pueda resolverse mediante arbitraje. En consecuencia, los laudos arbitrales son vinculantes, y deben ser ejecutados por el procedimiento legal que tiene un determinado país. Chile no es ajeno a ello. La Convención establece los únicos motivos para rechazar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral.

Por su parte, la Ley n.º 19971, que se basa en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (en adelante CNUDMI) de 1985, sobre Arbitraje Comercial Internacional y, por consecuencia, se basa también en la Convención de Nueva York. Es importante destacar que esta ley se aplica solo al arbitraje comercial internacional, y no afecta los tratados internacionales que Chile haya firmado. Si bien el arbitraje tributario internacional no es lo mismo que el arbitraje comercial internacional, quisimos destacar este cuerpo legal porque nos muestra que el arbitraje internacional es bien aceptado en Chile, y el sistema ha buscado promoverlo, para lo cual se dictó e implementó la ley referida. La Ley n.º 19971 se refiere a la ejecución de las sentencias arbitrales, en sus artículos 35 y 36. La regla más importante se establece en el primero de tales artículos, al decir que cualquier laudo arbitral se reconocerá como vinculante y se ejecutará de conformidad con la ley.

Finalmente, es importante destacar que las decisiones de los tribunales chilenos muestran un gran respeto por los tribunales arbitrales. Asimismo, se han preocupado por reflejar que los tribunales nacionales no representan un papel en evaluar los méritos de las sentencias emitidas por estos tribunales extranjeros. De conformidad con la ley, nuestros tribunales tienen poderes restringidos para anular o denegar el reconocimiento de laudos arbitrales ex-

tranjeros²⁸. La forma en que los tribunales chilenos han interpretado la Ley n.º 19971 y la Convención de Nueva York muestra que en Chile las sentencias arbitrales extranjeras se respetan y se pueden hacer cumplir. Estos procedimientos han facilitado la introducción e implementación del arbitraje internacional, que es el primer paso para lograr el arbitraje tributario internacional.

CONCLUSIONES

Desde 2008, aproximadamente cien convenios para evitar la doble imposición en el mundo han incorporado el arbitraje tributario internacional, como etapa final del procedimiento amistoso de resolución de conflictos. Este número puede resultar algo engañoso, puesto que son pocos los países que han suscritos tales tratados. El problema real no se presenta en su inclusión en los CDI, sino que en la profundización del procedimiento arbitral, puesto que los Estados contratantes no han sido capaces de ponerse de acuerdo en las reglas de dicho procedimiento²⁹. En consecuencia, hoy el arbitraje tributario internacional es inoperante e ineficaz.

En nuestro caso, Chile se ha reservado el derecho de no incluir el arbitraje tributario internacional en los CDI, por razones administrativas y políticas. Estas son importantes de considerar y enfrentar antes de incorporar esta herramienta de resolución de conflictos tributarios internacionales en nuestro sistema legal.

No obstante, si reconocemos que la inversión es uno de los elementos centrales para consolidar el crecimiento en el largo plazo, solucionar los problemas de doble tributación es una meta en sí misma. Alcanzar una mayor seguridad jurídica en materia tributaria es muy relevante tanto para los residentes en Chile que buscan expandir sus mercados como para los inversionistas extranjeros que traen nuevos capitales a Chile.

Por ello, para mostrar cada vez mayor decisión y firmeza hacia el objetivo preciso de evitar la doble tributación internacional, es necesario contar con un mecanismo de prevención y resolución de conflictos en esta materia. El arbitraje tributario internacional es una de las herramientas impulsadas por la OCDE para avanzar hacia mejores niveles de seguridad jurídica, como etapa final del procedimiento amistoso de resolución de conflictos en nuestros actuales CDI. Esto no es solo posible, sino que, además, es impulsado y promovido fuertemente por la OCDE.

²⁸ JIMÉNEZ y KLEIN (2010), pp. 161-164.

²⁹ IMF/OECD (2018), p. 23.

Chile deberá, primero, revisar y analizar cuidadosamente si es admisible, al amparo de nuestra Constitución y bajo la legislación chilena en general, transferir el poder soberano de decidir si aplicar o no un impuesto en un caso particular, a un tribunal arbitral internacional. Los problemas que puedan surgir son preocupaciones atendibles, pero que no generan inconvenientes reales en la inclusión del arbitraje tributario internacional en nuestro ordenamiento.

Dado que el arbitraje tributario internacional como lo ha propuesto la OCDE tiene carácter disuasivo, lo que busca es que la autoridad intente solucionar los conflictos antes de que el asunto sea sometido a arbitraje, mediante un esfuerzo efectivo en la búsqueda de un acuerdo a través del procedimiento amistoso.

El arbitraje tributario internacional es una herramienta muy interesante para todos los contribuyentes, tanto los nacionales como los extranjeros. El resolver conflictos de tributación internacional por autoridades imparciales y técnicas, aumenta el nivel de confianza de todos los inversionistas. Proteger los derechos de los contribuyentes requiere acciones, herramientas y procedimientos eficientes que permitan dar mayor seguridad en materia tributaria. Considerando que la experiencia en arbitraje comercial internacional ha sido exitosa, no se ve obstáculo alguno para que Chile se abra a regular estos temas.

Asimismo, la forma en que los tribunales chilenos han interpretado la Ley n.º 19971 y la Convención de Nueva York muestra que en Chile las sentencias arbitrales extranjeras se respetan y se pueden hacer cumplir. Estos procedimientos han facilitado la introducción e implementación del arbitraje internacional, que es el primer paso para lograr el arbitraje tributario internacional.

Por lo que se ha dicho, concluimos las eventuales cuestiones relacionadas con la incorporación del arbitraje tributario internacional en el sistema chileno, mediante su incorporación en el artículo sobre resolución de conflictos de los convenios para evitar la doble imposición, no hacen imposible su incorporación. Por el contrario, por las razones económicas descritas, y con el objetivo de proteger los derechos del contribuyente, es altamente recomendable su incorporación.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AULT, Hugh J. (2005): "Improving the Resolution of International Tax Disputes", in *Florida Tax Review*, vol. 7, n.º 3: pp. 137-151.
- BRICKER, Michael P. (1998): "Arbitration Procedures in Tax Treaties. A first Israeli Tax Treaty includes an arbitration clause - But do such clauses really matter?", in *Intertax* (Kluwer Law International), vol. 26, n.º 3: pp. 97-108.

- BURNETT, Chloe (2008): "International Tax Arbitration", in *Legal Studies Research*, Sydney Law School, n.º 08/31: pp. 173-190. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1120122_code609399.pdf?abstractid=1120122.&mirid=1
- CAIVANO, Roque J. (2000): *Arbitraje* (2ª edición, Buenos Aires, Ad.Hoc S.R.L., Villela Editor).
- CAIVANO, Roque J. (2007): "La experiencia internacional en la ejecución de laudos arbitrales anulados", en *Revista de Derecho Procesal*, vol. 2007-2: pp. 471.
- CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), vol. 2.
- CEA EGAÑA, José Luis (2008): *Derecho Constitucional Chileno* (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), vol. 1.
- CHRISTIANS, Allison (2009): "Your Own Personal Tax Law: Dispute Resolution Under the OECD Model Tax Convention", in *Willamette J. Int'L. & Dispute Resolution*, vol. 17, n.º 2: pp. 172-185.
- FARAH, Ehad (2009): "Mandatory Arbitration of International Tax Disputes: A Solution in Search of a Problem", in *Florida Tax Review*, vol. 9, n.º 8: pp. 703-753. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1115178_code917445.pdf?abstractid=1115178&mirid=1
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2010): *Derecho constitucional económico. Regulación, tributos y propiedad* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), vol. II.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo (2007): "Tópicos de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional", en AA.VV., *Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar*.
- FIGUEROA VELASCO, Patricio (2004): "Solución de conflictos tributarios por árbitros de derecho", en *Memorias de las XXII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Chileno de Derecho Tributario, tomo 2. Disponible en www.ichdt.cl/solucionpfigueroa.htm [Fecha de consulta: 14 de noviembre de 2011].
- GROEN, Gerrit (2002): "Arbitration in Bilateral Treaties", in *International Tax Review*, Kluwer Law International, vol. 30, n.º 1.
- HADARI, Yitzhak (2009): "Compulsory Arbitration in International Transfer Pricing and Other Double Taxation Disputes", in *Social Science Research Network*. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1483621> [Fecha de consulta: 4 de diciembre de 2011].
- HELLERSTEIN, Walter, Georg W, KOFLER & Ruth MASON (2008): "Constitutional Restraints on Corporate Tax Integration", in *N.Y.U Tax Law Review*, vol. 62. Disponible en www.jku.at/fileadmin/gruppen/150/Team/Georg_Kofler/Aufsaeetze_in_Fachzeitschriften/Constitutional_Restraints_on_Corporate_Tax_Integration_112.pdf
- HINNEKENS, Luc (1993): "The European Tax Arbitration Convention and its legal framework. Part 1", in *British Tax Review*, 2: pp. 132-154.

- HINNEKENS, Luc (1993): "The European Tax Arbitration Convention and its legal framework. Part 2.", in *British Tax Review*, 3: pp. 272-311.
- HINNEKENS, Luc (1998): "Different interpretations of the European Tax Arbitration Convention", in *EC Tax Review*, vol. 7, n.º 4: pp. 247-257.
- JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá & Johanna KLEIN KRANENBERG (2010): "Recent International Arbitration Developments in the Chilean Courts", in *International Bar Association Arbitration Newsletter*, vol. 15, n.º 1: pp. 161-164. Disponible en <http://docplayer.net/6168651-Arbitration-news-newsletter-of-the-international-bar-association-legal-practice-division-vol-15-no-1-march-2010.html>
- KELLY, Richard (2009): "Community Law and Double Taxation Conventions: Redefining Sovereignty", in *Cambridge Student Law Review*: pp. 169-181.
- KING, Diane (2007): "International Tax relations: Theory and Implications", in *Tax Law Review*, vol. 60: pp. 83-154. Disponible en <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1450&context=lsfp>
- KOCH, Fritz E. (1947): *The double taxation conventions*, vol. 1 (London, Stevens Publisher).
- LOZANO RODRÍGUEZ, Eleonora (2008): *En defensa del arbitraje internacional en materia tributaria: Una propuesta para los países latinoamericanos*, tesis en cumplimiento de los requisitos para el grado de Doctor en Derecho, presentada a la Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca. Disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/18284/1/DDAFP_Defensa%20arbitraje%20internacional%20materia%20tributaria.pdf
- MCINTYRE, Michael (2006): "Comments on the OECD Proposal for Secret and Mandatory Arbitration of International Tax Disputes", in *Legal Studies Research Paper Series*, Wayne State University Law School, n.º 07-05: pp. 1-21. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID895633_code170891.pdf?abstractid=895633&mirid=1
- MORTIER, Frank (2002): "International Tax Arbitration: Toward Better Taxpayer Protection", in *Tax Literature: International Tax Bibliography*: pp. 53-58.
- MOSUPA, Frank. (2003): "An introduction to double taxation agreements", in *The Quarterly Law Review for People in Business*, vol. 11, Part 3: pp. 178-181.
- NEUMAYER, Eric (2009): "Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment. Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press: pp. 659-684.
- PARK, William W. (2002): "Income Tax Treaty Arbitration", in *Geo. Mason L Review*, vol. 10:4: pp. 803-874. Disponible en https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/gmlr10&id=814&men_tab=srchresults
- PÉREZ B., Susana (2008) "Arbitraje tributario: Recorrido procesal", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, vol. II, n.º 2, Universidad Rafael Urdaneta: pp. 11-29. Disponible en

- www.yumpu.com/es/document/read/38338202/arbitraje-tributario-recorrido-procesal-universidad-rafael-urdaneta
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2005): *Arbitraje Comercial Internacional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), vols. I y II).
- RADOVIC SCHOEPEN, Ángela (2010): *Sistema sancionatorio tributario. Infracciones y delitos* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- REECE, Sharon A. (1992): "Arbitration in Income Tax Treaties: To be or not to be?", in *Florida Journal of International Law*, vol. 7: pp. 277-295. Disponible en https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/fjil7&id=289&men_tab=srchresults
- RING, Diane (2006): "International Tax relations: Theory and Implications", en *N.Y.U Tax Law Review*: pp. 83-154. Disponible en <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1450&context=lsfp>
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (1999): "Nociones generales sobre la justicia arbitral", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n.º 2, Sección de Estudios: pp. 405-430. Disponible en https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rechilde26&div=26&g_sent=1&casa_token=&collection=journals&t=1559276395
- SMITH, Erica (2002): "Vacated arbitral awards: Recognition and enforcement outside the country of origin", in *Boston University International Law Journal*: pp. 392.
- TILLINGHAST, David (2002): "Arbitration of Disputes Under Income Tax Treaties. A Panel Overview", in *American Society of International Law Proceedings*, vol. 97: pp. 107- 109. Disponible en www.jstor.org/stable/pdf/25659839.pdf?casa_token=RJdF4aJDuj0AAAAA:wmlDEsXnawJTVXeddAvLkss21qkiiG9EwdF2uKYmue7jWQR9oIXVVE78pzoyo2OI07A1EX9A9D1AetXJDvHduwr3uiq4vbMWv5MCJWXfjiudF0P26pc
- VIVANCO M., Ángela (2006): *Curso de derecho constitucional. Tomo II. Aspectos dogmáticos de la carta fundamental de 1980* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), pp. 90-443.
- ZÜGER, Mario (2001): *Arbitration under Tax Treaties. Improving Legal Protection in International Tax Law*, tesis en cumplimiento de los requisitos para el grado de doctor en Derecho, presentada a la Universidad de Viena, Austria, Ciclo de Doctorado n.º 5, Consejo Académico, Oficina Internacional de Documentación Fiscal.
- ZÜGER, Mario (1998): "Mutual Agreement and Arbitration Procedure in a Multilateral Tax Treaty", in *Multilateral Tax Treaties: New Developments in International Tax Law*, Kluwer Law International, Series on International Taxation, n.º 18: pp. 153-186.

Otros documentos

Boletín n.º 12043-05: Proyecto de ley que Moderniza la Legislación Tributaria. Cámara de Origen: Cámara de Diputados. *Mensaje Presidencial* n.º 107/366. Fecha de ingreso: 23 de agosto de 2018.

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (2018): *Informe sobre las Inversiones en el Mundo. La Inversión y las Nuevas Políticas Industriales. Mensaje Clave y Panorama General*, octubre de 2018. Disponible en unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2018_overview_es.pdf

INTERNATIONAL MONETARY FUND Y ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2018): *Update on Tax Certainty. IMF/OECD Report for the G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, July 2018. Disponible en www.oecd.org/tax/tax-certainty-update-oecd-imf-report-g20-finance-ministers-july-2018.pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2006): *Proposals for Improving Mechanisms for the Resolution of Tax Treaty Disputes*, February 2006. Disponible en www.oecd.org/ctp/dispute/proposals-for-improving-mechanisms-for-the-resolution-of-tax-treaty-disputes-2006.pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2007): *Improving the Resolution of Tax Treaty Disputes (Report adopted by the Committee on Fiscal Affairs on 30 January 2007)*, February 2007. Disponible en www.oecd.org/ctp/dispute/38055311.pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2008): *Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version*, 17 July 2008. Disponible en www.taxplanet.com/research/files/OECD-Model-2008.pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2011): *The Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Taxes Purposes*, 25-26 October 2011. Disponible en www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/meetings/48929580.pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (2017): *Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed version*, 21 November 2017. Disponible en https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page3

Normas citadas

Constitución de la República de Chile, decreto n.º 100 del Ministerio de Secretaría General de la Presidencia, 22 de septiembre de 2005.

Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. Estados Unidos de América. Nueva York, 1958.

Ley n.º 19971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, 29 de septiembre de 2004.

Ley n.º 20322 fortalece y perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera, 27 de enero de 2009.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004): Rol 420-2004, 25 de agosto de 2004 (control de constitucionalidad).

INCENTIVOS Y DESINCENTIVOS A LA INVERSIÓN

INCENTIVES AND DISINCENTIVES FOR INVESTMENT

*Soledad Recabarren**

RESUMEN: El sistema es un todo en el cual la creación de un incentivo debe ir alineado con el resto del sistema tributario, a objeto de que no se creen vacíos que permitan elusión tributaria, o por medidas recaudatorias o administrativas no se neutralicen los efectos de la medida proinversión establecida. Este trabajo, pretende revisar una serie de normas que podrían desincentivar el uso de la depreciación acelerada o la depreciación instantánea.

PALABRAS CLAVE: Incentivo tributario - Depreciación instantánea - Depreciación acelerada - Crédito tasa media - Crédito tasa promedio - SAC y DDAN - Proinversión - Crédito de primera categoría - Anticipar el impuesto de primera categoría.

ABSTRACT: The system is a whole, in which the creation of an incentive, must be aligned with the rest of the tax system, in order to not create gaps that allow tax evasion, or by collection or administrative measures do not neutralize the effects of the established investment measure. This paper intends to review a series of regulations that could discourage the use of accelerated depreciation or instant depreciation.

KEYWORDS: Tax incentive - Instant depreciation - Accelerated depreciation - Credit average rate - Average rate credit - SAC and DDAN - Pro investment - First category credit - Anticipate the first category tax.

El Proyecto de Modernización Tributaria presentado por el gobierno el 23 de agosto de 2018, establece varias medidas que se consideran incentivos a

* Abogada Universidad de Chile, socio de Recabarren & Asociados, Miembro de CELET.

la inversión. Estas tienen como objetivo reactivar la economía y retomar el crecimiento y, por esta vía, incrementar la recaudación.

Ello va en línea con lo que indicaba el Programa 2018 presentado por el entonces candidato presidencial, Sebastián Piñera, el cual señalaba:

“Volver a crecer, crear empleos y mejorar los sueldos, porque no hay mejor política de desarrollo que el crecimiento, ni mejor política social que el pleno empleo. Para lograrlo corregiremos los errores de la reforma tributaria, introduciendo certezas e *incentivos para el ahorro y la inversión*; impulsaremos el Plan Chile Invierte 2025 para modernizar nuestra infraestructura; implementaremos una nueva agenda laboral, que permita crear mejores empleos y compatibilizar la vida familiar y el trabajo; y promoveremos un reimpulso productivo, con especial énfasis en las pymes, introduciendo más competencia, innovación, emprendimiento y modernizando el Estado”.

En efecto, parte importante de su programa se basa en desarrollar una economía que invierte, que es innovadora y competitiva, superando los niveles de inversión y productividad del gobierno anterior.

La meta de aumento de la tasa de inversión que se proyectaba en el Programa de Gobierno de Sebastián Piñera era de tres puntos porcentuales hacia el final de su mandato (2018-2022).

Teniendo presente lo anterior, el Proyecto de Modernización Tributaria incluye cuatro medidas proinversión, que revisaremos superficialmente, para, luego, centrarnos en la depreciación instantánea.

Nuestro interés es revisar cómo esta norma para determinar el crédito que se le otorgará a los contribuyentes de impuesto adicional y global complementario, la norma para anticipar el pago del impuesto de primera categoría y las normas de término de giro, afectan la conveniencia para la empresa de aplicar la medida proinversión de depreciación instantánea o la de depreciación acelerada.

En efecto, la revisión de estas normas legales busca dejar en claro cómo la disposición transitoria de depreciación instantánea, que incentiva la inversión y busca generar un efecto positivo en la reactivación económica, es neutralizado en parte, cuando la regulación del otorgamiento de créditos de primera categoría a los contribuyentes finales, indirectamente le impone a estos últimos la obligación de restituir anticipadamente el beneficio económico otorgado a la empresa.

En este sentido, la depreciación instantánea y la depreciación acelerada siempre han sido herramientas que persiguen fomentar la inversión en activo fijo y, por la vía del mejoramiento de la tecnología, incrementar la productividad de las empresas. Si bien, al inicio, el beneficio de la de-

preciación instantánea reduce la recaudación, en el mediano plazo es una herramienta que permite incrementar los resultados de la empresa y de la economía. De esta manera, por mayor crecimiento y productividad se genera, al corto andar, un aumento de la recaudación fiscal.

Esta disposición legal cumpliría todos sus objetivos de incentivo a la inversión, si no se hubiere modificado la forma de determinar el crédito promedio, ya que este nuevo procedimiento de cálculo reduce el monto del crédito de impuesto utilizable contra los impuestos finales.

Creemos que se pensó el sistema del crédito promedio como una medida que persigue aumentar la recaudación. En efecto, en la reforma de 2014 al limitarse el uso como crédito solo el 65% del impuesto de primera categoría, incrementaba de manera importante la recaudación. Sin embargo, creemos que no se evaluó, que este nuevo sistema sanciona a aquellos que utilizan el beneficio de la depreciación acelerada o la depreciación instantánea, limitando la proporción del impuesto de primera categoría que puede ser usado como crédito, al incrementar el divisor del crédito con las sumas registradas en el DDAN, para determinar la tasa de crédito promedio que puede usar el contribuyente final, en contra del impuesto global complementario o adicional.

Esta medida incrementa la recaudación, y como consecuencia de ello se incrementa la carga tributaria del negocio (considerando como tal, tanto la empresa como sus dueños). En efecto, esta forma de determinar el crédito trae como consecuencia, que los dueños de empresas, que utilizan el beneficio de la depreciación acelerada o la depreciación instantánea, deban restituir anticipadamente una proporción del beneficio tributario otorgado para incentivar la inversión.

Siempre se ha analizado este tipo de normas que aceleran la depreciación, como un beneficio que debe ser restituido por los contribuyentes finales en el momento en que se reversa la diferencia temporal, de usar depreciación acelerada versus la depreciación normal usada para fines financieros. Sin embargo, en el caso en comento se debe proceder a la restitución del beneficio en el momento en que el socio o accionista retira utilidades de la empresa, exista o no RAI, ya que para efectos de la determinación del crédito se utilizan los montos registrados en el DDAN.

En el año 2014 se introdujo una norma en el artículo 14 de la LIR, que permitía anticipar el pago del impuesto de primera categoría, cuando un socio retiraba utilidades que excedían las rentas registradas en el RAI. Efectivamente, al no contar estas rentas a nivel de global complementario o adicional con crédito, se permite el pago anticipado del impuesto de primera categoría, lo cual se vuelve del todo recomendable cuando se estaba en presencia de sumas registradas en el DDAN.

El retiro de utilidades imputables a sumas registradas en el DDAN, por regla general no llevan aparejado el otorgamiento de crédito de impuesto de primera categoría (a menos que extraordinariamente existan créditos registrados en el SAC), con lo cual, antes de la Reforma de 2014, había que tributar por dichas sumas sin crédito. Adicionalmente, en un momento posterior, al reversarse la diferencia temporal, la empresa debía tributar con impuesto de primera categoría, y este pago de impuesto no podía ser usado como crédito, al no existir a esas alturas utilidades distribuibles, lo cual constituía un perjuicio al contribuyente final, el cual se elimina en la reforma tributaria del año 2014.

De acuerdo con lo establecido en el Proyecto de Modernización, en el caso de que la sociedad registre un RAI y SAC, y decide usar el beneficio de la depreciación instantánea o la acelerada, cualquier distribución que se realice saldrá con crédito, aun cuando el monto distribuido supere el RAI e incluya sumas registrada en el DDAN, esto como consecuencia de la forma de cálculo. Dado esto, no sería posible anticipar el pago del impuesto de primera categoría por el retiro de sumas que constituyen diferencias temporales, en atención a que, por la forma de determinar el crédito promedio, toda distribución tendrá crédito, y por muy bajo que sea, no se cumplirá con el requisito de que las utilidades no tengan derecho a crédito, para poder anticipar el pago del impuesto.

Si en lugar del procedimiento establecido en el Proyecto de Modernización para fijar el crédito promedio, este se limita a dividir el saldo del SAC, por el saldo del RAI, se lograría un crédito promedio de utilidades tributables, se mantendría el incentivo que otorga de depreciación instantánea y acelerada, y se podría anticipar el pago del impuesto de primera categoría, en caso de distribuir utilidades registradas en el DDAN, cuando estas no tienen crédito.

Por ello, analizaremos en detalle las normas referidas precedentemente.

1. MEDIDAS PROINVERSIÓN

1.1. Depreciación instantánea

La primera medida procrecimiento que establece el *Mensaje presidencial* es la depreciación instantánea, por dos años, y una especial, para la Región de La Araucanía.

De esta forma, el proyecto de ley establece en su artículo vigésimo primero transitorio, un incentivo a la inversión consistente en un régimen transitorio de depreciación instantánea equivalente al 50% de la inversión

realizada en activos fijos nuevos o importados (incluyendo inversiones en obras y construcciones), una vez que se inicie su utilización.

En función de este régimen especial, las empresas podrán depreciar instantáneamente el 50% de la inversión realizada en nuevos proyectos que se inicien durante dicho periodo, y de forma acelerada el restante 50% de la inversión.

Por su parte, el artículo vigésimo segundo transitorio del Proyecto de Modernización Tributaria, establece un incentivo a la inversión específica para la Región de La Araucanía, consistente en un régimen de depreciación instantánea por el total de las nuevas inversiones realizadas en dicha región durante los próximos dos años, en activos fijos nuevos o importados (incluyendo inversiones en obras y construcciones).

1.2. Incentivo para construcción de viviendas

Esta medida pone su foco en la clase media, y busca fomentar la construcción de viviendas con fines habitacionales, cuyo valor sea entre las 2 000 UF y 4 000 UF, extendiendo el crédito especial IVA aplicado a empresas de construcción, que hoy existe para viviendas de valor inferior a las 2 000 UF.

De esta manera, para viviendas con un valor entre dicho rango, se aplicará una rebaja de 45% del IVA, con un tope de 225 UF, lo que se estima generará un impulso en la actividad de construcción. Adicionalmente, se estima que en un mercado competitivo este beneficio debiera traducirse en un menor precio a pagar por las familias.

Este beneficio ha sido objetado por parte de la oposición y el gobierno no se ha allanado a reducir el beneficio a viviendas con fines habitacionales cuyo valor sea inferior a 3 000 UF.

1.3. Artículo 27 bis

En el mensaje presidencial se destaca que entre las medidas procrecimiento se encuentra la modernización de procedimientos de solicitud de devolución de crédito IVA. Con ello se buscaría generar mejores condiciones para la adquisición de activos fijos por parte de las empresas, ya que se aceleraría la recuperación del impuesto recargado en la adquisición de los mismos.

De esta manera, el Proyecto de Modernización Tributaria modifica el artículo 27 bis de la ley de IVA, reduciendo el plazo para recuperar el IVA soportado en la adquisición de activo fijo, disminuyendo el plazo para solicitar la devolución del crédito fiscal IVA de seis a doce meses contados desde la fecha de la inversión, y acortar el plazo de respuesta del Servicio de Impuestos Internos, de sesenta a cinco días, sujeto a una fiscalización posterior.

1.4. Zonas extremas

Otra medida proinversión que estableció el mensaje presidencial del proyecto, es la extensión de beneficio para zonas extremas, incorporando modificaciones en leyes que establecen franquicias tributarias de contribuyentes en zonas extremas, ampliando sus beneficios hasta el año 2035.

2. RELACIÓN DE LAS NORMAS DE DEPRECIACIÓN INSTANTÁNEA Y DETERMINACIÓN DEL CDIPC¹

2.1. Depreciación instantánea (art. 21T del PMT)

Tal como lo señalamos previamente, este es un incentivo a la inversión consistente en un régimen transitorio de depreciación instantánea equivalente al 50% de la inversión realizada en activos fijos nuevos o importados (incluyendo inversiones en obras y construcciones), una vez que se inicie su utilización.

El artículo 21 Transitorio del Proyecto de Modernización Tributaria, señala lo siguiente:

“Artículo vigesimoprimer transitorio. Los contribuyentes que declaren el Impuesto de primera categoría de la ley sobre impuesto a la renta sobre renta efectiva determinada según contabilidad completa, podrán depreciar los bienes físicos del activo inmovilizado nuevos o importados que adquieran dentro los veinticuatro meses siguientes a aquel en que se publique la presente ley en el Diario Oficial y que sean destinados a nuevos Proyectos de inversión, considerando una depreciación instantánea e inmediata en el ejercicio en que comience la utilización del bien por el equivalente a un 50% del valor de adquisición del bien respectivo. Respecto del 50% del valor restante, el contribuyente podrá aplicar la depreciación acelerada conforme al artículo 31 número 5 o 5 bis de la ley sobre impuesto a la renta, según corresponda.

Para estos efectos, los nuevos Proyectos de inversión deben corresponder al desarrollo, exploración, explotación, ampliación, extensión, mejora o equipamiento de Proyectos mineros, industriales, forestales, de energía, de infraestructura, de telecomunicaciones, de investigación o desarrollo tecnológico, médico o científico, entre otros, como, asimismo, su modificación o complemento. Adicionalmente, el Proyecto, deberá estar directamente vinculado con la producción de bienes o la prestación de servicios del giro o actividad del contribuyente.

¹ CDIPC: Crédito de Impuesto de primera categoría.

En todo caso, cuando se aplique el régimen de depreciación indicado en este artículo, para los efectos de lo dispuesto en el artículo 14 letra A) de la ley sobre impuesto a la renta, sólo se considerará la depreciación normal que corresponde al total de los años de vida útil del bien. La diferencia que resulte en el ejercicio respectivo entre la depreciación que regula este artículo y la depreciación normal solo podrá deducirse como gasto para los efectos del Impuesto de primera categoría, debiendo anotarse dicha diferencia en el registro DDAN del artículo 14 de la ley sobre impuesto a la renta.

En lo demás, se aplicarán las reglas que establecen los números 5 o 5 bis del artículo 31 de la ley sobre impuesto a la renta.

El Ministerio de Hacienda emitirá un decreto estableciendo el procedimiento y demás requisitos para hacer uso de esta norma especial de depreciación”.

Esta medida busca estimular la generación de un incremento en la inversión en activo fijo, en el corto plazo, al otorgarle al inversionista una reducción inmediata de su pago de impuesto al momento de realizar la compra de dichos bienes.

En el caso de inversiones realizadas dentro del territorio de La Araucanía se da un beneficio adicional, ya que el proyecto concede una depreciación 100% instantánea por un periodo de dos años, a diferencia del régimen general que da un beneficio del 50% en un año, y depreciación acelerada por el saldo, como lo es respecto de la depreciación instantánea general.

Ambas iniciativas, depreciación instantánea para La Araucanía como el régimen general transitorio, tendrán, según el presidente Sebastián Piñera en discurso reproducido por el diario *La Tercera* el 22 de agosto de 2018², un costo fiscal del orden de quinientos millones de dólares.

Tomás Flores ha señalado:

en el caso de la depreciación instantánea, se produce un adelantamiento de la inversión, por lo cual el shock es transitorio, *acelerando el aumento de la inversión en un rango de entre 2,9 a 8,1%, lo cual es sustancialmente relevante ya que equivale, tomando la proyección media, a inversión adicional por más de US\$ 3.000 millones*. Este shock transitorio de inversión aceleraría la economía en torno a 1 punto porcentual adicional y la creación de más de 120 mil empleos adicionales³.

² www.latercera.com/pulso/noticia/modernizacion-tributaria-incluye-depreciacion-instantanea-beneficio-repatriacion-capitales/290316/ [Fecha de consulta el 23 de abril de 2019].

³ <https://ellibero.cl/opinion/tomas-flores-modernizacion-tributaria-mas-inversion-mas-crecimiento-mas-empleo/> [fecha de consulta: 23 de abril de 2019].

El sentido de esta norma es incentivar a los inversionistas, ya que, en la evaluación de un proyecto la postergación del pago del impuesto de primera categoría mejora la tasa de retorno de la inversión, y vuelve el proyecto más atractivo. Sin embargo, la evaluación de un proyecto no solo determina la oportunidad de pago del impuesto de primera categoría, sino que, también, considera la tributación de los dueños y la oportunidad de distribución de las utilidades del negocio.

Es por ello que, si bien se debe analizar el beneficio otorgado a nivel de la empresa, es necesario evaluar cómo afecta este beneficio a los dueños de la misma. Es decir, frente a la realidad de los negocios resulta de vital importancia examinar cómo esta rebaja extraordinaria de la utilidad de la empresa afecta la tributación de los dueños.

Efectivamente, el Proyecto de Modernización Tributaria modifica la forma de determinar el crédito de impuesto de primera categoría que se entrega a los dueños de empresa. Hoy la Ley de la Renta solo considera el saldo existente en el SAC, para otorgar a los dueños un crédito contra los impuestos finales, equivalente a la tasa del impuesto de primera categoría vigente en el ejercicio en que se realiza la distribución, con independencia de la tasa de IDPC que efectivamente haya gravado dicha utilidad.

Es decir, bajo la actual normativa, las utilidades distribuidas tendrán crédito (hoy de tasa 27%), en tanto existan saldos de créditos acumulados en el registro SAC, y en el momento en el cual los saldos del Registro SAC se hayan agotado la empresa podrá anticipar el pago del impuesto de primera categoría, por el monto de las utilidades que se acuerden distribuir, y que no tengan crédito, a objeto de que los socios o accionistas puedan gozar de dicho crédito en contra sus impuestos finales.

2.2. Crédito por impuestos pagados por la empresa

Siguiendo con la línea de pensamiento anterior, aún a riesgo de ser redundante, resulta importante recalcar que la presente legislación tributaria establece que el crédito que se asigna a los retiros o dividendos es la tasa del impuesto de primera categoría vigente en el ejercicio del reparto.

Lo anterior se puede graficar de la siguiente manera, que si la tasa vigente del impuesto de primera categoría es de 27%, la distribución de utilidades tendrá crédito equivalente a dicha tasa, aun cuando las utilidades se hayan generado en un ejercicio en el cual fue gravada con una tasa inferior, por ejemplo, con tasa de 25,5%, disminuyéndose, el registro SAC, en el monto en dinero entregado como crédito, sin tener que llevar un control de tasas medias o históricas, como ocurría en la forma de controlar los créditos en el antiguo FUT, o en el actual control del FUT histórico.

En consecuencia, la forma de determinar actualmente el crédito, es un tratamiento muy simple, ya que al retiro o dividendo, se le da un crédito de 27%, y este monto se deduce del saldo del SAC, el cual, una vez consumido totalmente, le permite a la empresa a optar en distribuir utilidades sin crédito o anticipar el pago del impuesto de primera categoría.

Esta forma de determinar el crédito tiene como excepción el retiro que se imputa al FUT histórico, ya que, en este caso, el crédito es la tasa promedio que se determinó al comparar el saldo de créditos dividido por el saldo de FUT.

El sistema de tasa de crédito promedio que adoptó el Proyecto de Modernización, busca determinar un promedio en el número 5 del nuevo artículo 14 de la LIR, en los siguientes términos:

“5.- Determinación del crédito aplicable a los propietarios de la empresa.

En todos aquellos casos en que, en conformidad al número anterior, los retiros, remesas o distribuciones de la empresa resulten afectos a los impuestos finales, los propietarios tendrán derecho al crédito a que se refieren los artículos 41 A, 56, número 3), y 63, con tope del saldo acumulado de crédito que se mantenga en el registro SAC al cierre del ejercicio.

El monto del crédito corresponderá al que resulte de aplicar a los retiros, dividendos y demás cantidades gravadas, el factor que corresponda conforme a las siguientes normas:

Un factor promedio resultante de dividir todos los créditos imputables a impuestos finales acumulados al término del ejercicio en el registro SAC, sin considerar el crédito a que se refiere el artículo 41 A, por las utilidades netas que se encuentren pendientes de tributación con los impuestos finales. Para estos efectos, se considerará utilidad neta aquella que resulte de sumar el saldo del registro DDAN al saldo del registro RAI, ambos determinados al término del ejercicio, antes de imputarles retiros, remesas o distribuciones, descontado el monto del Impuesto de primera categoría que se encuentre pendiente de pago.

Tratándose de las empresas liberadas de la obligación de llevar registros RAI, DDAN y REX, aplicarán las mismas reglas anteriores, pero se considerará utilidad neta aquella que determine para este solo efecto conforme a las normas del registro RAI, descontando el Impuesto de primera categoría pendiente de pago.

El factor así determinado, se aplicará sobre los retiros, remesas o distribuciones afectos a impuestos finales y se imputará al SAC determinado al término del ejercicio, comenzando por la asignación de los créditos sin derecho a devolución, y una vez agotados estos, se asignarán los créditos con derecho a devolución.

Con todo, el factor máximo corresponderá al que resulte de dividir la tasa del Impuesto de primera categoría vigente y aplicable según el régimen en que se encuentre la empresa en el año respectivo por cien menos la tasa del citado tributo.

Por su parte, en caso que el crédito por Impuesto de primera categoría no sea determinable, por la inexistencia de RAI y DDAN, u otra causa, el crédito se asignará determinando el factor conforme con la tasa que corresponda según el régimen al cual esté sujeta la empresa, según lo indicado precedentemente.

El crédito a que se refiere el artículo 41 A, se asignará conjuntamente con las distribuciones o retiros de utilidades afectos a impuestos finales, o asignado a las partidas señaladas en el inciso segundo del artículo 21, según corresponda. Para este efecto, la distribución del crédito se efectuará aplicando una tasa de crédito que corresponderá a la diferencia entre la tasa de Impuesto de primera categoría, según el régimen al que esté sujeta la empresa y la tasa de impuesto adicional o marginal del impuesto global complementario, sobre una cantidad tal que, al deducir dicha cantidad, el resultado arroje un monto equivalente al retiro, remesa, distribución o partida señalada, previamente incrementados en el monto del crédito que establecen los artículos 56 número 3) y 63. En todo caso, el crédito asignado no podrá ser superior al saldo de crédito contra impuestos finales que se mantenga registrado en el registro SAC. En estos casos, cuando las rentas retiradas, remesadas o distribuidas tengan derecho al crédito por Impuesto de primera categoría establecido en los artículos 56 número 3) y 63, o cuando deba rebajarse el crédito correspondiente a las partidas del inciso segundo del artículo 21, este se calculará sobre una cantidad tal que, al deducir dicho crédito de esa cantidad, el resultado arroje un monto equivalente al retiro, remesa, distribución o partida señalada, previamente incrementados en el monto del crédito que establece el artículo 41 A.

El remanente de crédito que se mantenga luego de las imputaciones referidas constituirá el saldo acumulado de crédito para el ejercicio siguiente”.

Como se puede apreciar, la tasa promedio no se obtiene de dividir el monto registrado en el SAC por el monto del RAI, ya que esto, en una empresa recién creada, debería determinar una tasa muy cercana o igual a la tasa vigente del impuesto de primera categoría.

Sin embargo, la nueva norma establece un proceso de cálculo más complicado y que variará de ejercicio en ejercicio, dependiendo de los saldos que registre la empresa en sus registros tributarios RAI, DDAN y SAC.

En efecto, el procedimiento establecido en el nuevo número 5 del artículo 14 de la LIR ordena dividir el monto registrado en el SAC por el monto

que resulta de sumar los saldos registrados en los registros RAI y DDAN, esto es, se divide el monto de créditos registrados en el SAC, por el monto que resulta de sumar las utilidades afectas a impuestos finales generadas en la empresa (RAI), más la diferencia registrada entre la depreciación normal y la depreciación acelerada y la depreciación instantánea (DDAN).

En consecuencia, esta tasa será a todas luces inferior a la tasa vigente en el ejercicio, por cuanto solo sería equivalente al impuesto de primera categoría que se hubiere pagado si no se hubiere usado ni la depreciación acelerada ni depreciación instantánea.

Esta rebaja de la tasa de crédito otorgada a los contribuyentes de impuestos finales es una decisión consiente, ya que implica una mayor recaudación final que la que determina la norma actualmente vigente. Sin embargo, resulta curioso que esta mayor recaudación esperada, con motivo de la reducción del crédito, no se encuentre incluido en el informe financiero de este proyecto, como tampoco esta mayor recaudación se ha mencionado en las entregas de información efectuada por el ministro de Hacienda ante la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados.

Por lo tanto, es imperativo señalar que este procedimiento de cálculo por una parte reduce de manera sustancial el crédito de primera categoría que pueden usar los contribuyentes de impuestos finales, y determina que el beneficio de depreciación acelerada e instantánea beneficia a la empresa y perjudica a los dueños. Ello debido a que efectivamente estos incentivos tributarios constituirán una rebaja de la carga tributaria de la empresa (RLI), pero al momento en que se realice una distribución de utilidades, el socio o accionista deberá devolver una parte de este beneficio usados por la empresa, a través de un mayor pago de impuesto global complementario o adicional.

Adicionalmente, al momento de reversarse la diferencia temporal registrada en el DDAN, se tributará por dicho monto con impuesto de primera categoría, y este impuesto, en el caso de aislarse el efecto, implicará para la empresa terminar con un crédito que posiblemente nunca se pueda utilizar.

De esta manera, es posible concluir que, considerando el mecanismo de cálculo del crédito por impuesto de primera categoría, respecto de aquellas empresas que utilizan el mencionado beneficio de depreciación instantánea, y reparten anualmente un monto importante de utilidades a sus dueños, no es recomendable aplicar el mencionado incentivo a la inversión.

En efecto, la depreciación instantánea y la depreciación acelerada generan, inicialmente, un doble efecto tributario, reducen el monto del impuesto de primera categoría que debe pagar la empresa, y también reduce de manera importante el crédito promedio otorgado a los contribuyentes de impuestos finales.

Adicionalmente, esta disposición legal genera un tercer efecto, cual es hacer inaplicable el proceso de anticipo de pago del impuesto de primera

categoría cuando se retiran utilidades que exceden el RAI, y no se les asigne crédito de impuesto de primera categoría.

El Proyecto de Modernización establece en el número 6 del artículo 14 de la LIR, lo siguiente:

“6.- Opción de la empresa de anticipar a sus propietarios el crédito por Impuesto de primera categoría.

En caso que los retiros, remesas o distribuciones resulten afectos a los impuestos finales y *no se les asigne crédito*, atendido que no existe un saldo acumulado de créditos al cierre del ejercicio o el total de éste haya sido asignado a una parte de dichos retiros, remesas o distribuciones, y quienes perciban tales cantidades sean contribuyentes que se encuentran gravados con dichos tributos, la empresa podrá optar voluntariamente por pagar a título de Impuesto de primera categoría una suma equivalente a la que resulte de aplicar la tasa del referido tributo a una cantidad tal que al restarle dicho impuesto, la cantidad resultante sea el monto neto del retiro, remesa o distribución. Este impuesto deberá ser declarado y pagado según lo establecido en los artículos 65, 69 y 72, y podrá ser imputado por los propietarios en contra de los impuestos finales que graven a los retiros, remesas o distribuciones efectuados en el ejercicio conforme a lo dispuesto en el artículo 56, número 3) y 63. Efectuado el pago del impuesto señalado, la empresa podrá deducir en la determinación de la renta líquida imponible correspondiente al año comercial en que se haya pagado el impuesto, y hasta el monto positivo que resulte de ésta, una suma equivalente a la cantidad sobre la cual se aplicó y pagó efectivamente la tasa del Impuesto de primera categoría de acuerdo al párrafo anterior. Si de la deducción referida, se determinar un excedente, ya sea por la existencia de una pérdida para fines tributarios o por otra causa, dicho excedente, debidamente reajustado, podrá deducirse en el ejercicio siguiente y en los subsiguientes, hasta su total extinción.

Del pago voluntario de este impuesto no podrá deducirse ninguna clase de créditos que la ley establezca contra el Impuesto de primera categoría”.

Esta disposición parte del supuesto de que se efectúan retiros de sumas que no tienen crédito por haberse consumido la totalidad de los créditos registrados en el SAC. También asume que se podría estar en situación de pérdida tributaria. Dadas estas premisas, al existir un saldo positivo en el SAC, por inmaterial que sea, las utilidades tendrán crédito, y por ello la empresa no podrá anticipar el pago del impuesto de primera categoría sobre las utilidades financieras que quiera distribuir. Este efecto es producto

de la forma de calcular el crédito que se otorgará a dicha distribución, y al entregarse crédito no se cumpliría con el requisito de que la utilidad que se distribuya carezca totalmente del mismo.

Adicionalmente, aun cuando en una empresa se retire el total de la utilidad anualmente, el hecho de haberse distribuido en algún momento las diferencias temporales registradas en el DDAN, al momento de hacer término de giro, la sociedad tendrá un crédito en el SAC superior al que se puede utilizar, perdiéndose una parte de este y, por consiguiente, incrementándose la carga tributaria total, por el efecto pérdida del crédito indicado.

3. EJEMPLOS PRÁCTICOS

Veamos algunos ejemplos que nos permitirán visualizar las ideas que hemos desarrollado previamente.

3.1. Caso base

En este primer caso, o caso base, una empresa adquiere un activo fijo en \$500, en el año 2019, y decide no aplicar depreciación instantánea, ni depreciación acelerada, sino que aplica depreciación normal durante la vida útil del bien que es de cinco años (adquirido el año 2019 y hasta el año 2023 en el ejemplo).

Se ha determinado que el ingreso generado por la empresa es constante durante todos los años, con lo cual, las RLI determinadas serán constantes, y el pago de impuesto también será similar, aplicándose la tasa de 27%.

año	2018	2019	2020	2021	2022	2023	termino de giro
Ingresos	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ -
Depreciación normal	\$ 100	\$ 100	\$ 100	\$ 100	\$ 100	\$ 100	\$ -
Utilidad	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ -
Impuesto 27%	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ -
Retiro RAI	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ -
tasa media SAC	27%	27%	27%	27%	27%	27%	\$ -
credito promedio	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ -
Efecto		\$ -	\$ -				
RAI	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ -
DDAN	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
SAC	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ 243	\$ -

Dado que no se aplica ni depreciación acelerada ni depreciación instantánea, no habrá registro alguno en el DDAN.

En este caso, los socios retirarán anualmente una suma equivalente a la RLI. Por su parte, la formula de cálculo el crédito otorgado a los con-

tribuyentes finales se realiza dividiendo el saldo del SAC por el monto del RAI (no hay DDAN), lo que determina un crédito similar al impuesto de primera categoría pagado.

Por su parte, si se realiza a fines del último ejercicio el término de giro, dado que la sociedad registra saldos \$0 en todos sus registros, el trámite de término de giro no implicará ni pago de impuesto, ni pérdida de créditos.

3.2. Caso con depreciación instantánea y retiro anual de un monto equivalente a la RLI

En este segundo caso en el año 2019 se adquiere el bien, y se decide aplica depreciación instantánea sobre el activo fijo adquirido, lo que hace que las RLI se reduzca, disminuya el monto del impuesto de primera categoría a pagar, y se inicie el registro en el DDAN, el cual contempla la diferencia que se genera entre la depreciación normal y la depreciación instantánea anualmente.

año	2018	2019	2020	2021	2022	2023	termino de giro
Ingresos	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ -
Depreciación instantanea	\$ 100	\$ 250	\$ 125	\$ 125		\$ -	\$ -
Utilidad	\$ 900	\$ 750	\$ 875	\$ 875	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ -
Impuesto 27%	\$ 243	\$ 203	\$ 236	\$ 236	\$ 270	\$ 270	\$ -
Retiro RAI	\$ 900	\$ 750	\$ 875	\$ 875	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ -
tasa media SAC	27%	23%	26%	26%	27%	27%	\$ -
credito promedio	\$ 243	\$ 169	\$ 225	\$ 229	\$ 270	\$ 270	\$ -
Efecto		\$ 34	\$ 11	\$ 7			\$ 52
RAI	\$ 900	\$ 750	\$ 875	\$ 875	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ -
DDAN	\$ -	\$ 150	\$ 175	\$ 200	\$ 100	\$ -	\$ -
SAC	\$ 243	\$ 203	\$ 270	\$ 281	\$ 322	\$ 322	\$ 52

En el primer año, el crédito es similar al impuesto pagado, dado que se traía un activo sujeto a depreciación normal. Sin embargo, en el año 2019 se adquiere un nuevo activo y se aplica depreciación instantánea, pese a que se retira el total de la RLI del ejercicio, el crédito promedio determinado de acuerdo con el procedimiento de cálculo fijado en el Proyecto de Modernización Tributaria es de solo un 23%, esto es, hay un 4% de crédito de primera categoría que no es posible utilizar.

A los años siguientes sobre el 50% del valor del activo fijo se aplica depreciación acelerada, se sigue aumentando el saldo en el registro DDAN, y se incrementa un poco la tasa media de crédito, pero solo llega a un 26% en comparación con la tasa de 27% pagado sobre las utilidades distribuidas.

Solo una vez que se revierte la diferencia temporal, entre la depreciación instantánea o acelerada el saldo del registro DDAN, la tasa media del crédito de impuesto de primera categoría que puede usarse contra los

impuestos finales llega a un 31% y 32% respectivamente, sin embargo, como el crédito utilizable por el contribuyente final no puede superar la tasa del impuesto de primera categoría vigente a la fecha de la distribución, solo se utilizara un 27%, y al término del año 2023 existirá un excedente del crédito registrado en el SAC que no se ha utilizado, el cual, tampoco se puede utilizar a futuro.

Por su parte, si se realiza el término de giro, la sociedad registra saldos \$0 en los registros de RAI y DDAN, y un saldo positivo en el Registro SAC. Al cerrarse la sociedad, se tributará por el total de las utilidades generadas y no se podrá utilizar el 4,3% de la totalidad de los créditos generados por la sociedad.

3.3. Caso con depreciación instantánea y retiro anual de un monto equivalente a la utilidad financiera generada en la sociedad

En el tercer caso, la sociedad en el año 2019 también aplica depreciación instantánea, lo que genera una RLI baja, y se inicia el registro en el DDAN.

En este caso se retira anualmente por los socios un monto equivalente a la utilidad financiera generada, esto es, al resultado de deducir de los ingresos la depreciación normal, sin considerarse el total de la depreciación instantánea o acelerada.

Se paga anualmente un impuesto de tasa 27%, en el primer año, y el crédito es similar al impuesto pagado. Sin embargo, en el año en el que se aplica depreciación instantánea, pese a que se retira el total de la utilidad financiera del ejercicio, el crédito promedio es de solo un 23%, esto es, hay un 4% que no es posible utilizar en este ejercicio.

A los años siguientes, sobre el 50% del restante valor del activo fijo se aplica depreciación acelerada, con esta operación se sigue incrementando el registro DDAN, y se incrementa un poco la tasa media de crédito, pero solo llega a un 26% en comparación con la tasa de 27% pagado sobre las utilidades tributarias generadas.

Solo una vez que se revierte la diferencia temporal de depreciación instantánea o acelerada y el saldo del registro DDAN se reduce la tasa media del crédito de impuesto de primera categoría que puede usarse contra los impuestos finales llega a un 30%. Sin embargo, como el crédito no puede superar la tasa del impuesto de primera categoría vigente a la fecha de la distribución, esto es 27%, se finaliza al término del año 2023 con un excedente del crédito registrado en el SAC que no se ha utilizado, ni se puede utilizar a futuro.

Por su parte, si se realiza el término de giro, la sociedad registra saldos \$0 en los registros de RAI y DDAN, y un saldo positivo en el Registro SAC,

cerrándose la sociedad sin utilizar el 4,4% de la totalidad de los créditos generados por la sociedad.

año	2018	2019	2020	2021	2022	2023	termino de giro
Ingresos	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ -
Depreciación	\$ 100	\$ 250	\$ 125	\$ 125		\$ -	\$ -
Utilidad	\$ 900	\$ 750	\$ 875	\$ 875	\$ 1.000	\$ 1.000	\$ -
Impuesto 27%	\$ 243	\$ 203	\$ 236	\$ 236	\$ 270	\$ 270	\$ -
utilidad financiera	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	
Retiro Financiero	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ 900	\$ -
tasa media SAC	27%	23%	26%	26%	27%	27%	
credito promedio	\$ 243	\$ 203	\$ 236	\$ 236	\$ 243	\$ 243	
Efecto	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ 27	\$ 27	\$ 54
RAI	\$ 900	\$ 750	\$ 725	\$ 700	\$ 800	\$ 900	\$ -
retiro en exceso	\$ -	-\$ 150	-\$ 175	-\$ 200	-\$ 100	\$ -	\$ -
DDAN	\$ -	\$ 150	\$ 175	\$ 200	\$ 100	\$ -	\$ -
SAC	\$ 243	\$ 203	\$ 236	\$ 236	\$ 270	\$ 297	\$ 54

CONCLUSIONES

El Proyecto de Modernización Tributaria, debe ser analizado como un sistema tributario integrado, y no solo como una concatenación de disposiciones legales no relacionadas entre sí, es por ello que, al mirar la depreciación instantánea, creemos conveniente vincular la determinación de los créditos solo a las utilidades tributables, para así poder hacer uso de la posibilidad de anticipar el pago del impuesto de primera categoría por las utilidades financieras en exceso de las tributarias.

Para determinar el sentido y alcance de las normas analizadas, hemos recurrido al Mensaje del Proyecto de Ley, el cual establece los siguientes comentarios, en relación con esta materia.

El Mensaje del Proyecto de Modernización Tributaria presentada en agosto de 2018 señala en su página 17 que en este Proyecto:

“d. Crédito por impuestos pagados por la empresa. Se simplifica y equipara el crédito a que tendrán derecho todos los contribuyentes por los impuestos pagados por las empresas de las cuales son propietarios, sin distinguir ni discriminar por la naturaleza de las mismas. Se simplifica asimismo la fórmula de cálculo, registro, obligaciones de anotaciones y otros, manteniendo un sistema justo en que cada contribuyente tiene como crédito un promedio de los impuestos pagados por su respectiva empresa o por aquellas empresas en las que invierte, sin preferencias, promedios nacionales, órdenes o limitaciones particulares, simplificando así la utilización y fiscalización de un sistema que se presenta entendible, equitativo, justo y carente de arbitrariedades y discriminaciones entre

sociedades, domicilio del contribuyente y otros factores que se corrigen o eliminan”.

Del análisis indicado precedentemente se puede concluir:

A) NO HAY SIMPLIFICACIÓN. El Proyecto de Modernización Tributaria no simplifica la fórmula de cálculo del crédito de impuesto de primera categoría a contribuyentes finales, ya que en el texto hoy vigente es extremadamente simple la forma de establecerlo, pues solo se mira el registro SAC, el cual incorpora el impuesto de primera categoría pagado por la empresa, y se reduce descontando los montos otorgados como créditos a los contribuyentes finales, el cual es equivalente a la tasa de impuesto de primera categoría vigente en el año de la distribución, aplicado sobre el monto distribuido.

En cambio, el Proyecto toma la opción de otorgar créditos sobre la base de ciertos promedios, y la fórmula establecida para determinar la tasa media es perjudicial para el contribuyente, por cuanto, no se considera como tasa media el porcentaje de dividir el saldo registrado en el Registro SAC por solo el saldo en el RAI, lo cual determinaría, en nuestra opinión, una correcta tasa media de crédito sobre las utilidades tributables acumuladas en la empresa, sino que incorpora en el monto del divisor el saldo registrado en el DDAN (registro el cual lleva el control de las diferencias entre la depreciación instantánea o acelerada y la depreciación normal) sumas que rebajaron la base de la renta líquida imponible, y en consecuencia no se vieron gravadas con Impuesto de primera categoría.

Con esta disposición legal se cambia el criterio de otorgar como crédito la tasa del impuesto de primera categoría vigente, por un crédito promedio que se aplica tanto sobre las utilidades que se vieron gravadas con impuesto de primera categoría (RAI) como sobre aquellas partidas que no fueron gravadas con dicho impuesto (DDAN).

En este nuevo proceso de cálculo, los contribuyentes finales gozaran de una tasa de crédito inferior al impuesto pagado en el ejercicio, con lo cual se incrementará la carga tributaria de la empresa, al no poder utilizarse la totalidad del impuesto de primera categoría como crédito contra los impuestos finales.

B) ES UN BENEFICIO QUE SE DEBE RESTITUIR ANTICIPADAMENTE. En efecto, se obliga a los contribuyentes finales a tener que devolver anticipadamente el crédito de impuesto de primera categoría ahorrado por la empresa por concepto de depreciación acelerada o instantánea, en el momento en que se distribuyan utilidades en la sociedad.

La fórmula para determinar el crédito promedio incluye dentro del divisor el monto de la depreciación instantánea o acelerada. Como

consecuencia de ello, se disminuye el monto del crédito otorgado a los contribuyentes finales, y por esta vía se incrementa el pago del impuesto global complementario o adicional.

- C) **NO CONVIENE USAR EL BENEFICIO PRO INVERSIÓN.** Se produce un primer efecto negativo cual es, no ser recomendable usar el beneficio de depreciación instantánea, si los dueños desean realizar distribuciones de utilidades. Con esto, la norma de incentivo pierde fuerza, por cuanto, si la inversión debe ser realizada de empresas obligadas a distribuir utilidades. Ej. sociedades anónimas, o sociedades en las cuales los socios o accionistas viven de lo que genere el negocio, la depreciación instantánea puede dejar de ser un beneficio, ya que resulta necesario determinar cuánto de este ahorro de impuesto debe restituirse al momento de tributar por la distribución de utilidades.

Adicionalmente, fuera de anticiparse la devolución del beneficio, se produce un incremento en la recaudación debido a que cuando se reversa la diferencia temporal, deberá pagarse impuesto de primera categoría al generarse una mayor renta líquida imponible, y dicho crédito incrementará el registro SAC, pero no podrá ser distribuido a los dueños, por exceder la fórmula de crédito tasa del impuesto de primera categoría del ejercicio.

En los ejemplos numéricos analizados, la tasa promedio al revertirse la diferencia temporal, era superior al 30%, pero la tasa de primera categoría era de solo 27%, perdiéndose ese mayor impuesto pagado y que no sería posible utilizar.

- D) **BAJO ALGUNAS CIRCUNSTANCIAS SE VUELVE IMPOSIBLE ANTICIPAR EL PAGO DEL IMPUESTO DE PRIMERA CATEGORÍA.** En efecto, hoy al distribuirse utilidades financieras, cuando no tienen derecho a crédito, es posible que la empresa ejerza la opción de pagar anticipadamente el impuesto de primera categoría por dicha utilidad financiera, sin embargo, para ejercer este derecho es requisito que las utilidades no tengan derecho a crédito de impuesto de primera categoría. En los casos en los que existen créditos registrados en el SAC, la forma de cálculo establecido en el Proyecto de Modernización Tributaria siempre otorga crédito a las utilidades que se distribuyen, con lo cual, y a menos que no existan créditos registrados en el SAC no es posible anticipar el impuesto de primera categoría.

Finalmente, todos estos efectos adversos pueden ser neutralizados, si:

- El procedimiento de crédito se mantiene como actualmente está regulado, esto es, se da como crédito la tasa de impuesto vigente a la fecha de la distribución.

- Si se toma el sistema de crédito promedio, pero dividiendo el saldo registrado en el SAC, por el monto de utilidades registradas en el RAI, excluyéndose de esta forma de cálculo el DDAN.

Esto con la finalidad de mantener el incentivo proinversión, y no perjudicar a los contribuyentes finales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

La Tercera (2018): “Modernización Tributaria incluye depreciación instantánea y beneficio a repatriación de capitales”, 22 de agosto de 2018. Disponible en www.latercera.com/pulso/noticia/modernizacion-tributaria-incluye-depreciacion-instantanea-beneficio-repatriacion-capitales/290316/ [Fecha de consulta: 23 de abril de 2019].

EL LIBERO (2018): “Tomás Flores: Modernización tributaria: Más inversión. Más crecimiento. Más empleo”, 25 de septiembre de 2018. Disponible en <https://ellibero.cl/opinion/tomas-flores-modernizacion-tributaria-mas-inversion-mas-crecimiento-mas-empleo/> [Fecha de consulta: 23 de abril de 2019].

EL MERCADO DE MEDICAMENTOS Y EL DERECHO A LA SALUD UN BALANCE CRÍTICO DE LA LEY DE FÁRMACOS I (Y II)

THE MEDICINES MARKET AND THE RIGHT TO HEALTH A CRITICAL BALANCE OF THE LAW OF DRUGS I (AND II)

*Julio Alvear Téllez**

I. ANTECEDENTES

La Constitución de 1980 llamó a la empresa privada a colaborar en las prestaciones de salud, en una época en que se constataba la ineficiencia y desfinanciamiento del Estado para lograr tales objetivos. Toda la estructura normativa del artículo 19 n.º 9 que garantiza el derecho a la protección de salud se funda en la idea de que la iniciativa privada puede colaborar en estas prestaciones, correspondiéndole al Estado el deber preferente de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, así como su ejecución, coordinación y control.

Sin embargo, la realidad de la salud en Chile se ha alejado de la axiología del constituyente. Se suponía que los privados, en un contexto de sana y libre competencia, ofrecerían un acceso a la salud con mejores servicios a precios razonables a todos los chilenos. Y que el Estado, a su vez, inyectaría recursos en un sistema de salud público universal y moderno, gestionado con prestancia. Pero esto no ha ocurrido en distinto grado.

Como se sabe, las reformas a la salud impulsadas por la legislación de la década de 1980 establecieron un sistema mixto (público-privado). En su interior asignaron al mercado un amplio campo de actuación en materia de seguro, financiamiento y prestación de los servicios de salud. Sus impulsores legitimaron dos ideas que habrían de calar hondo en las posteriores décadas,

* Doctor en Derecho y doctor en Filosofía. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.

a saber: “la noción de que la salud es un bien que requiere de un pago” y que el lucro “es legítimo y necesario” para obtener mejoras sanitarias sustanciales en beneficio de toda la población¹.

Sin embargo, los límites de estas ideas eran ya visibles a fines de la década de 1990, incluso para sus propios defensores, e incidían en el funcionamiento del sistema mixto. Los buenos indicadores globales de salud en el ámbito nacional, fruto innegable de la competencia inicial y de la innovación, se relativizaron ante la inequidad del subsistema de Isapres hacia categorías enteras de la población y ante las deficiencias de atención, de gestión y de recursos del sector público. Las reformas posteriores no han logrado subsanar estos fallos. Con un condicionamiento adicional: el sistema de salud privado chileno se ubica entre los más caros del mundo.

En efecto, en el mercado local, los costos de hospitalización por día, visita médica de rutina o prestaciones hospitalarias comunes son bastante más caros en comparación con la mayoría de los países desarrollados o los países sudamericanos². Con el agravante, según datos de la OCDE, asumidos por la Fiscalía Nacional Económica, que los gastos de bolsillo del paciente representa el porcentaje más alto en relación con el gasto total en salud. Análoga afirmación se aplica a cirugías y exámenes³.

En consecuencia, se puede afirmar *grosso modo*, que el sistema de salud mixto comporta una dualidad: en lo público es defectivo y en lo privado inequitativo y encarecido.

Esta estructura ha afectado el acceso a los medicamentos. Hay diferencias notables en los precios de los medicamentos, según se provean en el sector público o en el privado.

El paciente que por diversas razones no accede a los medicamentos en el marco del Régimen General de Garantías de Salud en los establecimientos asistenciales del sistema público (donde subsisten controversias

¹ AEDO (2001), p. 608. Por “reformas” entiende el sistema implantado por las siguientes normas: el decreto ley 2763 de 1980, el DFL 1-3.063 de 1980, el decreto ley 3626 de 1981 y la Ley n.º 18933 de 1990. El enfoque del autor es el de la liberalización económica como modelo positivo del progreso de la salud en Chile. El estudio no se preocupa de la Ley n.º 18469. Omite, a su vez, la Ley n.º 19650, que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud.

² *El Mercurio* (2013). El documento original en INTERNATIONAL FEDERATION OF HEALTH, *Plans 2012 Comparative Price Report Variation in Medical and Hospital Prices by Country*.

³ *La Segunda* (2013). El documento original en FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Mercado de la salud privada en Chile*. Estudio solicitado a la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Octubre 2012. El documento analiza en detalle las deficiencias estructurales y funcionales del mercado de la salud privada, particularmente en lo que se refiere a la estructura de la propiedad de las Isapres (y sus vínculos con laboratorios y centros hospitalarios), y a los mercados de aseguramiento y provisión de la salud. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012), pp. 37-178.

sobre las políticas de calidad y seguridad), debe procurárselos en el mercado (directamente en las farmacias, indirectamente a través de las prestaciones al interior del mercado hospitalario privado).

¿Y cómo se estructura y funciona este mercado? Es lo que revisamos a continuación.

2. ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE MEDICAMENTOS CHILENO

A partir de 1980, el legislador entendió que empresas particulares, organizadas dentro del marco de las garantías constitucionales de la libertad económica y la propiedad privada, podían suministrar libremente los fármacos a la población obteniendo, a la vez, rendimientos económicos. Se sostenía que el interés privado lucrativo armonizaba sin mayor problema con el interés general, por lo que la iniciativa empresarial era capaz de poner a disposición de una población informada y con los incentivos propios de la libre competencia, los medicamentos de calidad, debidamente dispensados, a precios razonables, y con conocimientos adecuados para darles un uso racional.

Por diversos motivos dichas empresas, en los distintos grados de producción, distribución y comercialización de los medicamentos, se centraron cada vez más en sus márgenes de ganancia en desmedro de las exigencias de interés general que impone, por su propia naturaleza, la actividad a la que se dedican, y que se traduce –es importante insistir– en dispensar medicamentos a la población en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, calidad garantizada y utilización racional⁴.

El modo en que se estructura y funciona este mercado ha sido evaluado en diversos estudios⁵. Desde un punto de vista puramente económico, todos coinciden en su disfuncionalidad: la maximización de los beneficios de la industria farmacéutica y las grandes cadenas de farmacias no coincide con la maximización de la utilidad del consumidor, puesto que este tiene que sufragar precios desmedidos en los medicamentos y en las prestaciones del sistema en general, con alta incidencia promedio porcentual para el gasto de bolsillo de los hogares que requieren de servicios de salud.

En el mercado de medicamentos de los veinte años, se puede hablar de tres grandes etapas: la de regulación deficiente (1998-2014), la iniciada por la Ley de Fármacos I (2014 a 2018), cuyas carencias y fallos regulatorios

⁴ Por ejemplo, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2004), p. 1.

⁵ VASSALLO (2010). FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012); MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. DIVISIÓN DE ESTUDIOS (2013).

dan inicio a una tercera etapa, prevista en el actual proyecto de Ley de Fármacos II, en tramitación (2019).

3. ETAPA DE REGULACIÓN DEFICIENTE DEL MERCADO DE MEDICAMENTOS (1998-2014)

Hasta la dictación de la Ley de Fármacos I (2014), el mercado de medicamentos chileno presentaba gravísimas deficiencias. Tomando como base el periodo 1998-2014 (sobre el que existen estudios y análisis completos), se podía formular el siguiente diagnóstico⁶:

3.1. *Graves problemas de concentración económica y de ausencia de competencia suficiente.*

- i) En el mercado de provisión de medicamentos, las corporaciones que los producen o importan para comercializarlos en Chile concentran gran parte del mercado, con tendencias al oligopolio con diferenciación de productos. A este nivel, se constata una competencia reducida entre los grandes laboratorios, que, a su vez, poseen la mayoría de los registros farmacéuticos⁷.
- ii) En el mercado de distribución minorista, las tres grandes cadenas de farmacias concentran el 90% de las ventas del país, ostentando un relevante poder de mercado⁸. Hay barreras de entrada a la venta minorista de medicamentos, con costos hundidos casi imposibles de franquear⁹.
- iii) Integración vertical ascendente: las tres grandes cadenas de farmacias controlan laboratorios y distribuidoras de medicamentos¹⁰, generando el incentivo de favorecer los propios productos, con todas sus consecuencias perversas (comisiones de venta, captura de las prescripciones médicas por la vía de incentivos y beneficios, sustitución de receta médica, etcétera).
- iv) Las tres grandes cadenas de farmacias comparten desde hace años posiciones de dominio en la comercialización de medicamentos,

⁶ Utilizamos aquí los resultados publicados en ALVEAR (2013), pp. 133-141

⁷ VASSALLO (2010), pp. 5, 16-24, 56-57.

⁸ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO. DIVISIÓN DE ESTUDIOS (2013), p. 3.

⁹ VASSALLO (2010), p. 6.

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 12, 25, 86. Paralelamente existe integración vertical descendente entre Isapres y prestadores de salud (en especial clínicas privadas), y estos con fondos de inversión. Los últimos, a su vez, invierten en laboratorios. Los detalles en FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012), pp. 37-71. Su valoración en *op. cit.* pp. 173-177.

con frecuente interacción entre ellos para mejorar sus márgenes de rentabilidad.

Lo anterior ha afectado la accesibilidad de los medicamentos:

- a) La baja elasticidad en la demanda de remedios éticos (aquellos que requieren receta médica), hace posible el incremento arbitrario de precios sin que pueda disminuir sustancialmente la demanda¹¹.
- b) El año 2012, las tres grandes cadenas fueron condenadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema por fijar concertadamente, con la ayuda de los laboratorios proveedores de los productos, el alza del precio de venta al público de 206 medicamentos, de casi nula sustitución. Se trataba en gran parte de remedios éticos de enfermedades crónicas y agudas¹². El año 1995 ya habían sido objeto de una condena análoga¹³.

3.2. Graves problemas de atención farmacéutica

La lógica de la utilidad y del aumento de los márgenes de ganancia se ha convertido en un criterio primordial para proveer de medicamentos a los chilenos, con un cúmulo de efectos distorsionantes para su accesibilidad y disponibilidad:

- i) Las farmacias adoptan el formato *drugstore* y el modelo de negocios *retail*, en convenio con las principales casas comerciales del país, para que los pacientes devenidos en clientes obtengan crédito, y aumente la rentabilidad del negocio¹⁴.
- ii) Detrimento del papel profesional del químico-farmacéutico y protagonismo exclusivista de la gestión y estrategia de venta.
- iii) Millonarias estrategias de *marketing* para fidelizar a los clientes, cuyos costos pagan los mismos clientes.
- iv) Ejecutivos especialmente contratados para obtener mayor utilidad de los medicamentos (*category manager*).
- v) El precio de los remedios se encarece por el pago a diversos agentes que, ocupando diferentes papeles, participan en las distintas etapas del proceso comercial.
- vi) Incentivos económicos para la prescripción y venta de determinados fármacos. Los incentivos para la prescripción son utilizados general-

¹¹ VASSALLO (2010), pp. 6, 8, 57.

¹² CORTE SUPREMA (2012), considerandos décimo tercero, septuagésimo sexto, septuagésimo séptimo y octogésimo octavo, n. 9. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012).

¹³ COMISIÓN RESOLUTIVA ANTIMONOPOLIO, determinación n.º 432, 16 de mayo de 1995, que condena a Farmacias Ahumada, Farmacias Cruz Verde, Comercial Salco y Farmacias Brand, por conductas de colusión.

¹⁴ CASTILLO (2009), pp. 5-6.

mente por los laboratorios que fabrican o compran el principio activo desarrollado por el laboratorio de investigación y lo comercializan. Los incentivos para la venta son adoptados por las grandes cadenas de farmacias con el objetivo de comprometer en la estrategia comercial al personal que expende los medicamentos¹⁵.

3.3. Graves problemas de derecho del consumidor

Anómalas condiciones de comercialización perjudican el estado de accesibilidad, disponibilidad y uso racional de los medicamentos:

- i) Ausencia de información relevante para conocer las razones del alto valor o del incremento del precio final de los remedios, lo que es especialmente grave tratándose de medicamentos éticos¹⁶.
- ii) Falta de transparencia en la información sobre el precio, calidad y efectividad del fármaco en correlación con sus sustitutos disponibles.
- iii) La carga de la búsqueda del medicamento más accesible se traslada al consumidor cuando la farmacia no cumple con su obligación (hasta el 2011 inexistente) de dar información visible sobre sus precios¹⁷.
- iv) Práctica de conservación de los datos sensibles de los pacientes extraídos de las recetas médicas para técnicas de mercadeo.
- v) En razón de los incentivos económicos de los agentes de venta, de las estrategias de publicidad y de las asimetrías de información, el consumidor, carente de conocimientos especializados en componentes activos y en porcentajes de concentración o pureza de los medicamentos que usa, queda expuesto a lo que el vendedor le pueda recomendar de acuerdo con el criterio de utilidad comercial¹⁸.

¹⁵ Las prácticas ii), iii), iv), v) y vi), en las que inciden los problemas de estructura y funcionamiento del mercado de medicamentos, son reconocidas a partir del año 2010 por las autoridades de salud y los distintos actores del mercado involucrados. SENADO DE LA REPÚBLICA, COMISIÓN DE SALUD, *Primer Informe*, 15 de julio 2010 sobre reforma del *Código Sanitario* (Boletines n.ºs 6523-11, 6037-11 y 6331-11, refundidos), pp. 6-46. En cuanto al ánimo exclusivista de lucro, véase deposición reproducida en CORTE SUPREMA (2012), considerando vigésimo sexto, n.º 3, letra c.

¹⁶ Un ejemplo, entre otros. El inhalador presurizado Salbutamol, que la Central Nacional de Abastecimiento, Cenabast, vendía a \$690, en las cadenas de farmacias se ofrecía a \$ 6010, promedio. El inhalador Budesonida, que en Cenabast estaba a \$ 1664, en las cadenas se expedía a \$16 103, promedio. El Salmeterol que Cenabast ofrecía a \$ 4 119, en las grandes cadenas ascendía a \$26 875, promedio. CASTILLO (2009), pp. 4-5. Los datos de los dos primeros insumos son reproducidos en CORTE SUPREMA (2012), considerando septuagésimo séptimo.

¹⁷ MUÑOZ (2011), p. 38. MINISTERIO DE SALUD DE CHILE (2009), decreto n.º 142 del 10 de diciembre del 2009. Vigencia desde el 1 de febrero del 2011.

¹⁸ El presidente de la Federación Nacional de Trabajadores de Farmacias de Chile declaró que en algunas cadenas de farmacias alrededor del 80% de la remuneración mensual de un

vi) Los fármacos en las clínicas también son un problema. En precios de insumos y medicamentos en hospitalización, se han detectado diferencias de hasta un 345%, y, en general, el usuario no cuenta con un mecanismo de acceso fácil y expedito para informarse¹⁹.

El denominador común de las falencias precedentes es la afectación del acceso a los medicamentos de la población por la vía del encarecimiento sistemático de los precios, tendencia comprobada desde 1999. Con el alza de precios se benefician no solo las cadenas de farmacias, sino, también, los laboratorios que operan en nuestro país²⁰.

3.4. Datos estadísticos

En el periodo 2002-2008, los precios se incrementaron nominalmente en un 68% para los medicamentos de marca, un 46% para los similares y un 32% para los genéricos, con una evolución incremental mayor al IPC y al índice del sector salud.

Las estadísticas de la década 1999-2008 indican:

- a) el consumo anual de medicamentos se ha mantenido (en unidades), pero su costo asociado se ha incrementado en aproximadamente el doble y
- b) el gasto de bolsillo promedio en este periodo corresponde a un 40 a 50 % de los presupuestos familiares destinados a la salud²¹.

Hay otras estadísticas sintomáticas, si bien incompletas en cuanto al tiempo o factores medidos. Investigaciones encargadas por el MINSAL llegaron a la conclusión de que durante el quinquenio 1999-2003 el costo de la vida (IPC) en Chile aumentó en un 14,07%, mientras el precio promedio de los medicamentos lo hizo en un 63,46%. Mientras tanto, entre los años 1995-2002, la rentabilidad promedio de las cadenas de farmacias aumentó sistemáticamente de un 19% a un 30%²².

Otros estudios han acreditado que en nuestro país el precio de los fármacos es proporcionalmente más alto que el ingreso promedio, a diferencia de los países desarrollados²³. Asimismo, según consta en la sentencia de la Corte Suprema ya citada, las tres grandes cadenas de farmacias alza-

trabajador corresponde a comisiones por venta de determinados fármacos. SENADO DE LA REPÚBLICA (2010), *Segundo Informe*, 3 de enero 2012 sobre reforma del *Código Sanitario*, p. 20.

¹⁹ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2011),

²⁰ MINISTERIO DE SALUD (2004), p. 2.

²¹ MINISTERIO DE SALUD (2010), pp. 15- 17.

²² MINISTERIO DE SALUD (2004), pp. 2-3.

²³ DANZON y FURUKAWA (2005), p. 527.

ron sus precios entre diciembre de 2007 y abril del 2008 en un promedio de incremento de un 48%, llegando en no pocos casos a más del 100%, en circunstancias que el precio de compra no sufrió variación superior al 1%²⁴.

Relacionado con la accesibilidad, hay también problemas de disponibilidad. Dado que existen importantes diferencias de precios entre productos de marca, similares y genéricos, las cadenas de farmacias prefieren poner a disposición los medicamentos de marca y no sus sustitutos bioequivalentes, pues así obtienen mejores ganancias²⁵. En todo este cuadro, ha disminuido (cuando los hay) la venta de sustitutos de los remedios caros. Entre 2008 y 2012, por ejemplo, las unidades vendidas de genéricos decrecieron en un 14,6% en las tres principales cadenas farmacéuticas²⁶.

Asimismo, no existe correlación entre el número de farmacias, ubicación geográfica y disponibilidad de los medicamentos. Las cadenas instalan locales donde pueden obtener mayores beneficios económicos, por lo que existen comunas donde no hay farmacias, y amplias zonas, densamente pobladas, con escasos locales²⁷.

3.5. *Evaluación desde el derecho de la libre competencia*

Las cifras precedentes pueden ser leídas de diversa manera. Sin embargo, de ellas se deduce una conclusión indiscutible: que el mercado de medicamentos no funciona como la teoría económica, el derecho de defensa de la competencia y el derecho de protección al consumidor nos dicen que debiera funcionar. El mercado *real* de medicamentos no coincide con el mercado que *debiera ser*.

Para que se mida el calado de esta conclusión se han de volver a mirar algunos de sus detalles, pero ahora con un cariz comparativo desde la propia lógica de mercado que los ampara:

²⁴ Un análisis general de los precios en el mercado y sus determinantes, así como de los precios de venta del Estado, en VASSALLO (2010), pp. 31-49.

²⁵ SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2012). Constata que en septiembre 2012 (a) las tres grandes cadenas de farmacias comercializan solo un 23% de los bioequivalentes disponibles, y (b) el precio de los bioequivalentes es hasta casi veinte veces más económico que su medicamento de referencia.

²⁶ MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO (2013), pp. 2, 4-11. Para el periodo 2008-2012, el Informe Ims Health (2013) también destaca la tendencia al alza en los precios, tanto en los fármacos de venta directa como en los sujetos a receta médica. El precio promedio de los medicamentos se elevó un 23,1%. En el mismo periodo los ingresos de las farmacias se incrementaron un 34,1%: en 2008 las ventas fueron por \$545 446 000, en 2012 por \$731 424 000. Del total, los mayores ingresos se obtienen porcentualmente por la venta de los medicamentos más caros.

²⁷ VASSALLO (2010), pp. 26-27.

3.5.1. En cuanto a la estructura del mercado de medicamentos

- La integración vertical entre distribuidores (farmacias) y productores / importadores (laboratorios), tal como está operando, perjudica la competencia *suficiente* en la oferta de medicamentos en sus distintos niveles²⁸.
- El fenómeno de concentración oligopólica de las tres grandes cadenas de farmacias impone barreras de entrada de tal entidad que, en concreto, vulnera actual o potencialmente la *libertad de acceso* al mercado de las pequeñas y medianas empresas y la *libertad de permanencia* en el mercado de las llamadas farmacias independientes. Sin la libertad de las pequeñas y medianas empresas la *libre competencia* es una ilusión.
- La integración y concentración precedentes otorgan a las cadenas de farmacias un poder determinante para manejar los precios, en especial tratándose de situaciones de demanda con poca elasticidad, como es el caso del mercado de medicamentos éticos. Lo cual altera la imagen maestra del mercado donde los precios los fija el *libre* juego de demandantes y oferentes al interior de un mecanismo que se supone neutro. En la práctica, los demandantes quedan maquiñalmente en la condición de precio aceptantes pasivos.

3.5.2. En cuanto al funcionamiento del mercado

- La integración y concentración aludida tolera o permite a una de las partes –productores y distribuidores– marginar utilidades sostenidas en el tiempo, exista o no colusión entre ellos. Laboratorios y cadenas de farmacias quedan en condiciones de maximizar siempre sus beneficios a cargo de los consumidores, que se ven perjudicados en la maximización de su utilidad (salvo en situaciones de “guerra de precios”). Lo que atenta contra una de las funciones esenciales del mercado: la *eficacia* en la asignación de los recursos.
- La información sobre los productos del mercado de medicamentos es por naturaleza *asimétrica*: para conocer la forma de medicación y la calidad de los fármacos e insumos médicos se requiere de un conjunto de conocimientos técnicos que normalmente están fuera del alcance del consumidor medio. La elección de mercado del consumidor depende en gran parte de terceros: del médico prescriptor o

²⁸ Hablamos de competencia *suficiente* y no de competencia *perfecta*, paradigma hoy discutido. ALVEAR (2017), pp. 111-139. En el contexto de prestadores de salud, la integración vertical comporta la generación de nuevas barreras de entrada y la suavización de la competencia por calidad. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012), pp. 174-175.

del farmacéutico. Pero si dicha elección depende del agente de venta, como es recurrente en Chile, y este es impulsado exclusivamente por el afán de lucro, se distorsiona gravemente las condiciones de *racionalidad* en la libre elección del demandante. Racionalidad que, se supone, es una de las bases de la economía de mercado²⁹.

3.5.3. En cuanto al vínculo con el consumidor

Entre los agentes económicos del mercado de medicamentos, el paciente devenido en consumidor es el más afectado. No conoce a ciencia cierta el motivo del alza sostenida de los precios de los medicamentos; solo puede resignarse a su destino: pagar. Hay informaciones parciales sobre la notable desproporción entre determinados precios que ofrece Cenabast y los que fijan las cadenas de farmacias por un mismo producto. U otras situaciones aún más graves: la discriminación de precios de los laboratorios internacionales.

Pero las preguntas fundamentales quedan sin respuesta: ¿qué porcentaje del incremento de utilidades de este periodo corresponde al mayor volumen de ventas y cuál al mayor margen de ganancia por unidad vendida? ¿Qué porcentaje del alza sostenida de los precios se debe al aumento de utilidad neta, cuál a la inversión en técnicas de mercadeo y publicidad, o al simple crecimiento de la empresa para maximizar sus ganancias?

El Estado parece no tener herramientas para transparentar esta opacidad. Solo se sabe una cosa: que *lo que paga el paciente por el producto no es solo el producto*: es una suma, para él aleatoria, de condiciones de venta, sobre las cuales él no tiene posibilidades de optar. Fruto característico de los *mercados oligopólicos sin garantías* para el consumidor³⁰.

²⁹ Desde el ángulo de la filosofía económica, el mercado es susceptible de diversa valoración. En rigor, depende del papel que se le asigne al interior de la sociedad en función de las diferentes teorías económicas (vr. gr., escuela neoclásica, keynesiana, austríaca, ordoliberal, doctrina social de la Iglesia, etc.). Cuando la valoración del mercado se extiende más allá de lo propiamente económico y connota una cosmovisión de cómo debe ser la sociedad, nos encontramos ante la *ideología* de mercado. En ella, el mercado desorbita sus propias funciones y pasa a ser un metacriterio definitorio de toda asignación o distribución de bienes humanos y canon primordial de relacionamiento social. Sobre la distinción entre mercado como *ideología* y mercado como *realidad*, ALVEAR (2017), pp. 112-121, 278-284.

³⁰ En Europa, vr. gr., también hay mercados oligopólicos, pero con ciertas garantías para el consumidor en cuanto al precio y a la información sobre los medicamentos. En cuanto a esto último, por ejemplo, se puede conocer fácilmente cuál es el precio de venta de laboratorio de los medicamentos, cuál es el margen de utilidad del mayorista y el margen de utilidad de la farmacia minorista. ANTONANZAS *et al.* (2005), p. 156. Los datos actualizados, por ejemplo, para España, se pueden encontrar en la página web de *farmaindustria*. Lo mismo dígase del resto de los países europeos, en el ámbito nacional o comunitario.

La conclusión se impone una vez más: el mercado de medicamentos en Chile es deficitario, puesto que *distorsiona* las reglas del libre mecanismo de la oferta y la demanda. Hay una imposición, por una de las partes, de las condiciones objetivas (precios, a veces cantidades) del intercambio.

Es importante insistir en esta conclusión por dos razones. Primero, porque es difícil que las condiciones defectivas del mercado de medicamentos puedan ser superadas desde la lógica exclusiva del mercado. Segundo, porque el Estado tiene el deber de garantizar el acceso a los medicamentos, en la misma medida en que el mercado se muestre defectivo por estructura o funcionamiento. En este punto, el interés del consumidor coincide materialmente con el mandato constitucional de proteger el derecho a la salud.

3.6. *La mirada desde el derecho constitucional*

En esta etapa de regulación deficiente, los analistas pensaron en tres grandes proyectos de solución. Están contenidos en el Informe Ims Health (2013)³¹, el Informe Vassallo (2010)³² y el Informe Pucv (2012)³³.

³¹ Como única solución, el Informe Ims Health propone extender la comercialización de medicamentos de venta directa a los establecimientos comerciales. Estima que, de acuerdo con las reglas de la competencia, se ampliará la cobertura de la oferta y, en consecuencia, se reducirán los precios en dicho segmento de fármacos. MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO (2013), pp. 13-14. A nuestro juicio, este es un ejemplo característico de cómo la *ideología* del mercado paraliza la posibilidad de una solución inteligible e integral a las deficiencias reales que sufre este, particularmente agudas tratándose de aquellos medicamentos que precisamente no son de venta directa, y que, por tanto, no recibirían ningún arreglo.

³² Analizando el mercado de medicamentos en su conjunto, Carlos Vassallo propone una regulación sistemática, que supone implementar medidas concretas en dos dimensiones: (a) sobre el mercado, normas de regulación técnica, económica y de vigilancia a cargo de órganos contralores ya existentes, así como estrategias de información a pacientes, prescriptores y dispensadores; b) sobre el Estado, deberes de provisión mínima en la selección, compra, distribución y utilización de medicamentos. Todo lo cual supone, para su sostenibilidad, la transformación de Cenabast en empresa pública. VASSALLO (2010), pp. 91-125. En su estudio es notable el equilibrio entre el papel asignado al mercado (libre y suficientemente competitivo) y la función que atribuye al Estado como proveedor de medicamentos, que podría asimilarse, con correcciones, al concepto de “Estado garante” del derecho comunitario europeo. En este sentido, hay que observar que las medidas propuestas suponen el uso de técnicas conforme al mercado y están destinadas en su conjunto a compensar socialmente sus deficiencias en el ámbito del acceso y de la competencia de los medicamentos en todos sus grados. Estimamos, sin embargo, que solo indirecta y eventualmente quedaría solucionado el problema gravitante del alza sistemática de los precios.

³³ El Informe PUCV se enfoca en el mercado de aseguramiento y provisión de la salud, que transversalmente toca el acceso a los medicamentos, como componentes integrales de las prestaciones de salud otorgadas directamente por las clínicas privadas y aseguradas por las

Empero, mirada las cosas desde el derecho constitucional, se requiere de un enfoque más amplio e integrado, que encuentra su matriz no solo en principios económicos –como la lógica del mercado y de la libre competencia–, sino, también, en principios sociales, particularmente la subsidiariedad activa y la protección de la salud como derecho fundamental. En otros términos, una vez constatadas las deficiencias del mercado, se impone la necesidad de superarlas dentro del esquema de los derechos sociales “plurivalentes”³⁴.

Esto significa que, dentro de los marcos de una economía social de mercado³⁵, se puede avanzar en el ámbito de la salud en varias direcciones jurídicas: los “derechos prestaciones”, que facultan para exigir un beneficio o prestación determinada; los “derechos libertad”, que garantizan a la asociación privada ámbitos de autonomía razonable para prestar servicios de salud; y los “deberes del Estado”.

La salud, como derecho subjetivo, tiene un carácter justiciable muy diverso, y a veces nulo. Precisamente por ello, el Estado debe asumir obligaciones al respecto. Los deberes del Estado se traducen, por mandato constitucional, en el deber general de promoción y protección de la salud, particularmente en su dimensión objetiva, donde se integran los medicamentos como bienes básicos de la prestación de salud y del proceso terapéutico³⁶.

Isapres. Las propuestas de regulación son todas conforme al mercado y buscan disminuir sus deficiencias tanto respecto de los planes de salud (reducción de la asimetría de información respecto de su calidad y valor, control del alza de precios mediante el IPC de la salud, mengua de la cautividad al interior del sistema, etc.) como de sus prestadores (superación de la falta de transparencia en los indicadores de precio y de calidad por servicio y gestación de mecanismos de elección realmente libres). Hay también recomendaciones indicativas sobre la estructura de la propiedad. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012), pp. 179-185. Es de lamentar que un documento tan fundado se limite a proponer técnicas conforme al mercado *chileno* en particular, y no al mercado en general. Dado que muchos de los déficits del mercado chileno son estructurales, se puede prever, si no nos equivocamos, que dichas técnicas, de aplicarse, servirán solo para aminorar los problemas, pero no para solucionarlos.

³⁴ Es “plurivalente” porque en la noción de derechos sociales se debe integrar distintos elementos jurídicos –derechos, libertades, deberes estatales– determinados en mayor o menor medida por la capacidad política y económica del Estado y la colaboración asociativa de los privados. Todo, con la finalidad de satisfacer no los ideales utópicos igualitarios, sino las condiciones reales de una vida digna para una población histórica y concreta. Sobre los derechos sociales como derechos “plurivalentes”, ALVEAR (2017), pp. 252-265 (en el capítulo dedicado a los derechos sociales).

³⁵ Para la noción de economía social de mercado y su distinción con la economía liberal de mercado, ALVEAR (2017), pp. 303-311.

³⁶ Para algunos, los derechos fundamentales tienen una dimensión subjetiva (derechos subjetivos) y una dimensión objetiva (bienes o valores), a cuya “fuerza expansiva” el Estado se debe, al menos en cuanto a su promoción. Extremando algo las cosas, la doctrina alemana conoce esta dimensión como “la concepción institucional de los derechos fundamentales”. DIEZ-PICAZO (2008), pp. 63-64.

Se trata, en general, de deberes de “medios” y no de “resultados”. Eso no los convierte en meros anhelos programáticos. Al contrario, suponen el desarrollo de políticas públicas y de concreciones normativas destinadas a la implementación de un sistema de salud universal y de calidad, y de una provisión accesible de medicamentos, de acuerdo con los estándares internacionales.

Lo que, a su vez, implica una ampliación de derechos subjetivos en materia de salud a través de fórmulas jurídicas lo suficientemente precisas. Pero, también –y no hay que olvidarlo– la garantía de las libertades asociativas. El impulso de los privados es vital para la innovación y el desarrollo moderno de la provisión de la salud y de los medicamentos. Los abusos de los privados –en Chile, casi constante– no justifica la denegación de sus espacios legítimos de libertad, o la vulneración de la propiedad implicada en estos mercados. *Abusus non tollit usum*, decían los romanos.

Por otra parte, hablamos mucho del *abusos de los privados*, pero ¿y el *abuso del Estado*? En la materia, no se escapa a nadie que hay todo un mundo que atender y precaver.

4. ETAPA INICIADA POR LA LEY DE FÁRMACOS I (2014 AL 2018)

De alguna manera, la Ley de Fármacos I (Ley n.º 10724, del 14 de febrero de 2014, que modifica el *Código Sanitario* en materia de regulación de farmacias y medicamentos) desarrolla los deberes del Estado en materia de salud, en la dirección apuntada precedentemente. Pero con deficiencias no menores. Lo que explica el proyecto de ley de Fármacos II y su actual discusión.

Para entender el problema revisemos muy brevemente la historia de la Ley de Fármacos I y las soluciones que propuso.

4.1. *Objetivos y soluciones de la Ley de Fármacos I*

En 2014, tras cinco años de debate, el Congreso aprobó al fin, con el voto de todos los sectores, la Ley de Fármacos I. La regulación tuvo su origen en proyectos dispares (*Boletines* n.ºs 6523-11, 6037-11, 6331-11 y 6858-11, refundidos): unos buscaban impedir los incentivos económicos ilegítimos en la prescripción y dispensación de medicamentos; otros pretendían dignificar la receta médica, reivindicar el papel del químico-farmacéutico, transparentar la oferta de productos o mejorar la información comparativa de precios al servicio del usuario. Todos esperaban enmendar sustantivamente las falencias de nuestro mercado de medicamentos.

La ley pretendió incidir en este mercado con una serie de medidas (algunas bastante obvias), que, a primera vista, aparecen como soluciones fragmentarias, principalmente modificaciones o adiciones al *Código Sanitario*. Por ejemplo, los precios visibles en las farmacias, la disponibilidad de los bioequivalentes, la posibilidad de comprar fármacos de manera fraccionada, la prohibición de publicidad de medicamentos sujetos a receta médica.

Empero, la ley es susceptible de leerse con un cierto significado unitario. Hay una definición más clara del papel que le cabe cumplir a las farmacias, una delimitación más precisa de los medicamentos que deben dispensarse a través de ellas y exigencias más estrictas en cuanto a su venta y publicidad. En otros términos, la Ley de Fármacos ¹ regula el mercado de medicamentos, estableciendo nuevos requisitos y modalidades –si bien, parciales– para los *sujetos* que intervienen en él, para los *productos* que se venden y para la *actividad* comercial que se articula en torno a ellos.

En cuanto a los *sujetos* del mercado de medicamentos, se dispone que las farmacias deben ser dirigidas técnicamente por un químico-farmacéutico, el que debe estar presente durante todo el horario de funcionamiento del establecimiento, y que corresponde a estos profesionales realizar o supervisar la dispensación adecuada de los productos farmacéuticos (artículo 129 A del *Código Sanitario*). Esta disposición nos aproxima, sin llegar a él, a un modelo jurídico que es característico de la legislación de los países desarrollados: la exigencia de la farmacia profesional, donde los medicamentos no son considerados únicamente bienes comerciales, sino bienes de interés general, que han de ser “dispensados” por químico-farmacéuticos y otros especialistas, y no solo “expedidos” por agentes de venta, de acuerdo exclusivamente con estrategias comerciales.

En este último sentido, la nueva legislación limita la *actividad* comercial de los distintos agentes que participan en el mercado de medicamentos. En primer lugar, se prohíbe la publicidad (comercial) de los medicamentos esenciales. En segundo lugar, quedan prohibidos los incentivos económicos que otorgan algunos laboratorios, distribuidores mayoristas o farmacias, según los casos, a fin de que se prescriban o vendan determinados fármacos.

Como se sabe, los incentivos para la prescripción se dirigen a los médicos para que en sus recetas privilegien marcas específicas. Han sido utilizados especialmente por los laboratorios que fabrican o compran el principio activo desarrollado por los laboratorios de investigación. Por su parte, los incentivos para la venta han sido adoptados por farmacias con la finalidad de comprometer en la estrategia comercial al personal que expende los medicamentos, a fin de marginar mayores utilidades. Es lo que en la jerga común se conoce como “canela”.

En cuanto a los medicamentos en sí mismos, también se dispuso nuevas medidas. La ley intenta garantizar su disponibilidad y accesibilidad en el

sector privado, tal como se viene ensayando, por otros medios, en el sector público, sobre todo a partir de la ejecución de la *Política Nacional de Medicamentos de la Reforma de Salud* (resolución exenta n.º 515 del 2 de abril de 2004, Ministerio de Salud), reforzada el año 2012 con la *Política e Institucionalidad para la compra y abastecimiento de fármacos e insumos médicos* de la Dirección de Presupuesto, entre otras.

En coherencia con ello, la Ley de Fármacos ¹ arbitra tres medidas, todas las cuales respetan el dinamismo interno del mercado:

- i) los establecimientos farmacéuticos deben contar no solo con medicamentos de marcas (los más caros), sino, también, con sus sustitutos bioequivalentes (mucho más baratos);
- ii) en la receta médica la prescripción del fármaco debe individualizarse no solo por la marca o nombre de fantasía, sino, también, por su denominación genérica, a fin de facilitar su intercambio;
- iii) se otorgan competencias específicas a organismos del Estado (ISP, Cenabast) para garantizar el abastecimiento o accesibilidad de medicamentos para la población.

Queda pendiente, sin embargo, la discusión sobre la acreditación de los bioequivalentes en Chile, pues no todos los productores de medicamentos cumplen con las buenas prácticas de manufactura (GMP en inglés).

Las dimensiones aludidas de la regulación del mercado de medicamentos (sujetos, objetos y actividades) no se identifican de manera clara en el articulado de la nueva ley. Se nota que no se ha querido avanzar en una regulación sistemática de este mercado, ni explicitar los principios generales que deben regir en su interior, con especial atención a los derechos fundamentales en juego, entre otros, libertad de empresa, derecho de propiedad y derecho a la salud. Tan solo se ha dado solución a las dificultades más urgentes, desde una mirada más pragmática, casi transaccional.

De ahí que muchos problemas hayan quedado pendientes.

En este sentido la Ley de Fármacos ¹ es una *mala* ley. Porque no abordó de un modo unitario y sistemático el mercado de medicamentos, debiendo haberlo hecho. El mercado de medicamentos es una actividad esencialmente vinculada al interés general en razón de su objeto (la salud de la población). Pide una técnica de regulación *específica* que garantice dicho interés general, estableciendo exigencias o requisitos integrales tanto al sujeto que realiza la actividad como a la actividad misma. Solo se avanzó en medidas “parche”, algunas efectivas en su parcela de aplicación, otras ineficaces. Incluso, más de alguna disposición ha resultado perjudicial

4.2. Los graves problemas que quedaron pendientes

Apenas un año después de publicada la Ley de Fármacos I, el 10 de marzo de 2015, se presentó una moción parlamentaria, con el objetivo de modificar nuevamente el *Código Sanitario*, para regular los medicamentos bioequivalentes genéricos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias³⁷. Es conocida como el proyecto de ley de Fármacos II.

En la exposición de motivos se afirma:

“el mercado completo de medicamentos, esto es, farmacias, distribuidores, laboratorios, médicos y dependientes de la venta en farmacias, participan de un industria que opera en condiciones que tienden a la colusión y el abuso de posición dominante en todos los niveles de la cadena productiva”³⁸.

O sea, los problemas centrales del mercado de medicamentos no han sido resueltos por la Ley de Fármacos I. El texto constata, además, que sigue existiendo “un reducido número de competidores (laboratorios) en el mercado de productores, los cuales tienen la mayoría de los registros farmacéuticos”; que “tres cadenas de farmacias concentran más del 90% de las ventas la comercialización privada de farmacéuticos”; que “se evidencia una integración vertical del proceso productivo de medicamentos”, donde

“los laboratorios producen los medicamentos que se venden luego en las cadenas y una integración con droguerías y distribuidoras para fijar el precio y condiciones de compra y venta del mercado”.

Hay, además, una “frecuente interacción entre competidores”, y “baja elasticidad de precio de la demanda de medicamentos éticos, lo cual facilita el aumento arbitrario de rentas”³⁹.

En lógica con estos datos, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) inició, el 24 de abril de 2018, un estudio sobre el mercado de medicamentos. Entre las razones que justifican la iniciativa se encuentra, junto a la baja contestabilidad en el mercado,

“el nivel de concentración que existe en el canal de retail, que eleva el riesgo de ocurrencia de prácticas anticompetitivas que en el pasado han tenido efectos negativos para los consumidores”⁴⁰.

³⁷ *Boletín* 9914-11.

³⁸ *Op cit.*, p. 1.

³⁹ *Op. cit.*, pp. 2-3

⁴⁰ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2018), p. 6.

Asimismo, teniendo en vista que los medicamentos

“son bienes de confianza (credence goods), debido a la dificultad para que una persona no experta evalúe adecuadamente su valor antes, durante y después del consumo”,

las decisiones de compra de los pacientes son condicionadas por el médico y el dependiente de la farmacia. Ambos –como ha ocurrido y se suponía que estaba desterrado– pueden ser capturados por incentivos económicos provenientes de diversos agentes, que pulsan por la venta de determinados medicamentos, sin atención al costo que esto significa para el paciente⁴¹.

La Fiscalía Nacional Económica alude a otras dos cuestiones de importancia. Primero, la deficiente aplicación de la política de bioequivalencia, que ha debilitado la intercambiabilidad de los medicamentos (los medicamentos más caros –los innovadores de marca– quedan sin sustitutos). Tal deficiencia proviene, en parte, de fallas regulatorias: la Ley de Fármacos 1 no exigió que todos los medicamentos genéricos sean bioequivalentes de los innovadores. A esto se suma que el proceso de acreditación de bioequivalencia no es completamente satisfactorio en cuanto a la acreditación de la calidad; y que su costo ha resultado demasiado alto, por lo que muchos fármacos no han procedido a certificarse⁴². De hecho, se estima que el 70% de los productos farmacéuticos en circulación aún no entran en régimen de exigencia de demostración de bioequivalencia (lo que es esencial para mejorar el acceso a medicamentos de calidad)⁴³.

También ha habido problemas con las patentes de invención. Con ellas, los laboratorios protegen legítimamente la producción de medicamentos innovadores. Pero se han dado diversas prácticas –especialmente de *feen-sing* y *co-marketing*– por las que se busca extender de un modo artificial la protección del producto, a fin de obtener rentas monopólicas⁴⁴.

La FNE hace ver que las deficiencias no se reducen al ámbito privado. En la compra de medicamentos por licitaciones públicas se ha dado un número relevante de casos donde los hospitales públicos han afectado la competencia, excluyendo de forma arbitraria a potenciales proveedores⁴⁵.

⁴¹ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2018), p. 7.

⁴² *Op. cit.*, p. 6.

⁴³ SENADO DE LA REPÚBLICA, COMISIÓN DE SALUD (2019) p. 9.

⁴⁴ FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2018), p. 5.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 6.

4.3. *A pesar de la Ley de Fármacos I, nada ha cambiado en lo grueso*

En este cuadro, el precio de los medicamentos en Chile y su incidencia en el bolsillo del paciente es una máquina que no se ha detenido, particularmente en las tres grandes cadenas de farmacias. Las estadísticas son conocidas y se proyectan, también, a la etapa de vigencia de la Ley de Fármacos I. Continúa la tendencia sostenida al alza con una evolución incremental mayor al IPC, incluso al índice del sector salud. Se han incoado, incluso, viajes “turístico-farmacéuticos” por parte de muchos compatriotas que deben salir al extranjero a comprar medicamentos, cuando no encuentran sustitutos accesibles en el mercado chileno.

En esta línea, de acuerdo con una investigación del CEP, entre el año 2012 y 2016, el gasto promedio de “bolsillo” en salud de los chilenos ha crecido en términos reales en un 50%.

El fenómeno tiene muchas bajadas. En una polémica no zanjada, la Asociación de Productores Locales de Medicamentos (Prolmed) imputó a las tres grandes cadenas de farmacias de vender hasta tres veces más caros los medicamentos que adquieren. Un paracetamol en gotas, por ejemplo, cuyo precio de lista promedio en los laboratorios es de \$ 4 050, en las grandes cadenas se vende a \$11 490. Para complicar más las cosas, el estudio de Prolmed agrega otra variable comparativa: los precios en las farmacias independientes son más bajos, hasta en un 48%, que los fijados por las grandes cadenas⁴⁶.

A su vez, las farmacias acusan a los laboratorios internacionales de una abusiva discriminación de precios. Llegan a hacer una diferencia entre Chile y Europa de hasta diez veces. También en relación con el resto de los países latinoamericanos: el mismo medicamento se vende en Chile, en promedio, al doble. Asimismo, al interior del mercado chileno, la diferencia por un mismo fármaco puede llegar a diecinueve veces, entre lo que laboratorios ofrecen al Estado (Cenabast) y lo que ofrecen al mercado privado⁴⁷.

Por otra parte, los laboratorios tienden a disminuir o acabar con la fabricación de genéricos, para favorecer sus productos de marcas. Esta tendencia puede volver imposible, en el futuro, la intercambiabilidad de los medicamentos caros.

Y así, 198 medicamentos (siete principios activos) han dejado de venderse en Chile en los últimos cuatro años. La mayor parte de ellos corres-

⁴⁶ *El Mercurio* (2018a).

⁴⁷ Deposition del presidente de la Asociación de Farmacias Independientes y del gerente general de Farmacias Ahumada, SENADO DE LA REPÚBLICA, COMISIÓN DE SALUD (2019), pp. 29-30.

ponde precisamente a los “genéricos”, que son los de precios más bajos⁴⁸. Sería, para algunos, un efecto no previsto de la Ley de Fármacos, regalo de nuestros sabios legisladores, que, además, habría desincentivado a los pequeños competidores a invertir en bioequivalentes.

Asimismo, en un reciente estudio del Sernac, se constata que

“la gran brecha de precios entre bioequivalentes con denominación genérica y medicamentos originales o innovadores se ha mantenido relativamente estable en el tiempo”⁴⁹.

En caso de enfermedades crónicas o de alta demanda, la brecha llega a extremos: en el Omeprazol de 20 mg es de 3 162,8%; en el Atenolol de 50 mg es de 1950,7%. El problema es que, muchas veces, los sustitutos bioequivalentes o no existen, o no están disponibles en las cadenas de farmacias, o simplemente no se ofrecen⁵⁰.

Una vez más, nada de sustancial ha variado desde la publicación de la Ley de Fármacos I.

De acuerdo con información consolidada a enero de 2019, los precios de los medicamentos perjudican particularmente a la población más añosa⁵¹, y, en general, a los que padecen de enfermedades regulares, cualquiera sea su condición, pues sus hogares tienen que sufrir la mayor concentración de gasto de bolsillo⁵². Si se desglosa el gasto de medicamentos, los que se llevan, en promedio, una mayor proporción, son los destinados al aparato digestivo (18,8%), aparato respiratorio (11,6%), sistema nervioso (9,1%), aparato genito-urinario (8,0%) y dermatológicos (7,2%)⁵³.

⁴⁸ *El Mercurio* (2018b).

⁴⁹ SERVICIO NACIONAL DE CONSUMIDOR (2018), p. 25.

⁵⁰ “Para una canasta compuesta por 10 medicamentos genéricos bioequivalentes (10 principios activos distintos), copias de marca bioequivalentes y medicamentos originales comparables a nivel de dosis y presentación, se pudo verificar que el valor de los últimos ha sido, durante un año de seguimiento, en promedio 8 veces el valor de los genéricos bioequivalentes y 2 veces el valor de las copias de marca bioequivalentes. Así mismo, el valor de las copias de marca bioequivalentes resultaron ser 5 veces, en promedio, el valor de los genéricos bioequivalentes. Esto refleja la gran ventaja para los consumidores/as que cotizan y prefieren las alternativas bioequivalentes por sobre los medicamentos de marca originales y, por ende, la necesidad de que dichos productos estén efectivamente disponibles en los establecimientos de las grandes cadenas de farmacias del país”. SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2018), p. 25.

⁵¹ BENÍTEZ, HERNANDO y VELASCO (2019), p. 5.

⁵² “El impacto del gasto en salud no sólo afecta a los hogares de menores recursos, puesto que, en el decil mayor este desembolso se transforma en catastrófico para un 40% de los hogares. Y, al comparar los ingresos per cápita de los hogares con y sin gasto catastrófico en salud, se aprecia que no hay diferencias significativas”. *Op. cit.*, pp. 16-17.

⁵³ *Op. cit.*, pp. 9-10.

Desde el año 2014, el gasto en medicamentos corresponde, promedio, al 35% del gasto de bolsillo en salud, pero si se toma solo a los hogares que gastan en fármacos (el 53,4% del total), esta proporción alcanza el 55,3% del gasto de bolsillo en salud, o más del 60% según los casos⁵⁴. El fenómeno es, además, regresivo⁵⁵, y particularmente inhumano en los sectores más pobres, al menos en ciertas hipótesis⁵⁶.

El Ejecutivo también ha dado cuenta de las falencias de la Ley de Fármacos I, al presentar indicaciones al proyecto de ley de Fármacos II. Sostiene que la ley avanzó en el fomento de los medicamentos bioequivalentes; el fortalecimiento del ISP y de Cenabast; en la eliminación de la “canela”. Reconoce, sin embargo, que “quedaron pendientes” los siguientes problemas: la escasez de bioequivalentes disponibles en el mercado; la fuerte diferencias de precios (que sigue aumentando) entre medicamentos genéricos y de marcas; las restricciones para que Cenabast importe medicamentos a precios bajos; el fraccionamiento de medicamentos y la venta en góndolas por parte de las farmacias (que se había establecido como voluntario)⁵⁷.

4.4. Ley de Fármacos I y desprotección de la salud

El cuadro precedente implica la desprotección del derecho a la salud en uno de sus elementos esenciales: el acceso a las prestaciones que permiten restituirla o rehabilitarla. En efecto, para muchos hogares chilenos, el pago continuo por dichas prestaciones puede transformarse en un evento catastrófico desde el

⁵⁴ BENÍTEZ, HERNANDO y VELASCO (2019), p. 15.

⁵⁵ “Para los hogares que presentan desembolsos en esta área, el gasto es, además, regresivo, ya que representa una proporción mayor del gasto total y del gasto de bolsillo en salud en las familias de menores recursos. Lo anterior, a pesar de que las familias pertenecientes a quintiles de menores ingresos destinan un monto menor en pesos a fármacos que los hogares de mayores ingresos (por hogar y por persona), y que en los quintiles de menores ingresos una menor proporción de hogares compra medicamentos (entre otros, reciben en mayor proporción medicamentos gratuitos)”. *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁶ “No obstante, la pobreza parece estar más presente en los hogares sin gasto en medicamentos, lo que podría indicar que para esas familias los medicamentos están generalmente cubiertos por sus esquemas previsionales o que deliberadamente deciden no destinar recursos a medicamentos en atención a otras demandas. De ser correcta la segunda hipótesis, es posible que algunos grupos de menores recursos tengan más problemas para adherir a los tratamientos que les son indicados, con el consiguiente riesgo de deterioro de su estado de salud”. *Op. cit.*, p. 16.

⁵⁷ Tomamos la síntesis de SENADO DE LA REPÚBLICA, COMISIÓN DE HACIENDA, *Informe recaído en el Proyecto de Ley que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos genéricos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias*, 2 de mayo de 2019, pp. 4-5. Aunque defectuosa, la política de bioequivalencia ha logrado aumentar de 577 a 1579 productos bioequivalentes. *Ibid.*, p.11.

punto de vista financiero, sin que el esquema provisional de salud sirva para paliar el problema⁵⁸. Situación francamente absurda⁵⁹.

Tampoco, desde la lógica de la libre competencia, la Ley de Fármacos I ha logrado buenos resultados generales. Y no podía ser de otro modo, pues la regulación que impuso, como ya observamos, no tuvo por objetivo dar una solución integrada a los problemas estructurales y de funcionamiento del mercado de medicamentos chileno. En este sentido, la Ley de Fármacos I fue amiga celosa de las medidas indirectas para promover la competencia. Pero la estructura no competitiva del mercado ni se inmutó. Tampoco lo hizo su opacidad.

La Ley de Fármacos I no calibró que los medicamentos –al menos los esenciales– están vinculados no solo a la noción de bien comercial privado, sino, también, a la de bien de interés general. Para ello se requiere avanzar no solo a través de medidas parciales que “incentiven” la competencia (que, en todo caso, han resultado ineficaces en lo grueso). Se debe avanzar sobre todo en un modelo jurídico de farmacia que garantice la accesibilidad de los medicamentos, superando la estructura del establecimiento puramente económico. En la Unión Europea hay múltiples ejemplos, entre los que destaca la farmacia profesional y sostenible, y la farmacia privada de interés público.

⁵⁸ “Si bien existen hogares pobres con alto gasto de bolsillo, aquellos donde el gasto se transforma en un problema financiero de gran magnitud afecta a los hogares indistintamente de su nivel de ingresos, y más bien tiene que ver con la edad de sus integrantes y la proporción de mujeres (...) En términos generales, es posible señalar que los esquemas previsionales están dejando fuera gastos de salud que son muy relevantes para las familias, como medicamentos y servicios de hospitalización, quirúrgicos, ópticos y dentales, entre otros. Además, si bien tanto el esquema de Fonasa como de las isapres cuentan con protección para gastos catastróficos, el análisis apunta a que este está siendo insuficiente. Ello podría explicar la sensación de inseguridad y desprotección por parte de las personas en el ámbito de la salud, sobre todo para las familias de menores ingresos”. BRUZZO, HENRÍQUEZ Y VELASCO (2018), p. 17.

⁵⁹ “El acceso universal a la salud exige que los ciudadanos puedan disponer de prestaciones que les permitan restituir y rehabilitar su salud cuando sea requerido, sin que ello se transforme en un evento catastrófico desde el punto de vista financiero para los hogares. Ello no parece ocurrir del todo en Chile, ya que 6 de cada 10 personas creen que no podrán pagar la atención que necesitan ante una enfermedad grave, a pesar de que 97% de la población declara estar cubierta por algún esquema previsional de salud. Ello podría explicarse porque en Chile el “gasto de bolsillo”, es decir, lo no cubierto por el esquema de previsión en salud, representa un alta proporción del gasto total en salud, relativo a otros países (...) Los medicamentos son el principal destino del gasto de bolsillo de los hogares, llevándose un 38% del GBS, duplicando al ítem que le sigue, consultas médicas, con 19,8%. BRUZZO, HENRÍQUEZ Y VELASCO (2018), pp. 1 y 16.

5. HACIA UNA LEY DE FÁRMACOS II

El proyecto de ley de fármacos II ha intentado hacerse cargo, a su modo, de los problemas precedentes. Iniciado, como sabemos, por moción parlamentaria, ha sido objeto de nuevas propuestas regulatorias a través de indicaciones del Ejecutivo. Estas, a su vez, han sufrido diversas modificaciones en las comisiones parlamentarias. No es oportuno, por tanto, evaluar aún lo que podría ser el texto definitivo.

Sí podemos hacernos una idea a partir de lo que pretende el Ejecutivo, de lo que quiere la oposición y de lo que ha sido aprobado por las respectivas comisiones parlamentarias.

Las propuestas del Ejecutivo tienen tres objetivos declarados: bajar los precios de los medicamentos, dar mayor acceso a los mismos y resguardar la calidad⁶⁰. A lo que hay que sumar la transparencia del mercado⁶¹ y el fortalecimiento de los órganos contralores⁶².

La moción parlamentaria, por su parte, perseguía originalmente objetivos adicionales: prohibir la integración vertical entre laboratorios y farmacias, y la concesión de servicio público para la instalación y funcionamiento de farmacias o almacenes farmacéuticos. En el camino se agregaron otros elementos que, como el último, no parecen del todo congruentes con la Constitución económica chilena.

Hasta el momento, sin embargo, se ha llegado a ciertos acuerdos básicos en materias sensatas: regulación de medicamentos, registro y prescripción⁶³;

⁶⁰ Para alcanzar estos objetivos, se impone a los médicos la obligación de recetar el medicamento por su denominación común internacional (DCI); se promueve la intercambiabilidad de medicamentos basada en la equivalencia terapéutica; se facilita la importación de medicamentos; se regula la propiedad de los medicamentos obligando a reportar la DCI en cada patente y registro farmacéutico; se permite la venta de medicamentos que no requieran receta en establecimientos de comercio, con garantías de reglas sanitarias; se fortalece Cenabast; se permiten farmacias de especialidad para fomentar la especialidad en el giro de ciertos medicamentos

⁶¹ El Ministerio de Salud debe tener toda la información sobre la producción y distribución de los productos farmacéuticos, y, además, disponer de un comparador de precios *on line* respecto de todas las farmacias del país.

⁶² Se aumentan las facultades de investigación y sanción por infracción a las normas (aumento de multas y clausura en caso de reiteración). Las competencias para autorizar y fiscalizar a las farmacias se radican en las Secretarías Regionales Ministeriales, quien detenta, en general, la potestad fiscalizadora. Al Instituto de Salud Pública se le otorga la facultad de interpretar la legislación sectorial.

⁶³ Se impone la política de la intercambiabilidad, encomendándose al Ministerio de Salud el formular una nueva política de Equivalencia Terapéutica junto a un plan de implementación de la misma. Además, se establece el registro simplificado para medicamentos reconocidos por agencias de alto nivel, y la prescripción exclusiva por DCI. Esta última medida no salva el

distribución y expendio de medicamentos⁶⁴; información de precios en toda la cadena de producción y distribución⁶⁵; ampliación del área farmacéutica⁶⁶; regulación de elementos de uso médico⁶⁷, Cenabast⁶⁸, sanciones⁶⁹ y nuevas competencias⁷⁰.

Otros acuerdos parecen más discutibles, como el que prevé un decreto supremo para regular los precios (art. 101 ter); el que extiende licencias no voluntarias (art. 43 bis C y 51 bis A ley propiedad industrial), el que declara que los medicamentos son bienes esenciales para el interés general de la nación (art. 94), o el que disminuye el tamaño del nombre de fantasía en los envases de los medicamentos (128 bis). Disposiciones todas que, de no precisar mejor sus alcances, podrían llegar a chocar con diversas garantías constitucionales y, eventualmente, obtener resultados contrarios a lo que se pretende. Asimismo, en la modificación de los procedimientos administrativos sancionatorios, habría que lograr un mayor respeto al debido proceso.

Finalmente, llama la atención que no se prevean normas para incluir o aumentar la cobertura de medicamentos en los esquemas de seguros privados y públicos.

derecho de un facultativo de confiar en un medicamento de una determinada marca. SENADO DE LA REPÚBLICA, COMISIÓN DE HACIENDA (2019), p. 11.

⁶⁴ Se impone a las farmacias un petitorio mínimo por DCI. Es decir, tendrán que contar con una serie de medicamentos genéricos obligatoriamente a disposición del público. Además, se establece la necesidad de intercambiabilidad para todos los medicamentos; la libre elección del paciente; la obligación de fraccionamiento. También se establece la importación de medicamentos para consumo exclusivo del importador y la venta de medicamentos en línea. *Op. cit.*, pp. 11-12.

⁶⁵ Se aprueba una serie de medidas para incidir en la opacidad del mercado: la obligación del establecimiento de salud de informar precios y stock de medicamentos; la obligación de laboratorios de publicar precios y descuentos por volumen; un comparador de precios de medicamentos de toda la cadena productiva; un observatorio nacional de medicamentos. También se regulan los reportes de transparencia y conflictos de intereses. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁶ Se autorizan farmacias de especialidad; se permiten que pacientes, durante hospitalización o atención ambulatoria, puedan consumir sus propios medicamentos; se permite eximir a farmacias independientes de alguno de los requisitos que establece la ley. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁷ Se determina obligación de registrar o notificar la distribución de EUM según su riesgo sanitario; se dispone la dictación de dos reglamentos: uno para regular los EUM definiendo los criterios de riesgo sanitario; y otro para regular las instituciones certificadoras de calidad y seguridad de EUM. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁸ Se amplía la facultad de solicitar el registro de medicamentos (basta que estén en planes, programas o acciones del S.N.S.S.); se impone la obligación de considerar medicamentos genéricos intercambiables y precios en las licitaciones; se faculta para intermediar con farmacias y afines medicamentos prioritarios en caso de inaccesibilidad. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁹ Se aumentan las multas del sumario sanitario, de 1 000 a 5 000 UTM, y se faculta la clausura temporal en caso de reincidencia. *Op. cit.*, p. 13.

⁷⁰ Se entregan facultades interpretativas al MINSAL y al ISP. *Op. cit.*, p. 13.

6. CONCLUSIÓN

Hemos demostrado en este trabajo que a pesar de los muy relativos avances de la Ley de Fármacos I, esta no atendió a lo esencial. Nada ha cambiado en lo grueso, sea en la estructura, sea en el funcionamiento del mercado de medicamentos. La desprotección del derecho a la salud en esta materia sigue alcanzando proporciones inadmisibles, lo que contradice el mandato constitucional.

El proyecto de ley de Fármacos II intenta afrontar este nudo ciego. De una propuesta que incidía principalmente en la competencia se ha pasado, a lo largo del debate parlamentario, a una regulación que también atiende a las exigencias del derecho a la salud en su conjunto⁷¹.

Con una batería de disposiciones, las indicaciones del Ejecutivo apuntan a reducir o eliminar, según los casos, los distintos condicionamientos que impiden la accesibilidad de los medicamentos en el mercado chileno. Da la batalla en los detalles, donde más se necesita, colocando la atención en todo el proceso, desde la producción o importación hasta la dispensación minorista. Se preocupa, asimismo, de la eficacia de la futura normativa, radicando competencias claras en los distintos órganos de la salud, junto a una previsible disuasión sancionatoria.

Desde el ángulo político, las propuestas del Ejecutivo tienen una sensibilidad liberal, pero también una preocupación “social”, como hoy se dice. Preocupado de la propiedad, intenta no tocar el problema de la integración vertical. Con ello se desentiende (al menos directamente) de la estructura del mercado, centrándose en su funcionamiento. Asimismo, sabe distinguir entre uso y abuso, con lo que respeta en su justa medida el papel que a los privados les cabe en la producción, distribución y provisión de medicamentos. Empero, no aparece en el horizonte del Ejecutivo un modelo jurídico adecuado de farmacia, como base de la solución.

⁷¹ Esto es patente en la nueva formulación de la idea matriz del proyecto. Dice así: “La idea central de la moción es proveer un marco regulatorio en materia de medicamentos destinado a fomentar la existencia y disponibilidad en el mercado de los medicamentos genéricos bioequivalentes –que alcanzan un valor promedio tres veces menor que el de los de marca propia–, entregando la necesaria información a la ciudadanía en general y a los pacientes en particular para su adquisición al menor costo posible, derribando la asimetría que producen elementos estructurales en esa industria que hacen que la competencia en precios resulte desviada hacia variables que no benefician a los consumidores, como la promoción médica, la entrega de incentivos a las farmacias y la creación y proliferación de marcas, y, por otra parte, se traduce finalmente en una conculcación de derechos humanos fundamentales relacionados con la salud y, por lo tanto, con la vida de las personas”. SENADO DE LA REPÚBLICA, COMISIÓN DE HACIENDA (2019), pp. 1-2.

Por su parte, la moción parlamentaria, junto con las propuestas que han seguido su línea, tienen un sesgo más estatista. Se plantean desde una comprensión no del todo virtuosa respecto de la garantía de la libertad de empresa, las patentes de invención, y la propiedad de los distintos agentes que participan en el proceso de producción, distribución y venta de los medicamentos. De ahí que la normativa tienda a una cirugía mayor en la estructura del mercado de medicamentos, con técnicas duras de intervención, que incluyen el control de precios (estatal, no tripartito) y un mecanismo directo para afectar la propiedad desde la función social. Confían más en el Estado que en el mercado. Esperan más de las prohibiciones que de los incentivos. Avanzan, sí, hacia un modelo jurídico de farmacia no puramente economicista (que es lo que corresponde). Pero no hay claridad en el referente a seguir (la concesión de servicio público no es una buena técnica), ni tampoco previsibilidad en los efectos financieros de este tipo de decisiones.

Hasta el momento, el proyecto de ley de Fármacos II adolece de una gran carencia: una definición sobre el modelo jurídico de farmacia. En nuestro país, estos establecimientos se parecen más a unidades comerciales con el formato *drugstore*. Están aún lejos de ser un centro de salud; un canal adecuado para dispensar medicamentos que supere la lógica unidimensional de la acumulación de utilidades.

En la materia, es esencial avanzar hacia una farmacia “profesional”, donde los medicamentos no sean considerados únicamente bienes comerciales, sino bienes de interés general, que han de ser “dispensados” por químico-farmacéuticos y otros especialistas, y no solo “expedidos” por agentes de venta, de acuerdo exclusivamente con estrategias comerciales.

Con un adecuado modelo jurídico de farmacia se evitarían mucho de los abusos que ha denunciado el ISP en más de dos mil fiscalizaciones realizadas desde el año 2014. Abusos que contradicen, *per diametrum*, lo que debe ser una farmacia. Por ejemplo, la falta de químicos-farmacéuticos en los locales, el mal almacenaje de los fármacos o la ausencia de existencias según recetario, la persistencia de la “canela”, la infracción en los turnos de funcionamiento y en la transparencia de los precios, etcétera⁷².

Como todo proceso legislativo, el proyecto de ley de Fármacos II irá ajustándose con el tiempo. Esperemos que esta vez sí se atienda a lo esencial: la adecuada protección de la salud, cuidando, por cierto, de las otras garantías constitucionales.

⁷² SENADO DE LA REPÚBLICA, COMISIÓN DE SALUD (2019), p. 44.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AEDO, Cristián (2001): “Las reformas en la salud en Chile”, en Felipe LARRAÍN y Rodrigo VERGARA (eds.), *La transformación económica de Chile*, capítulo 14: p. 608. Disponible en https://wiki.ead.pucv.cl/images/b/b7/Las_Reformas_Salud_en_Chile.pdf
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2013): “Protección de la salud, acceso a los medicamentos y deficiencias del mercado: Hacia un derecho social plurivalente en el marco de una economía social de mercado”, en *Ius et Praxis*, vol. 19, n.º 2, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: pp. 133-141. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v19n2/art05.pdf>
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2017): *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch): pp. 111-139, 252-265, 278-284, 303-311.
- ANTOÑANZAS, Fernando, Roberto RODRÍGUEZ *et al.* (2005): “Los medicamentos en la Unión Europea: el tándem comercio-salud”, en *Gaceta Sanitaria*, n.º 19 (2): p. 156. Disponible en <https://cyberleninka.org/article/n/986658.pdf>
- BENÍTEZ, Alejandra, Andrés HERNANDO y Carolina VELASCO (2019): “Gasto de bolsillo en salud: Una mirada al gasto en medicamentos”, en Centro de Estudios Públicos, *Puntos de referencia*, n.º 502: p. 5. disponible en www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190130/20190130113629/pder502_abenitez_ahernando_cvelasco.pdf
- BRUZZO, Stefano, Josefa HENRIQUEZ y Carolina VELASCO (2018): “Radiografía del gasto de bolsillo en salud en Chile: Una mirada desagregada”, en Centro de Estudios Públicos, *Punto de referencia*, n.º 478: pp. 16-17. Disponible en www.cepchile.cl/cep/site/docs/20180316/20180316105839/pder478_jhenriquez_sbruzzo_cvelasco.pdf
- CASTILLO, Leonardo (2009): “Colusión en mercados relevantes: un aporte a la discusión”, en *Programa Gerencia Social y Políticas Públicas*, Flacso Chile: pp. 5-6. Disponible en www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2015/05/Colusion-en-Mercados-Relevantes.-Un-aporte-a-la-discusion.pdf
- DANZON, Patricia M. & Michael F. FURUKAWA (2005): “Prices And Availability Of Pharmaceuticals: Evidence From Nine Countries”, in *Health Affairs*, n.º 3: p. 527. Disponible en <https://pdfs.semanticscholar.org/afb3/4bc06cca0fc31da8402219940b2c93c58f30.pdf>
- DIEZ-PICAZO, Luis María (2008): *Sistema de derechos fundamentales* (3ª edición, Pamplona, Editorial Thomson-Civitas): pp.63-64.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2012): “Mercado de la salud privada en Chile”, en *Informe Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*: pp. 37-185. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/11/INFORME-PUCV-MERCADO-SALUD.pdf
- MUÑOZ, Francisco Javier (2011): *Dispersión de precios y costos de búsqueda en el mercado farmacéutico chileno*, tesis magister en Economía, Pontificia Universidad Católica

de Chile, Instituto de Economía: p. 38. Disponible en http://institutodeeconomia.reactorlabs.net/wp-content/uploads/2015/07/tesis_fmunozn.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2004): “Acceso equitativo a los medicamentos esenciales: Un marco para la acción colectiva”, en *Perspectivas políticas de la OMS sobre medicamentos*, n.º 8: p. 1. Disponible en <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4964s/s4964s.pdf>

VASSALLO, Carlos (2010): “El mercado de medicamentos en Chile: caracterización y recomendaciones para la regulación económica”, en *Informe Final*, solicitado por el Colegio de Químicos Farmacéuticos de Chile: pp. 5-6, 8, 12, 16-25, 56-57, 86, 91-125. Disponible en www.minsal.cl/wp-content/uploads/2015/09/Informe-Vassallo-2010.pdf

Otros documentos

El Mercurio (2013): “Estudio internacional ubica a Chile entre sistemas de salud privados más caros del mundo”, 27 de marzo de 2013.

El Mercurio (2018a): Los precios en las farmacias independientes son más bajos, hasta en un 48%, que los fijados por las grandes cadenas, 11 de julio de 2018.

El Mercurio (2018b): “198 medicamentos (7 principios activos) han dejado de venderse en Chile en los últimos cuatro años. La mayor parte de ellos corresponde precisamente a los ‘genéricos’, que son los de precios más bajos”, 19 de julio de 2018.

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2018): *Minuta de lanzamiento del estudio sobre el mercado de medicamentos*, 24 de abril de 2018. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/04/Minuta_EM03_2018.pdf

La Segunda (2013): “Clínicas privadas en la mira. Cirugías y exámenes en Chile se consideran entre los más caros del mundo”, 23 de marzo del 2013. Disponible en www.lasegunda.com/Noticias/Economia/2013/03/832699/clinicas-privadas-en-la-mira-cirugias-y-examenes-en-chile-se-consideran-entre-los-mas-caros-del-mundo

MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO (2013): *El mercado de medicamentos en Chile*, abril de 2013. Disponible en www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/Boletin-Mercado-de-Medicamentos.pdf

MINISTERIO DE SALUD DE CHILE (2004): *Minuta Política Nacional de Medicamentos en el contexto de la Reforma de Salud*, abril de 2004. Disponible en <https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/estudio-comision-reforma-de-la-salud.pdf>

MINISTERIO DE SALUD DE CHILE (2009): *Reglamento sobre información de precio de productos farmacéuticos y productos en general al interior de farmacias y almacenes farmacéuticos*, 10 de diciembre de 2009. Disponible en http://juridico1.minsal.cl/DECRETO_142_09.doc

MINISTERIO DE SALUD DE CHILE (2010): *Manual de Selección de Medicamentos: Metodología para la selección de medicamentos del Formulario Nacional y arsenales*

farmacoterapéuticos de los establecimientos de salud, febrero-diciembre de 2010. Disponible en www.minsal.cl/wp-content/uploads/2015/09/1CD_Manual-Selecci97n-de-Medicamentos-.pdf

REPÚBLICA DE CHILE (1995): *Comisión Resolutiva N° 432*, 16 de mayo de 1995. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/04/reso_0432_1995.pdf

SENADO DE LA REPÚBLICA (2010): *Boletines* n.º 6523-11, 6037-11 y 6331-11 refundidos, Comisión de Salud, 3 de agosto de 2010. Disponible en www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=13360&tipodoc=info

SENADO DE LA REPÚBLICA (2011): *Boletín* n.º 9914-11, 10 de marzo de 2015. Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=9914-11

SENADO DE LA REPÚBLICA, COMISIÓN DE HACIENDA (2019), *Informe recaído en el Proyecto de Ley que modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos genéricos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias*, 2 de mayo de 2019

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2011): *Estudio de precios de prestaciones médicas*, 17 de octubre del 2011, sobre la base de 64 prestaciones, insumos y medicamentos vigentes al 24 de Agosto de 2011, en dieciséis instituciones de la región Metropolitana Disponible en www.sernac.cl/26020/

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2012): *Estudio de precios de medicamentos bioequivalentes*, 29 de octubre de 2012. Disponible en www.sernac.cl/estudio-hasta-20-veces-menos-puede-costar-un-medicamento-bioequivalente/

SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2018): *Estudio de precios de medicamentos bioequivalentes en las grandes cadenas de farmacias*, 28 de noviembre de 2018. Disponible en www.sernac.cl/portal/619/articles-55009_archivo_01.pdf

JURISPRUDENCIA CITADA

CORTE SUPREMA (2012): Rol 2578/2012, Requerimiento de la F.N.E. contra Farmacias Ahumada y otros, 7 de septiembre del 2012.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2012): N° 119/ 2012, 31 de enero de 2012.

INSTITUCIONALIZACIÓN LEGAL DEL CONSEJO FISCAL AUTÓNOMO EN CHILE

LEGAL INSTITUTIONALIZATION OF THE AUTONOMOUS FISCAL COUNCIL IN CHILE

*Hermann González Bravo**
*José Riquelme González***

RESUMEN: Este trabajo aborda la creación del Consejo Fiscal Autónomo en Chile y su institucionalización legal en nuestro ordenamiento jurídico. Se señala, por una parte, el papel de los consejos fiscales en el marco de política económica, los beneficios que significa la creación de estos consejos como control externo e independiente sobre la ejecución de la política fiscal que desarrollan los gobiernos, la experiencia chilena con un consejo fiscal asesor y las recomendaciones para fortalecer la institucionalidad fiscal mediante la creación por ley de un consejo fiscal autónomo. Por otra, se explica cómo el proceso legislativo permitió ir mejorando la propuesta originalmente presentada por el gobierno, señalando los cambios que fue sufriendo el proyecto en las diferentes instancias legislativas durante su discusión y aprobación.

PALABRAS CLAVES: Consejo fiscal - Política fiscal - Proceso legislativo

ABSTRACT: This work addresses the creation of the Autonomous Fiscal Council in Chile and its legal institutionalization in our legal system. On the one hand,

* Magíster en Economía con mención en Macroeconomía Aplicada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y egresado de ingeniería comercial de la misma casa de estudios. Profesor del Departamento de Derecho Económico de la Universidad de Chile. Coordinador macroeconómico y jefe de asesores, Ministerio de Hacienda. Correo electrónico: hgonzalez@hacienda.gov.cl

** Abogado y profesor de la Universidad del Desarrollo. Magíster en derecho LLM, con mención en Derecho Regulatorio, en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Coordinador legislativo, Ministerio de Hacienda. Correo electrónico: jriquelme@hacienda.gov.cl

tackles the role of the fiscal councils in the political economy framework and the benefits of creating these councils as an external and independent control over the execution of the fiscal policy developed by the governments, the Chilean experience with an Advisor Fiscal Council and the recommendations for strengthening the fiscal framework with the creation of an Autonomous Fiscal Council by law. On the other, it explains how the legislative process allowed the proposal originally submitted by the government to be improved, pointing out the changes that the project was undergoing in the different legislative instances during its discussion and approval.

KEYWORDS: Fiscal Council - Fiscal Policies - Legislative process

1. POLÍTICA ECONÓMICA Y CONSEJOS FISCALES

Así como la política monetaria y cambiaria generalmente son responsabilidad de los bancos centrales, la política fiscal está a cargo de los gobiernos que, en sistemas democráticos, son elegidos por votantes que adhieren a un programa de gobierno.

La mayor parte de los bancos centrales del mundo tienen como principal objetivo el control de la inflación. En algunos casos, se establecen otros objetivos, como la estabilidad financiera o el desarrollo económico¹. En nuestro país, el Banco Central es un organismo autónomo, con patrimonio propio, de carácter técnico y conduce su política monetaria en un marco de metas de inflación que fue adoptado en septiembre de 1999, junto con la adopción de un régimen de tipo de cambio flexible. El objetivo operacional de la política monetaria es que la inflación proyectada se ubique en 3% anual en un horizonte en torno a dos años².

Por su parte, en Chile desde el año 2001 la política fiscal se conduce bajo el concepto de balance estructural del gobierno central. De acuerdo con este concepto, el gasto fiscal máximo se determina en función de los ingresos fiscales estructurales o cíclicamente ajustados y no en función de los ingresos efectivos anuales. De acuerdo con la Ley n.º 20128³ sobre responsabilidad fiscal del año 2006, una vez que asume un nuevo gobierno, tiene noventa días para establecer las bases de la política fiscal que se aplicará en su administración, incluyendo un pronunciamiento explícito sobre los efectos de su política en el balance estructural o cíclicamente ajustado.

¹ DE GREGORIO (2006).

² BANCO CENTRAL DE CHILE (2007).

³ Ley n.º 20128.

En los primeros años de funcionamiento de la regla fiscal, el objetivo era lograr anualmente un superávit estructural (diferencia entre ingresos fiscales estructurales y gasto público efectivo) equivalente a 1% del PIB. Dicho objetivo debió ser abandonado con ocasión de la gran recesión de los años 2008 y 2009, periodo en que se implementó una política fiscal fuertemente contracíclica y, desde entonces, los distintos gobiernos han establecido objetivos de convergencia hacia el balance estructural, con más o menos éxito.

En ausencia de reglas o leyes que lo expliciten, el orden y la responsabilidad fiscal queda al arbitrio del gobierno y, aún más, de la idoneidad de una persona, el ministro de Hacienda. Siendo así, gobiernos con tendencia populista, que tienen como principal objetivo ganar la siguiente elección sin importar el costo que ello implique, pueden gastar en exceso, comprometiendo los ahorros de un país o endeudándolo de forma excesiva e insostenible.

Los costos de una conducción fiscal irresponsable recaen finalmente sobre la población, los mismos votantes que eligieron al gobierno, pues se traducen indefectiblemente en un deterioro del perfil crediticio del país, mayores primas por riesgo, tasas de interés más altas y en un tipo de cambio real más apreciado, que atenta contra la competitividad de las exportaciones. En ocasiones, puede ser necesario un ajuste abrupto del gasto público, empujado por los mercados internacionales que dejan de financiar el exceso de gasto o por un organismo internacional, que rescata al país en cuestión, con enormes costos que debe asumir la población más vulnerable, que es la más dependiente de las prestaciones sociales que provee el Estado.

Los consejos fiscales han surgido en el mundo como una solución al dilema de ejercer un control externo e independiente sobre la ejecución de la política fiscal, para reducir los riesgos de una conducción irresponsable, pero sin afectar la necesaria libertad que deben tener los gobiernos para implementar el programa por el que fueron electos y establecer las prioridades que les parezcan más apropiadas. Para lograr este objetivo, un aspecto clave es que los consejos fiscales sean autónomos del gobierno, pero no se considera apropiado que esta autonomía sea equivalente a la que tienen los bancos centrales, dada la dimensión político-democrática que tiene la política fiscal y que no es propia de la política monetaria.

2. EXPERIENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONSEJOS FISCALES

Aunque el consejo fiscal más antiguo data de 1945 en Holanda y algunos otros consejos fueron creados en las décadas de 1960 y 1970, como son los casos de Dinamarca, Austria y Estados Unidos, el mayor incremento de este

tipo de instituciones se produce pocos años atrás después de la gran recesión de los años 2008 y 2009 y, especialmente, después de la crisis de la deuda en Europa que siguió a esta.

Efectivamente, este último episodio dejó en evidencia, por un lado, que la existencia de reglas fiscales fue insuficiente para garantizar la responsabilidad fiscal en los países que comparten el euro. Por otra parte, quedaron de manifiesto los enormes costos que debe asumir la población, en términos de aumento del costo de financiamiento, pérdidas de empleos, ajustes salariales y aumento de la pobreza, como consecuencia de los ajustes fiscales que se deben implementar una vez que los mercados dejan de financiar una dinámica de deuda pública insostenible. Actualmente, de acuerdo con la base de datos del Fondo Monetario Internacional (FMI), existen del orden de cuarenta consejos fiscales en el mundo y la mayoría de ellos están en Europa.

De acuerdo con la información recopilada por el FMI en su base de datos sobre consejos fiscales y sistematizada por Beetsma y coautores⁴, las funciones que pueden realizar este tipo de instituciones consideran análisis positivo, monitoreo de las reglas fiscales, preparación o evaluación de proyecciones, análisis de sostenibilidad de largo plazo, análisis normativo o recomendaciones y, de forma minoritaria, evaluación del costo de políticas públicas.

La influencia de los consejos fiscales en la política fiscal se produce tanto directamente, por las funciones señaladas en el párrafo anterior, como indirectamente, a través de su participación en el debate público. De forma creciente, los consejos fiscales autónomos del gobierno, han pasado a formar parte de las buenas prácticas en el diseño de marcos fiscales y, la evidencia preliminar, sugiere que estos organismos reducen los sesgos optimistas de las proyecciones fiscales y aumentan su precisión, al tiempo que fomentan el cumplimiento de las reglas fiscales.

3.- EL CONSEJO FISCAL EN CHILE

3.1. *La recomendación del Comité Corbo en 2011*

La primera vez que se hizo referencia a la necesidad de crear un consejo fiscal en Chile fue el año 2011, cuando el Ministerio de Hacienda convocó un comité asesor

“con el objetivo de desarrollar propuestas de perfeccionamiento de la metodología de cálculo del balance estructural en Chile y de su archi-

⁴ BEETSMA *et al.* (2018).

tectura institucional, para que el indicador oriente una política fiscal sustentable y predecible”⁵.

Dicho comité, conocido como Comité Corbo, debido a que fue presidido por el economista Vittorio Corbo, recomendó la creación de un consejo fiscal autónomo (CFA) con un mandato y tareas específicas determinadas por una norma legal, sin delegación de autoridad de la política fiscal, que funcionara como un organismo evaluador y asesor sobre la regla fiscal y la solvencia del sector público.

Entre las características que debería tener el CFA de acuerdo con el Comité Corbo, se encontraban las siguientes:

- i. Ser un organismo autónomo del Poder Ejecutivo y del Congreso;
- ii. Creado por ley especial que defina su mandato; funciones, responsabilidades y atribuciones; estructura corporativa; planta y la forma de fijación de las remuneraciones de su planta y de sus consejeros; financiamiento presupuestario requerido para su funcionamiento efectivo; responsabilidades en la rendición de cuentas (con informes públicos y presentaciones ante el Congreso) y en el cumplimiento de transparencia en la entrega de información sobre sus estudios, propuestas y actividades; su pleno e inmediato acceso a la información estadística necesaria para la presentación y la ejecución del presupuesto, de la cual dispone el Ministerio de Hacienda y la Dirección de Presupuestos; las obligaciones de confidencialidad que deberán guardar sus consejeros y funcionarios en el ejercicio de sus cargos y funciones;
- iii. Encabezado por un consejo de tres miembros elegidos entre especialistas académicos y de alta experiencia en materias fiscales, propuestos por el Ejecutivo y ratificados por el Congreso, con periodos de permanencia traslapados e independientes del ciclo presidencial. El Comité propuso que la función de presidencia debería implicar un cargo de tiempo completo, mientras que los restantes dos miembros trabajarían a tiempo parcial (verificando que el cargo no entre en conflicto con sus restantes actividades). A su vez, el presidente sería seleccionado entre los consejeros por el Presidente de la República.

Entre las funciones del CFA, que deberían estar definidas por ley, el Comité Corbo propuso incluir las siguientes:

- i. Evaluar la metodología de la regla fiscal adoptada por el Ejecutivo. El CFA deberá publicar sus evaluaciones y recomendaciones sobre la metodología de la regla fiscal en informes públicos;

⁵ El análisis y recomendaciones del Comité Corbo está disponible en www.dipres.cl/598/articles-76544_doc_pdf.pdf [fecha de consulta: abril 2019].

- ii. Proveer con carácter vinculante los supuestos y las proyecciones para las variables de ajuste cíclico, requeridas en la estimación del balance cíclicamente ajustado (BCA), para la elaboración del presupuesto por el Ministerio de Hacienda;
- iii. Presentar, a fines de cada año, un informe anual sobre la política fiscal, la aplicación de la regla fiscal y la sostenibilidad de mediano y largo plazo de la política fiscal;
- iv. Emitir una opinión fundada sobre el programa financiero de mediano plazo del Ministerio de Hacienda;
- v. Emitir un informe con su opinión, dirigido al gobierno, a la Contraloría General de la República y al Congreso, sobre los eventuales cambios de principios y metodologías contables utilizados en la elaboración del presupuesto;
- vi. Emitir una opinión sobre el Informe de Evaluación de la Gestión Financiera del Sector Público y Actualización de Proyecciones, que presenta la Dirección de Presupuestos, del Ministerio de Hacienda en junio de cada año;
- vii. Evaluar y emitir una opinión respecto de la pertinencia de la invocación de cláusulas de escape en la aplicación del presupuesto por el Ministerio de Hacienda y la estrategia de convergencia a la meta del BCA, en caso de activarse esta;
- viii. Emitir una opinión sobre el Informe de Pasivos Contingentes;
- ix. Responder a consultas del Ejecutivo sobre política fiscal en su dimensión macroeconómica y financiera.

3.2. Creación de un consejo fiscal asesor

En abril del año 2013 durante el primer gobierno del presidente Sebastián Piñera, se dio el primer paso para implementar la recomendación del Comité Corbo y se creó mediante el decreto n.º 545 del Ministerio de Hacienda el primer Consejo Fiscal Asesor⁶. Este Consejo, vigente hasta la implementación del Consejo Fiscal Autónomo el año 2019, tenía las siguientes funciones:

- i. Participar como observadores en los Comités de PIB Tendencial y de Precio de Referencia del Cobre que convoque el Ministerio de Hacienda;
- ii. Pronunciarse sobre el cálculo del ajuste cíclico del balance estructural realizado por la Dirección de Presupuestos;

⁶ Disponible en <http://bcn.cl/25qa0> [fecha de consulta: abril de 2019].

- iii. Manifiestar su opinión y formular observaciones al Ministerio de Hacienda sobre los eventuales cambios metodológicos al cálculo del balance estructural que proponga la autoridad;
- iv. Asesorar al Ministerio de Hacienda en las materias fiscales que este le encomiende de manera expresa y que tengan relación con su objeto.

El Consejo Fiscal estaría integrado por cinco miembros expertos en temas fiscales y presupuestarios, designados por el ministro de Hacienda. El decreto n.º 545 estableció quienes serían a los cinco consejeros e identificó al presidente y al vicepresidente. Los periodos de nombramiento fueron desde dos a cuatro años.

El decreto de creación también estableció, entre otras materias, que el Consejo sesionaría al menos una vez por semestre y cada vez que el ministro de Hacienda lo convocara; indicó que un reglamento interno sería aprobado por el ministro de Hacienda para el adecuado funcionamiento del Consejo y estableció las normas de confidencialidad en el uso de la información a la que tendrían acceso los consejeros.

Como queda de manifiesto, el Consejo Fiscal Asesor creado el año 2013 tomó solo algunas de las recomendaciones hechas dos años antes por el Comité Corbo. En particular, la creación se hizo por decreto, en lugar de una ley aprobada por el Congreso. Al ser creado por una norma dentro de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, el gobierno podía modificar las competencias del Consejo e, incluso, en un escenario extremo, eliminarlo.

Sin perjuicio de lo anterior, este Consejo Fiscal Asesor es considerado como un paso relevante en el fortalecimiento de la institucionalidad fiscal de nuestro país. El Consejo actuó como asesor del ministro de Hacienda en diversas materias; verificó cada vez que fue requerido el cálculo del BCA y de los parámetros de referencia del Presupuesto (PIB tendencial y precio de referencia del cobre) y fue un actor relevante en el debate público en materia de política fiscal, incluso impidiendo un cambio metodológico que quiso hacer el Ministerio de Hacienda a inicios del año 2018 y que no estaba justificado en forma suficiente. En definitiva, este Consejo Fiscal Asesor permitió avanzar en materia de transparencia fiscal y de credibilidad de la regla de balance cíclicamente ajustado (BCA).

4. CREACIÓN POR LEY DE UN CONSEJO FISCAL AUTÓNOMO

Diversos organismos internacionales, como la OCDE y el FMI recomendaron avanzar hacia un consejo fiscal autónomo, creado por ley y con mayores atribuciones y responsabilidades⁷.

⁷ FMI (2016); OCDE (2018).

Por estas recomendaciones internacionales, las internas y el buen funcionamiento del Consejo Fiscal Asesor, es que hacia fines del primer gobierno del presidente Sebastián Piñera se presentó un proyecto de ley para otorgarle a esta institucionalidad rango legal y mayor permanencia. Sin embargo, la presentación fue muy cerca del término del periodo presidencial y el gobierno entrante, el segundo de la expresidenta Michelle Bachelet, decidió retirar el proyecto a solo tres meses de asumir.

La necesidad de avanzar hacia una institución independiente del gobierno y creada por ley, quedó de manifiesto a inicios del año 2014, cuando el gobierno entrante reemplazó a todos los consejeros nombrados el año 2013, por periodos que iban de dos a cuatro años.

Pese a que formaba parte del programa del gobierno que asumió el año 2014, durante los cuatro años de dicha Administración no se avanzó en la creación por ley de un consejo fiscal autónomo.

En junio de 2018, el segundo gobierno del presidente Sebastián Piñera envió al Congreso un proyecto de ley para crear el primer Consejo Fiscal Autónomo, entregando mayor independencia, competencias y responsabilidades a la nueva entidad que contribuirá con el manejo responsable de la política fiscal del gobierno central.

Las funciones del Consejo Fiscal Autónomo se amplían respecto de las que tiene el Consejo Fiscal Asesor y se alinean con las recomendaciones del Comité Corbo, las que, a su vez, son acordes con las mejores prácticas internacionales en materia de institucionalidad fiscal.

La Ley n.º 21148 establece que este nuevo organismo tendrá las siguientes funciones:

- i. Evaluar y monitorear el cálculo del ajuste cíclico de los ingresos efectivos efectuado por la Dirección de Presupuestos;
- ii. Participar como observador en los procedimientos establecidos para recabar la opinión de expertos independientes del precio de referencia del cobre y del PIB tendencial, revisar dichos cálculos y manifestar su opinión sobre los mismos;
- iii. Formular observaciones y proponer al Ministerio de Hacienda cambios metodológicos y procedimentales para el cálculo del Balance Estructural;
- iv. Manifestar su opinión sobre eventuales desviaciones del cumplimiento de las metas de Balance Estructural y proponer medidas de mitigación;
- v. Evaluar la sostenibilidad de mediano y largo plazo de las finanzas públicas y difundir los resultados de sus evaluaciones;
- vi. Asesorar al Ministerio de Hacienda en las materias fiscales que este le encomiende de manera expresa y que tengan relación con su objeto;

- vii. Realizar informes en relación con los estudios, análisis y otros temas que le competen de acuerdo con su ley;
- viii. Contratar los estudios y asesorías que se requieran para el cumplimiento de sus funciones;
- ix. Proponer al ministro de Hacienda, una vez al año, los nombres de los integrantes de los comités consultivos del precio de referencia del cobre y del PIB tendencial que ocuparán los cupos que por alguna razón hayan quedado vacantes.

El Consejo Fiscal Autónomo tendrá una activa comunicación con el Congreso, un cambio de primer orden respecto del funcionamiento del Consejo Fiscal Asesor, cuya comunicación era únicamente con el Ministerio de Hacienda. En efecto, tendrá que enviar los estudios que realice a las comisiones de Hacienda de la Cámara de Diputados y del Senado, en un plazo máximo de cinco días hábiles contados desde su elaboración y, además, en los meses de abril y septiembre, deberá exponer un informe sobre el ejercicio de sus funciones ante la Comisión Especial Mixta de Presupuestos.

4.1. Composición del Consejo

El Consejo estará integrado por cinco miembros, expertos de reconocido prestigio profesional o académico en materias fiscales y presupuestarias, designados por el Presidente de la República, previo acuerdo con el Senado. En la conformación del Consejo deberán estar representados ambos géneros.

Los consejeros durarán cinco años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos por un nuevo periodo. El presidente del Consejo será nombrado por el Presidente de la República de entre los cinco consejeros y durará tres años en el cargo o el menor tiempo que le reste como consejero, pudiendo ser designado para nuevos periodos. El vicepresidente del Consejo será elegido por el propio Consejo.

Los avances introducidos por esta ley a la institucionalidad fiscal son múltiples. En primer lugar, la creación queda sostenida en una norma jurídica de mayor jerarquía y estabilidad al quedar consagrado mediante una ley, y sus consejeros son aprobados por el Senado, otorgándole una validación política y autonomía del Ejecutivo que hasta ahora no tenía. Además, el proyecto de ley agregó nuevas atribuciones y responsabilidades al Consejo, una comunicación activa con el Congreso, es decir, un papel público necesario para dar a conocer sus opiniones; cargos remunerados y recursos para contar con un *staff* técnico y contratar estudios, lo que fortalece su independencia respecto del Ejecutivo.

4.2. La tramitación legislativa del proyecto y su importancia

El proceso mediante el cual los proyectos de ley que tanto parlamentarios como el Presidente de la República pueden presentar para su discusión y votación al Congreso, tiene un diseño que busca cumplir diversos objetivos. Uno de ellos, es que la iniciativa sea perfeccionada, gracias al aporte de diferentes miradas políticas, de consideraciones técnicas y a un buen ánimo de diálogo. Sebastián Soto, definió este proceso como

“...la unión de un conjunto de etapas y actos formales que permiten el estudio, debate, votación y aprobación de un proyecto de ley y en el que toman parte diversas autoridades, funcionarios y demás interesados, a fin de influir en el contenido y tramitación de la ley que, si es del caso, será finalmente publicada”⁸.

Este conjunto de etapas se da sobre la base de lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Política de la República (CPR), que, en su inciso primero señala que todo proyecto de ley “puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado...”⁹.

Durante los tres trámites constitucionales que requirió el proceso de formación de la ley que creó el CFA¹⁰ (o también El Proyecto), se le formularon a la iniciativa numerosas adiciones y correcciones que perfeccionaron el modelo originalmente propuesto. Si la legitimidad de una determinada política pública es

“la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales”¹¹,

podemos sostener que la ley que creó el CFA goza de una indiscutible legitimidad, toda vez que diferentes representantes del espectro político que hoy tiene el Congreso formularon cambios, que el Ejecutivo estuvo dispuesto a respaldar estos¹², no solo considerando las propuestas de parlamentarios, sino que, también, aquellas de parte de la Corte Suprema y las mismas que durante la reflexión interna que acompaña la tramitación de un proyecto, invita a formular.

⁸ SOTO (2016)

⁹ Constitución Política de la República, artículo 69.

¹⁰ *Boletín* n.º 11777-05.

¹¹ WALDRON (2018), pp. 7-28.

¹² Se requería en la mayoría de los cambios de indicaciones por parte del Ejecutivo, porque la mayoría de los contenidos modificados son, de acuerdo con el artículo 65 de la CPR, materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Este buen proceso legislativo constituye la base de un optimismo fundado para esperar un funcionamiento útil y beneficioso para el país, por parte del Consejo. Después de todo, buenos procesos legislativos producen mejores políticas públicas¹³.

El Proyecto tuvo un tiempo razonable de discusión en el Congreso. Fueron un poco más de siete meses para la discusión. Durante este tiempo se incorporaron nuevas competencias al Consejo (además de aquellas con las cuales se presentó), se establecieron deberes para con el Congreso¹⁴, consideraciones de género para la composición de este, se innovó en materia de probidad y transparencia y, se especificaron las sanciones para aquellos consejeros que utilizaran información que por sus cargos tuvieran y luego emplearan de manera indebida y, fundamentalmente, se reforzó su autonomía, cambiando su naturaleza jurídica (aspecto no menor), modificando la forma en que se designarían los consejeros y el procedimiento de acusación entre consejeros.

La Cámara de Diputados dio inicio a la tramitación del proyecto según se informó en la Cuenta de la Sala de Sesiones de esta corporación, el 5 de junio de 2018, enviando el proyecto a la Comisión de Hacienda de la Cámara, la que empezó a conocer la iniciativa. En esta instancia el proyecto tuvo sus primeros e importantes cambios.

4.3. Naturaleza jurídica del Consejo (desde la dependencia hasta la autonomía)

La importancia de definir la naturaleza jurídica de las cosas, radica en que esta constituye la característica primordial de aquellas; es, por tanto, su esencia aquello que la diferencia de las demás. Para el caso del CFA, la determinación de su naturaleza jurídica fue un interesante debate nacido en la Comisión de Hacienda de la Cámara y posteriormente desarrollado en el Senado y su comisión del mismo nombre.

El proyecto llegó a la Comisión de Hacienda de la Cámara, con un texto que señalaba, en su artículo primero, que el CFA sería “un organismo consultivo dependiente del Ministerio de Hacienda”.

El carácter de consultivo resulta importante, por cuanto es el Presidente de la República quien tiene la administración financiera y presupuestaria del Estado y puede considerarse esta conducción como indelegable, independiente de contar con el apoyo de sus respectivos ministros, estos en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Mandatario¹⁵.

¹³ BAR SIMMAN (2011).

¹⁴ Lo que señalamos páginas atrás, al referirnos a la activa comunicación con el Congreso.

¹⁵ Ley n.º 18575, artículo 20.

Por otra parte, el objetivo del proyecto era claro: dotar al Consejo de la suficiente autonomía, atribuciones y recursos “para lograr ejercer adecuadamente su función, que asegure la adecuada implementación y efectividad de la regla fiscal”¹⁶. Por lo mismo en la fundamentación del *Mensaje* se señaló que era

“necesario perfeccionar el marco institucional que lo define (al Consejo), reforzando tanto su mandato como su autonomía, de modo de fortalecer su impacto en el buen funcionamiento de la política fiscal”¹⁷.

Sin embargo, la redacción del artículo primero arrojaba razonables dudas sobre la autonomía que el Consejo tendría respecto del Presidente de la República. El carácter de organismo consultivo forzaba a considerar al CFA como un servicio público de carácter centralizado, pues actuaría bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del fisco y, estaría, entonces, sometido a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda¹⁸.

La estrecha relación entre el Presidente de la República y todos los servicios públicos (especialmente en los centralizados), se funda en

“los poderes con que cuenta el Primer Mandatario, cuales son los de ordenar –emitir actos particulares que contengan mandatos determinados–, instruir –dictar actos generales que trasuntan directrices de comportamiento–, y controlar.”¹⁹.

Si bien en El Proyecto, en sus fundamentos, en la forma de designación de los consejeros y en el quórum de nombramiento buscaba atenuar la injerencia presidencial, el objetivo de la autonomía podía reforzarse todavía más.

Luego, en la Comisión de Hacienda de la Cámara, los diputados Auth y Jackson, en forma separada, presentaron cada uno, indicaciones con el mismo objetivo: eliminar la expresión ‘dependiente’ para apuntar hacia un relacionamiento con el Presidente a través del Ministerio de Hacienda. Si bien este fue un primer avance, no despejó por completo las dudas respecto de su naturaleza por las razones antes señaladas.

Por lo mismo, durante el segundo trámite constitucional, en la discusión general del proyecto en la Sala de Sesiones de la Cámara Alta, el senador Pizarro, integrante de la Comisión de Hacienda del Senado (y que, por lo mismo, había conocido la discusión del proyecto en dicha instancia), sostuvo lo siguiente:

¹⁶ *Historia de la Ley*, n.º 21114, p. 3 (mensaje del proyecto)

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Ley n.º 18575, artículo 26.

¹⁹ ENTEICHE (2016), pp 359-378.

“resulta indispensable precisar en el artículo 1 del proyecto cuál será su naturaleza jurídica. Actualmente dicha disposición solo nos dice que se trata de un organismo consultivo, que se relacionará con el Presidente de la República mediante el Ministerio de Hacienda, y que su domicilio será la ciudad de Santiago. Al respecto, cabe preguntarse: ¿se tratará de un servicio público descentralizado? ¿Tendrá personalidad jurídica y patrimonio propio, o actuará bajo la personalidad jurídica y el patrimonio del Fisco?”²⁰.

Efectivamente resultaba indispensable determinar la naturaleza jurídica de este nuevo órgano que se creaba. Esta diferencia no puede ser considerada como irrelevante; muy por el contrario, la precisión entre un órgano que se relaciona con el Presidente a través de un ministerio en particular y, que, por lo tanto, no requiere de personalidad o patrimonio propios y uno autónomo con estas características, se puede observar en el ejercicio de las competencias de estos. Así, por ejemplo, el CFA tiene la competencia para contratar los estudios y asesorías que se requieran para el cumplimiento de sus funciones²¹; si el Consejo se hubiese mantenido como un organismo que se relacionaría con el Presidente, sin personalidad jurídica propia, esta potestad sería ejercida, en la práctica, por el subsecretario de Hacienda en su calidad de jefe superior de servicio (a menos que la ley hubiese dispuesto otra cosa).

Por lo mismo, es que el Ejecutivo presentó una indicación para disipar todas las dudas, determinando así, que el Consejo sería un organismo

“autónomo, de carácter técnico y consultivo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda y se regirá por la presente ley y demás normativa que se dicte al efecto”.

Así, ya no podría existir duda alguna respecto a la disposición del Ejecutivo de reforzar la autonomía del Consejo, con el fin de brindarle las mejores condiciones para el cumplimiento de sus objetivos.

4.4. Del nombramiento de los consejeros y el procedimiento de acusación para estos

La determinación de la naturaleza jurídica del Consejo Fiscal Asesor debía estar acompañada por un diseño inequívoco en cuanto a su planteamiento

²⁰ *Historia de la Ley*, n.º 21148, p. 145.

²¹ Artículo 2, letra h), ley N° 21.148.

autónomo. Esto se tradujo en cambios respecto del nombramiento de los consejeros y de la forma en que estos podían cesar en sus cargos y cómo sería el proceso en virtud del cual se produciría dicho cese.

El proyecto original consideraba para el nombramiento de los consejeros, que el Presidente pudiera nombrar a uno de los cinco, a su total arbitrio; los cuatro consejeros restantes serían designados por el Presidente, previo acuerdo del Senado, adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Cabe señalar que el quórum de los dos tercios se mantuvo. Dada la importancia del Consejo, nos parece el quórum adecuado.

Este diseño, en palabras de Macarena García, economista del Instituto Libertad y Desarrollo, quien expuso ante la Comisión de Hacienda de la Cámara, “podría dar pie a que no cuente (el Consejo) con la debida independencia de la autoridad política”²².

Por lo mismo en esta instancia legislativa se modificó dicho aspecto de la iniciativa, perdiendo el Presidente la potestad de nombrar directamente a un integrante del Consejo y pasando a designarlos a todos, previo acuerdo del Senado (con un quórum de las dos terceras partes de sus miembros en ejercicio). Así, si antes el Senado tendría algo que decir respecto de cuatro de los cinco consejeros, ahora podría pronunciarse respecto de la totalidad de estos. Con todo, permaneció en el Presidente la facultad de nombrar, de entre los miembros del Consejo, a quien sea su presidente.

Otra interesante discusión se generó respecto del cese de las funciones de quienes ejercerían como consejeros.

El proyecto ingresado al Congreso señalaba en su artículo cuarto que los consejeros cesarían en sus funciones por expiración del plazo por el que fueron nombrados, por renuncia presentada ante el Presidente de la República por intermedio del ministro de Hacienda, o por falta grave al cumplimiento de las obligaciones como miembros del Consejo Fiscal Autónomo, calificada esta por el Presidente de la República.

Así, entonces, si bien el Presidente dejaba de tener un integrante designado directamente, podría, dentro de ciertos márgenes objetivos y señalados en la misma ley, decretar el cese del cargo para un integrante, lo que no se ajustaba a la autonomía que quería ser reforzada.

Fue en la misma instancia anterior, esto es, en la Comisión de Hacienda de la Cámara, que mediante indicaciones del Ejecutivo se modificó la norma, eliminando esta atribución del Presidente de calificar faltas graves e incorporando mejoras al diseño de las hipótesis por las cuales se cesaría en el

²² Primer Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara, *Boletín* n.º 11777-05, p. 33.

cargo. Fue así como se dispuso que los consejeros cesarían en sus funciones por las siguientes causales:

- i. Expiración del plazo por el que fueron nombrados;
- ii. Renuncia presentada ante el Presidente de la República por intermedio del ministro de Hacienda;
- iii. Sobreviniencia de alguna causal de inhabilidad o incompatibilidad de las contempladas en los artículos 5 y 6.

Si una vez designado en el cargo sobreviniere a un consejero alguna de las causales de incompatibilidad o inhabilidad, deberá informarlo inmediatamente al Consejo y al Presidente de la República, cesando en el cargo en e acto.

- iv. Faltas graves al cumplimiento de las obligaciones como miembros del Consejo.

Además de estos cambios, se avanzó en un asunto de vital importancia: se incorporó al Poder Judicial en la determinación de la configuración de la causal. Así, un tercero independiente, resolvería si la causal concurría o no. Esto es lo que hemos denominado la forma de cesar en el cargo en caso de falta grave; si originalmente el Presidente de la República tenía la competencia para calificar una situación de hecho como falta grave, ahora sería la Corte Suprema quien determinaría la procedencia y calificación de la causal.

Para llegar a esta instancia, se tomó como precedente la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central²³, respecto de cómo podían acusarse los consejeros (cuestión debatida en la Comisión de Hacienda de la Cámara). El Ejecutivo, entonces, propuso una acusación ante la Corte Suprema, por parte del presidente del Consejo o, por a lo menos, dos consejeros. Ante esto, la Corte Suprema manifestó ciertos reparos.

Dentro del proceso de formación de la ley intervienen órganos jurisdiccionales: el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. La Corte, de acuerdo con el artículo 77, inciso segundo de la Constitución, debe pronunciarse respecto de los cambios que se propongan relativos a la organización y atribuciones de los tribunales.

El oficio mediante el cual la Corte Suprema²⁴ se pronunció respecto del proyecto ofreció, en general, una valoración positiva. En particular, la Corte se pronunció respecto de la norma contenida en el artículo 4º, número 4, párrafo quinto, que era del siguiente tenor:

“Si alguno de los consejeros incurriere en alguna de las conductas descritas como falta grave en el presente artículo, será acusado ante la Corte

²³ Ley n.º 18840, artículo 15.

²⁴ Oficio n.º 126-2018, de la Corte Suprema, *Boletín* n.º 11777-05.

Suprema, la que resolverá en pleno y en única instancia sobre la concurrencia de la causal. La Corte Suprema dará traslado por seis días hábiles al acusado para que conteste la acusación, pudiendo dictar, igualmente, medidas para mejor resolver. La Corte, si lo estima pertinente, podrá abrir un término probatorio, que no excederá de siete días”.

Según la Corte, la remoción de los consejeros del CFA no parecía ser de la importancia de aquellos asuntos que conoce el pleno de la Corte Suprema, por no ser el CFA un órgano de rango constitucional. Sin embargo, ya conoce la remoción de integrantes de otros órganos cuyo rango es simplemente legal, tales como los consejeros del Consejo para la Transparencia²⁵ o los integrantes de la Comisión para el Mercado Financiero²⁶.

Con todo, la Corte Suprema consideró que tanto el tribunal (la misma Corte) y la forma de conocer de la acusación (pleno), no constituían una sede adecuada. Para reforzar dicho argumento, sostuvo que la acusación en contra de los consejeros del Banco Central (órgano de rango constitucional de carácter técnico) es de competencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que conoce en sala y en única instancia. Que el domicilio del Banco Central esté en Santiago robustecía la pertinencia en el diseño de esta norma.

Otros comentarios de la Corte respecto del proyecto, se centraron en el procedimiento de remoción, considerado como razonable; las reglas procesales relativas a la acusación, evaluadas como adecuadas y suficientes y la suspensión temporal y eventual como cese inmediato del consejero acusado y condenado, como normas apropiadas y pertinentes.

Por otra parte, hubo ciertos reparos al régimen sancionatorio propuesto, ya que, en opinión de la Corte, respecto a la infracción por divulgar información reservada que obtuvo el consejero en el ejercicio de su cargo, faltaba establecer con claridad cuál sería la pena asignada y, en cuanto a la infracción por omitir la presentación de declaración de intereses, señaló como materia pendiente definir un plazo para la misma y la periodicidad deseada.

Con el fin de recoger las recomendaciones del máximo tribunal, y con el ánimo de perfeccionar el proyecto en comento, el Ejecutivo presentó una indicación que buscaba abordar estas materias observadas por la Corte Suprema.

Así, entonces, se modificó el tribunal competente, de acuerdo con lo sugerido por la Corte Suprema, pasando a ser la Corte de Apelaciones la encargada de resolver de las eventuales acusaciones que pudieran ocurrir, tal y como está regulado respecto del Banco Central. Con todo, a diferencia de lo

²⁵ Ley n.º 20285, artículo 38.

²⁶ Ley n.º 21000, artículo 14.

que ocurre con la acusación en el caso del instituto emisor, la Corte conocerá en pleno y en única instancia, mientras que, para el caso del Banco, será en sala.

Además, se incorporó una determinación clara de las penas por divulgar información a que tuvieran acceso los consejeros en el ejercicio del cargo. Se mejoró en este aspecto la redacción de la conducta sancionable en cuanto a que, además de divulgar información reservada, se sanciona el uso de esta, en beneficio propio o ajeno²⁷; se estableció como sanción la posibilidad de pena de presidio: reclusión en su grado mínimo a medio (61 días a tres años y un día) y se incrementó la multa a un rango entre seis a veinte unidades tributarias anuales (UTA), correspondiente a montos aproximados desde 3.5 a 11.6 millones de pesos. Este aumento fue significativo, considerando que las multas originales, iban desde las 6 UTM (\$290 000) hasta 10 UTM (\$483 000), configurando así un desincentivo fuerte y focalizado.

CONCLUSIONES

La relevancia de los consejos fiscales radica en poder constituirse como un contrapeso o control externo e independiente sobre la ejecución de la política fiscal que conducen los gobiernos. La existencia de una regla fiscal no asegura una conducción responsable en política fiscal y la experiencia internacional da cuenta de aquello. Por lo mismo, es que el Comité Corbo sugirió “la adopción de un Consejo Fiscal (CF) autónomo, con un mandato y tareas específicas determinadas por una norma legal”²⁸. El primer paso en esta línea se dio con la creación del Consejo Fiscal Asesor, en el primer gobierno del presidente Sebastián Piñera, sin embargo, diversos especialistas y organismos internacionales recomendaban avanzar hacia la institucionalización legal de un ente autónomo con mayores atribuciones y responsabilidades.

El actual gobierno de Sebastián Piñera presentó al Congreso un proyecto de ley para crear un consejo fiscal, de carácter autónomo, que pudiera ejercer adecuadamente su función, asegurando la adecuada implementación y efectividad de la regla fiscal. La discusión legislativa que se desarrolló durante la tramitación del proyecto, sirvió para robustecer la legitimidad de la propuesta, enriqueciendo de manera sustantiva el texto original presentado, demostrando así los beneficios de un diálogo abierto y proclive a consensos entre los diferentes actores políticos, sobre la base de consideraciones técni-

²⁷ Solicitado por la Corte Suprema. Además, ya existe en el decreto que estableció el Consejo Fiscal Asesor, en particular, en el artículo 7°.

²⁸ Documento de acceso libre: Propuestas para perfeccionar la regla fiscal, Informe final. Véase cita n.° 5

cas que permiten sostener que, cuando el CFA comience a funcionar, será un aporte y una contribución al debate público y, especialmente al manejo responsable de los recursos que todos aportamos al fisco.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAR SIMMAN (2011). "The Puzzing Resistance to Judicial Review of the Legislative Process", in *Boston University Law Review*, vol. 91, pp.: 1915-1975. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=1843564> (fecha de consulta: abril 2019]
- BEETSMA, Roel M.W.J., Xavier DEBRUN *et al.* (2018): "Independent Fiscal Councils: Recent Trends and Performance", in *IMF Working Paper WP*, n.º 18/68. Disponible en www.imf.org/~media/Files/Publications/WP/2018/wp1868.ashx
- DE GREGORIO, José (2006): "Metas de inflación y el objetivo de pleno empleo", en Banco Central de Chile, *Documento de trabajo*, n.º 364. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112268.pdf>
- ENTEICHE, Nicolás (2016). "Superintendencias: Una necesaria autonomía constitucional", en *Actualidad Jurídica*, n.º 33: pp.: 359-378.
- GONZÁLEZ, Hermann (2016): "Consejos fiscales: Experiencia internacional y lecciones para Chile", en *Libertad y Desarrollo*, n.º 259. Disponible en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2017/01/SIE-259-Consejos-Fiscales-Experiencia-Internacional-y-Lecciones-para-Chile-Septiembre2016.pdf>
- INTERNATIONAL MONETARY FUND (2016): "Article IV consultation-Press release; Staff report; and statement by the executive director for Chile", in *IMF Country Report*, n.º 16/376. Disponible en www.imf.org/~media/Websites/IMF/imported-full-text-pdf/external/pubs/ft/scr/2016/_cr16376.ashx
- SOTO, Sebastián (2016): *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y Práctica* (Editorial Thomson Reuters).
- WALDRON, Jeremy (2018). "Control de constitucionalidad y legitimidad política", en Dikaion . *Revista de Fundamentación Jurídica*, vol. 27, n.º. 1, pp. 7-28. Disponible en <https://dx.doi.org/10.5294/dika.2018.27.1.1>

Otros documentos

- BANCO CENTRAL DE CHILE (2007): *La política monetaria del Banco Central de Chile en el marco de metas de inflación*, enero de 2007. Disponible en www.bcentral.cl/documents/20143/32019/bcch_archivo_103632_es.pdf/31400085-27b2-0438-0d4a-3979b82886eb?t=1493148585537
- Historia de la Ley* n.º 21148. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7632/HLD_7632_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [fecha de consulta: abril 2019].

MINISTERIO DE HACIENDA (2011): *Propuestas para perfeccionar la regla fiscal*, año 2011. Disponible en www.dipres.gob.cl/598/articles-76544_doc_pdf.pdf

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (2018): *Economic Surveys of Chile 2018*, 26 de febrero de 2018. Disponible en www.oecd.org/eco/surveys/economic-survey-chile.htm

Normas citadas

Constitución Política de la República, decreto n.º 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 22 de septiembre de 2005.

Ley n.º 18575 Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.

Ley n.º 18840 Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, 10 de octubre de 1989.

Ley n.º 20128 sobre Responsabilidad Fiscal, 30 de septiembre de 2006. Disponible en <http://bcn.cl/1vzp3> [fecha de consulta: abril 2019].

Ley n.º 20285 sobre Acceso a la Información Pública, 20 de agosto de 2008.

Ley n.º 21000 crea la Comisión para el Mercado Financiero, 23 de febrero de 2017.

Ley n.º 21148 crea el Consejo Fiscal Autónomo, 16 de febrero de 2019.

LEY DE CAMBIO CLIMÁTICO PARA CHILE: ALGUNAS REFLEXIONES

CLIMATE CHANGE ACT FOR CHILE: SOME REFLECTIONS

*Raúl F. Campusano D.**
*Nicolás Vassallo F.***

RESUMEN: Una de las reformas legislativas más interesantes de este tiempo se encuentra en el sector ambiental. En efecto, se encuentra en estado avanzado la elaboración de un proyecto de ley sobre cambio climático. Esta ley, que podría promulgarse en el año de la COP 25 en Chile, puede llegar a tener efectos sustantivos, no solo en el ámbito del cambio climático, sino que, en general, en el campo ambiental y en numerosos aspectos de la vida y la actividad nacional. Este artículo se reflexionará sobre los contenidos que una ley de cambio climático para Chile debiera tener a la luz de la experiencia de derecho comparado y de especialistas.

PALABRAS CLAVE: Cambio climático - Ley - Mitigación - Adaptación - Derecho comparado - Chile - COP 25.

ABSTRACT: One of the most interesting legislative reforms of this time is in the environmental sector. In effect, the elaboration of a bill on climate change is in an advanced stage. This law, which could be enacted in the year of COP 25 in Chile, can have substantial effects, not only in the climate change sphere but also in general in the environmental field and in many aspects of life and national activity. This article will reflect on the content that a climate change law for Chile should have in light of the experience of comparative law and specialists.

* Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Director académico del Magister en Derecho Ambiental UDD. Abogado Universidad de Chile. Master en Derecho de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos.

** Abogado Pontificia Universidad Católica. Master en Derecho Internacional de la University College of London, Reino Unido. Profesor de Derecho Internacional Público Universidad del Desarrollo y Universidad Finis Terrae.

KEYWORDS: Climate change - Law - Mitigation - Adaptation - Comparative Law - Chile - COP 25.

INTRODUCCIÓN

En diciembre de este año 2019 tendrá lugar en Chile la Conferencia de las partes de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático, COP 25. En este contexto, el país se encuentra realizando numerosas acciones para el resultado exitoso del encuentro internacional. Se construirán importantes estructuras, se organizará la logística, se diseñarán coordinaciones, etc. Más importante aún, se están desarrollando numerosos espacios de reflexión y toma de decisiones políticas sustantivas sobre cambio climático. Entre las más importantes de estas decisiones se encuentra la de otorgar al país una ley nacional para el cambio climático. Este texto se encuentra ya en estado avanzado de desarrollo¹ y se espera sea presentado, discutido y tramitado durante el año. Así, el gobierno está desarrollando una intensa labor para preparar a Chile frente a los desafíos que el cambio climático impone al planeta. Y no solo el gobierno: las empresas, las organizaciones de la sociedad civil, las personas y el mundo académico se encuentran en este proceso de reflexionar, cada uno desde su perspectiva, sobre los nuevos escenarios y acciones que el cambio climático impone².

¹ Hasta la fecha de elaboración de este texto, el proyecto de ley no se ha dado a conocer.

² De manera meramente ejemplar, cabe señalar que el programa de Magister en Derecho Ambiental de la universidad, organizó este 8 de enero de 2019 un conversatorio sobre cambio climático: Séptimo Encuentro de Conversación Ecológica, ECE7, en el que participaron, en orden alfabético, las siguientes personas (todas ellas en capacidad individual, sin representar necesariamente a sus instituciones): Gonzalo Aguilar, profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca; Pablo Badenier, ex Ministro de Medio Ambiente; Cristóbal Belollo, profesor de la Universidad Adolfo Ibañez, doctor en filosofía política, University College London; Juan Pablo Crisóstomo, director de la Dirección de Derechos Humanos. Ministerio de Relaciones Exteriores; Leonor Etcheberry, abogada integrante de la Corte Suprema. primera directora de la Academia Judicial; Roman Guridi, director de pregrado Teología PUC; VESNA MANDAKOVIC, profesora Facultad de Economía y Negocios de la Universidad del Desarrollo, directora académica GEM, doctora en economía PUC; Carmen Luz Parra, decana de la Facultad de Derecho, Universidad Pedro de Valdivia; Ana Piñeiro, doctora en biología, Universidad Autónoma de Madrid; Angélica Romero, jefa del Departamento de Energía, Comercio y Desarrollo Sustentable, Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores; Gonzalo Sánchez, consultor legal en propiedad intelectual e inteligencia artificial; Nicolás Schubert, jefe del Departamento de Propiedad Intelectual, Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores; Carolina Urmeneta, directora de la División de Cambio Climático, Ministerio de Medio Ambiente; Fernando

La existencia de legislación sobre cambio climático establece el marco de acción dentro del ordenamiento jurídico nacional, genera principios y marcos de acción, establece una acción del aparato público, derechos y deberes ciudadanos, y el necesario recogimiento en la jurisprudencia resultante³.

Así, como se ha señalado, hace poco menos de un año, el gobierno anunció que comenzaría a elaborar una ley marco de cambio climático⁴ (en adelante indistintamente LMC⁵). El anuncio anterior es concordante con el hecho notorio y de público conocimiento que nuestro país es vulnerable a los impactos del cambio climático, particularmente los sectores de la minería, agricultura, forestal, hidroeléctrico, derechos consuntivos de agua y la salud humana⁵.

En consideración a lo anterior, el presente artículo tiene por objeto abordar el anuncio del gobierno y analizar cuáles debieran ser los temas o aspectos que la LMCC chilena debiera contener. Lo anterior se debe a que una ley de estas características no dejará indiferente a ningún individuo de la sociedad, toda vez que su aplicación acarreará múltiples consecuencias

Zegers, profesor emérito y director del Programa de Ética y Políticas Públicas en Reproducción Humana Universidad Diego Portales; Raúl F. Campusano, director académico del Programa de Magister en Derecho Ambiental UDD.

³ Un caso interesante es la sentencia de la Corte Suprema de Colombia de fecha 5 de abril de 2018, en la que exigió proteger la Amazonia colombiana de la deforestación, dándole la razón a un grupo de veinticinco niños, niñas y jóvenes quienes demandaron al Estado por no garantizar sus derechos a la vida y al ambiente. Entre los criterios expresados en la sentencia, cabe destacar los siguientes: La deforestación de la Amazonia provoca un perjuicio inminente y grave para todos los colombianos, para las generaciones presentes y futuras, pues desboca incontroladamente la emisión de dióxido de carbono hacia la atmósfera, produciendo el efecto invernadero, el cual transforma y fragmenta ecosistemas y altera el recurso hídrico. El deterioro creciente del ambiente es un atentado grave para la vida actual y venidera y de los otros derechos fundamentales; agota paulatinamente la vida y todos los derechos conexos con ella. La imposibilidad de ejercer los derechos fundamentales al agua, a respirar aire puro y disfrutar de un ambiente sano está enfermando a los colombianos, aumenta la carencia de agua dulce y disminuye las expectativas de vida digna. La protección de los derechos fundamentales no implica solo a cada individuo, sino al "otro". Y abarca también a quienes no han nacido y merecen disfrutar de las mismas condiciones medioambientales vividas por nosotros. Si no tenemos un criterio equitativo y prudente de consumo, la especie humana podrá verse comprometida en el futuro por la escasez de recursos imprescindibles para la vida. Solidaridad y ambientalismo se "relacionan hasta convertirse en lo mismo". Todos tenemos el deber de dejar de pensar exclusivamente en el interés propio. Estamos obligados a considerar la manera en que nuestras obras y conductas diarias inciden en la sociedad y en la naturaleza.

⁴ Ministerio del Medio Ambiente: <https://mma.gob.cl/gobierno-anuncia-inicio-de-elaboracion-de-ley-de-cambio-climatico-para-chile/>.

⁵ IEA (2018).

relevantes que impactarán la vida cotidiana de todas las personas naturales y jurídicas. Al respecto, cabe recordar que Chile ratificó el Acuerdo de París en enero de 2017 y conforme a su Contribución Nacional Determinada (NDC por su sigla en inglés) se comprometió a reducir incondicionalmente las emisiones de CO₂ por unidad de PIB en un 30% para el año 2030 y con respecto al nivel alcanzado en 2007⁶.

En virtud de que a la fecha de la elaboración de este artículo el proyecto de la LMCC no es de carácter público⁷, haremos énfasis en los tres temas centrales que debe contener una legislación sobre la materia desde una perspectiva de legislaciones comparadas: en primer lugar, la mitigación de los gases de efecto invernadero (en adelante GEI), exponiendo compromisos de reducción de los mismos con indicación de metas reales, maneras de producir energía y su relación con las empresas productivas, entre otros aspectos; en segundo lugar, la institucionalidad creada como una necesidad de aplicar las medidas y estrategias, como también de manera de controlar el progreso en los objetivos planteados en cada ley y, en tercer lugar, la adaptación de la sociedad a una nueva realidad producto del cambio climático, exponiendo diversas medidas que deban adoptarse para concretar dicha adaptación, no solamente mirado desde la perspectiva de la producción industrial por parte de las empresas, sino, también, desde la rutina diaria de la sociedad civil.

Para abordar los anteriores temas centrales, comenzaremos por presentar algunos testimonios de especialistas sobre la relevancia del desafío del cambio climático. Luego, procederemos a analizar la situación actual en Chile y su marco normativo, comentando luego las causas y motivaciones que conducen a la elaboración de la LMCC en el actual contexto en que vivimos, para luego analizar los aspectos más relevantes de la legislación comparada y terminar con abordar los temas centrales que la LMCC chilena debiera abordar a la luz de la experiencia comparada contenida en legislaciones sobre la materia existente en otros países⁸. Finalmente, concluiremos que aplaudimos la intención de legislar sobre la materia, en atención a su imperiosa necesidad, enfatizando el deber que tienen los poderes del Estado de velar por que sean abordados los tres temas centrales que toda ley de cambio climático debe tener, como también por velar por el cumplimiento de la misma.

⁶ Para mayor información, consúltese <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/05/2015-INDC-web.pdf>

⁷ El estado de tramitación del anteproyecto de la LMCC puede consultarse <http://leycambioclimatico.cr2.cl/>

⁸ Hacemos la prevención que, por motivos de extensión y de la naturaleza del trabajo, el presente artículo no aborda ni busca abordar toda la legislación comparada existente sobre cambio climático.

1. CAMBIO CLIMÁTICO COMO DESAFÍO POLÍTICO LEGISLATIVO

El cambio climático es tal vez el desafío ambiental más importante que la humanidad enfrenta en este siglo XXI. Así lo han declarado numerosos científicos, políticos y especialistas en ambiente. Los temas se relacionan hasta generar un tejido en el que todo parece tener relación con cambio climático. En este sentido, Alice Madden piensa:

“nuestro mayor desafío ambiental es hacernos cargo del cambio climático y las varias formas de degradación ambiental que provocará si no se hace algo al respecto. En algunos países (como el mío), acciones consistentes y significativas son diluidas por la falta de voluntad política y la influencia del dinero en la política”⁹.

Otto Spijkers piensa que el mayor desafío para la humanidad desde la perspectiva del cambio climático

“es lograr una forma significativa y constructiva para enfrentar toda la hipocresía que existe alrededor de este tema. No mucho tiempo atrás asistí a una conferencia sobre derecho ambiental. El conferencista nos dijo que dejáramos de usar botellas de agua de plástico y otros plásticos, y de pronto, abrió una botella de agua de plástico y bebió de ella., ignorante de lo extraño que todo parecía. Y, por supuesto, académicos de derecho internacional del medio ambiente son conocidos por volar constantemente a todas partes del mundo para decirnos que no debemos volar tanto, porque, le dicen a sus audiencias, los viajes en avión dejan una significativa huella de carbono! La primera reacción podría ser dejar de tomar en serio a tales académicos, pero eso es demasiado fácil. Yo creo que es necesario tolerar algo de esta hipocresía, y simplemente reconocer que todos estamos tratando, de la mejor manera que podemos, hacer una contribución positiva”¹⁰.

Sara Colangelo estima que el desafío más relevante para este siglo es

“la inequidad social y económica que sufren una carga desproporcionada de los impactos del cambio climático. Estas comunidades viven en áreas ecológicamente vulnerables que serán las primeras y más severas en ser afectadas por el impacto climático. Adicionalmente, ellas carecen de los recursos económicos para crear las adaptaciones de necesarias

⁹ Alice Madden. Directora ejecutiva del Centro de Recursos Naturales, Energía y Medio Ambiente de la Universidad de Colorado. En *CAMPUSANO* (2018).

¹⁰ Otto Spijkers. Profesor de Derecho de la Sustentabilidad de los Océanos, Universidad de Utrecht. Doctor en derecho de la Universidad de Leiden. En *CAMPUSANO* (2018).

para enfrentar tales impactos, y los recursos para los enormes costos transaccionales necesarios para negociar y acordar con las autoridades locales e internacionales”¹¹.

Marigen Hornkohl piensa:

“la humanidad ha llegado hoy a un nivel de desarrollo insospechado, pero al hacer un balance de este proceso, se registran importantes pasivos ambientales, los que de no mediar cambios sustantivos en el comportamiento humano sobre la forma de uso de los recursos naturales, se estará comprometiendo la propia continuidad de la vida en el planeta. Al explorar que pasa con la calidad del aire, del agua, o los suelos se aprecia que en su gran mayoría estos recursos naturales fundamentales se encuentran contaminados. Esta condición tiene un origen común, ya sea directo o indirecto, en el calentamiento global, provocado por las altas emisiones de CO₂ y de otros gases que producen el efecto invernadero. Detener la emisión de CO₂ y de otros gases que producen el efecto invernadero, es el mayor desafío ambiental para este siglo, de esta forma se estará contrarrestado el impacto del calentamiento global en la biosfera y sus consecuencias sobre la vida en la Tierra”¹².

Niels Blokker estima:

“el mayor desafío ambiental para este siglo es lograr movilizar la voluntad política internacional que haga posible el desarrollo de una estructura

¹¹ Sara Colangelo. Directora del Programa de Derecho Ambiental y profesora de la Universidad de Georgetown. Doctora en Derecho de la Universidad de Georgetown. En CAMPUSANO (2018).

¹² Marigen Hornkohl. Ex ministra de Agricultura y de Educación. Exembajadora en Alemania. En CAMPUSANO (2018). Complementa Marigen Hornkohl señalado: “Hoy los diagnósticos y las consecuencias son conocidas y analizadas, algunas con predicciones más dramáticas que otras, lo relevante es que hoy se sabe que se debería hacer para reducir las emisiones de estos gases y se identifican otras acciones que apuntan a reducir el calentamiento global. Junto con crear conciencia se requiere pasar a la acción, pero sobre todo a una acción masiva, del conjunto de la humanidad, es ese el desafío mayor. Pareciera ser que la cultura ambientalista de las nuevas generaciones comienza a ser auspiciosas. La fuerte reacción de los ‘directamente afectados’ de hoy (caso Quinteros, Puchuncavi) , aunque nos empuja a actuar con determinación, no es suficiente. En la cultura y en los nuevos estilos de conducta de los jóvenes (mas bicicleta y razonamiento ecológico en transporte, menos desechos, uso y transformación de materiales reciclados en vestuario, muebles, y artículos de todo orden, es decir, ‘conciencia aplicada’ en todos los niveles de vida como símbolo de un nuevo ‘status’ etc., sumado a decisiones políticas con coraje, aparece una señal que nos permitiría mirar el futuro con algo de esperanza. Finalmente, creo que debiera haber una especie de *accountability* ético”.

organizacional institucional que sea capaz de abordar las causas y efectos del cambio climático, en forma colectiva y exitosa”¹³.

Mihnea Tanasescu piensa:

“el factor esencial deriva de la capacidad de la humanidad de controlar la emisión de gases de efecto invernadero. Si ello no se logra, casi todo lo demás deja de tener sentido. Dicho esto, el mayor desafío que la humanidad enfrenta es hacer posible el espacio para los procesos naturales. Para lograr avances será necesario restaurar extensos territorios de hábitat degradado, y esto requiere no solo conocimiento científico y técnico, sino también la colaboración de poblaciones enteras. Restaurar hábitats continentales será una tarea ardua, pero tengo la esperanza que en forma creciente empezaremos a ver la necesidad de contar con un planeta humano y así, tener la voluntad de hacer el esfuerzo”¹⁴.

Sergio Prauss considera que el desafío mayor del tiempo presente es el:

“calentamiento global y todos los problemas ambientales coligados. Ello conlleva la necesidad de desarrollar capacidades humanas colectivas para acelerar las acciones para detener los desastres naturales derivados del cambio climático. También el desarrollo de capacidad para implementar en colectivo respuestas tecnológicas que permitan detener el incremento de temperatura bajo los dos grados. Ya hay esperanzadoras propuestas”¹⁵.

Manuel Baquedano estima que el mayor desafío global para enfrentar la adaptación al cambio climático es preparar a la humanidad para realizar aceleradamente una transición hacia una nueva civilización donde esté asegurado un nuevo equilibrio entre naturaleza y seres vivos, primordialmente los seres humanos. Sin esta transición será imposible reorientar a nuestra civilización hacia un estado que evite el punto de no retorno o colapso medioambiental que alertan cada vez con mayor fuerza la comunidad científica¹⁶.

¹³ Niels Blokker. Profesor y doctor en derecho de la Universidad de Leiden. En *CAMPUSANO* (2018).

¹⁴ Mihnea Tanasescu. Profesor de Ecología Política y doctor en ciencia política de la Universidad Libre de Bruselas. Cofundador del proyecto “Danube Delta Life.” En *CAMPUSANO* (2018).

¹⁵ Sergio Prauss. Abogado de la Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Ambiental. En *CAMPUSANO* (2018).

¹⁶ Manuel Baquedano. Sociólogo de la Universidad de Lovaina. Fundador y presidente del Instituto de Ecología Política (IEP). En *CAMPUSANO* (2018).

2. SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE Y MARCO NORMATIVO

Si bien la mayor parte de los países del mundo cuentan con normativas y políticas ambientales, pocos de ellos cuentan con un marco normativo de carácter general y obligatorio relativo al cambio climático. A mayor abundamiento, a la fecha de redacción de este artículo, existen menos de treinta y cinco países en el mundo con leyes vigentes y amplias en materia de cambio climático¹⁷. De esta manera, decidir legislar sobre el cambio climático es, claramente, una decisión novedosa a la luz de la realidad comparada.

Sin perjuicio de lo anterior, llama poderosamente la atención que casi treinta años después de haberse adoptado la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático (en adelante CMNUCC), menos de un quinto de todos los países reconocidos del mundo cuenten con una LMCC vigente. Durante el largo peregrinar que ha vivido la manera de comprender el cambio climático, se han realizado veinticuatro conferencias de las partes (en adelante COP), órgano supremo y resolutorio de la CMNUCC, siendo el año 2019 el turno de Chile para recibir y servir de anfitrión de la COP 25, considerado por muchos como el que podría ser el evento internacional más importante que se haya llevado a cabo en la historia de nuestro país¹⁸. No obstante, ninguna de las anteriores COP ha logrado establecer un marco general global vinculante para todos los Estados miembros¹⁹. Por ello, mediante la adopción de una LMCC se pretende, por vía legislativa interna, dar respuesta a los problemas ocasionados por el cambio climático de manera global.

Como sabemos, la atmósfera requiere, para su estabilidad, de la existencia de GEI. Entre las múltiples causas que originan los GEI desde la primera revolución industrial, encontramos, la ganadería, la quema indiscriminada de combustibles fósiles, la deforestación, entre otras actividades que incrementan las concentraciones de dióxido de carbono y metano, entre otros GEI²⁰.

Sin embargo, al aumentar la concentración de estos últimos, se incrementa también la energía solar reflejada, creándose un desequilibrio en la

¹⁷ Estos países son: Austria, Australia, Bangladesh, Benin, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Colombia, Dinamarca, Ecuador, Filipinas, Finlandia, Guatemala, Honduras, Hungría, Indonesia, Irlanda, Islandia, Japón, Kenya, Luxemburgo, Malta, México, Micronesia, Mozambique, Nueva Zelanda, Pakistán, Papúa Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Reino Unido, Seychelles, Suecia y Vietnam.

¹⁸ Para mayor información, véase 24 HORAS (2019).

¹⁹ En este sentido, resulta interesante contrastar el discurso de apertura del secretario general de la ONU en la COP24 de Katowice, con el decepcionante resultado de esta última UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL (2018).

²⁰ Para mayor información, véase INFORMATION UNIT FOR CONVENTIONS (2000)

atmósfera que la manera de ser compensado es aumentando la temperatura del sistema superficie, generándose el denominado “efecto invernadero aumentado”²¹. Como consecuencia de lo anterior, muchas especies y sistemas se ven amenazados por el calentamiento global.

En Chile, en particular, la emisión de GEI actual ha pasado a ser más del doble que la que existía en 1990, siendo la energía uno de los sectores mayormente responsables, con un 77% de la emisión de los mismos²². Nuestro país, si bien ha contado con avances en la materia, como la creación del Ministerio de Medio Ambiente y el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, las políticas de cambio climático han emanado del Ejecutivo y han adoptado la forma de estrategias y planes emanados del gobierno de turno. Un esfuerzo relevante sobre lo anterior es la Política Nacional de Energía 2050²³ lanzada en 2015, estableciendo esfuerzos de descarbonización. Dicho instrumento establece objetivos de incrementar la energía renovable en la generación de energía de 60% para 2035 y 70% para 2050²⁴, considerando que a 2015 representaba cerca de un 40%²⁵. Luego, el Plan de Mitigación para el Sector de la Energía establece en detalle los diversos escenarios y define las contribuciones sectoriales para la meta de mitigación de GEI²⁶.

Particularmente relevante resulta el hecho de que Chile fue el primer país de Sudamérica en introducir impuestos verdes a través de la reforma tributaria de 2014, la cual incluyó un impuesto de carbono que cubre cerca del 40% del total de las emisiones de CO₂²⁷. Además, Chile ha sido pionero en la utilización de programas de compensación de emisiones atmosféricas²⁸ y considerado un líder global en materia de eficiencia energética en relación con el etiquetado de electrodomésticos, estableciendo un etiquetado obligatorio para casi treinta productos²⁹. Igualmente, se ha adoptado una estrategia en materia de transporte eléctrico sobre la base de acuerdos de cooperación con empresas que, tradicionalmente, desarrollaron energía termoelectrónica en el país³⁰.

²¹ El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático (IPCC por sus siglas en inglés), 2001:180.

²² IEA (2018).

²³ Para mayor información, consúltense www.energia2050.cl/es/

²⁴ MINISTERIO DE ENERGÍA (2015).

²⁵ *Op. cit.* n.º 13, p. 22.

²⁶ *Op. cit.*, n.º 13, pp. 49-92.

²⁷ IEA (2018).

²⁸ Para mayor información, consúltense decreto n.º 4 de 1992; decreto n.º 1583 de 1992; decreto 812 de 1995; resolución 51916 de 2016 y resolución 4729 de 2017, todos del Ministerio de Salud.

²⁹ IEA (2018).

³⁰ *La Tercera* (2019).

Adicionalmente, nuestro país ha puesto énfasis en la transparencia y consulta en el desarrollo de las políticas de cambio climático, no solamente a través de la Política Nacional de Energía 2050, sino, también, con la creación de la Comisión Asesora Presidencial Permanente del Cambio Climático, compuesto por treinta miembros del sector público y privado, encargado de desarrollar propuestas de diseño de políticas que aseguren el cumplimiento de los objetivos internos e internacional sobre cambio climático³¹.

Con todo, si bien las políticas y estrategias para descarbonizar la economía chilena van en línea correcta para lograr los objetivos, lo cierto es que análisis recientes sugieren que nuestro país debe adoptar otras medidas para lograr sus objetivos de NDC³².

3. CAUSAS Y MOTIVOS QUE SE INDICAN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA PARA ADOPTAR UNA LMCC

¿Qué causa o motivo se ha esgrimido para adoptar una LMCC? La pregunta anterior no tiene una respuesta unívoca y en el ámbito de legislación comparada es posible encontrar múltiples causas o motivos para adoptar una LMCC. Con todo, de una revisión de legislación y proyectos de ley comparados se advierte que el común denominador es establecer obligaciones vinculantes, por sobre instrumentos con contenido programático y de principios que suelen encontrar su fuerza normativa en la voluntad de los sujetos que deciden cumplirlos.

Así, una de las primeras causas que se aprecia para adoptar una LMCC o presentar un proyecto de ley sobre la materia se encuentra en la necesidad imperante de contrarrestar vulnerabilidad de los países a raíz del impacto del cambio climático. En este sentido, un ejemplo sumamente notorio es el caso de Micronesia³³. La vulnerabilidad de dicho país insular es también una de las principales causas sostenidas por países como Indonesia³⁴, Brasil³⁵ y Japón³⁶, entre otros. Ciertamente la LMCC chilena hará referencia a la vulnerabilidad, igualmente.

³¹ Véase MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2017).

³² IEA (2018).

³³ Véase Federated States of Micronesia Climate Change Law. Más información sobre la vulnerabilidad de este país al cambio climático puede ser consultado en UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (2011).

³⁴ *Presidential Regulation of the Republic of Indonesia N° 61*, 2011.

³⁵ Ley n.º 12187 de Brasil.

³⁶ *Act on Promotion of Global Countermeasures*, de Japón.

Desde una perspectiva bastante novedosa y propositiva, es posible advertir que países en vías de desarrollo como Perú³⁷ y Guatemala³⁸, como también países desarrollados como en el caso del Reino Unido³⁹, entre otros, han planteado adoptar una LMCC como una oportunidad para rediseñar la economía acorde con el concepto de desarrollo sustentable y así reducir, sustantivamente, el consumo de carbono.

Otra de las causas recurrentes para presentar un proyecto de ley sobre cambio climático o adoptar una LMCC es la reducción de las emisiones de GEI como parte de una obligación de carácter global, puesto que es parte de una responsabilidad de todos los países del mundo. Esta es la razón por la cual es posible encontrar LMCC en países con una baja emisión de GEI. A modo de ejemplo, países como Nueva Zelanda⁴⁰ esgrimen esta causa como una de las motivaciones para haber adoptado una LMCC.

Finalmente, otra de las causas recurrentemente contenidas en las LMCC, es la de buscar evitar mayores costos en el futuro por la omisión de hacerse cargo de los impactos del cambio climático en el presente. En efecto, algunos países han entendido que adoptar una LMCC que enfrente los impactos del fenómeno en cuestión permitirá evitar los mayores costos que significaría actuar solamente en el futuro. Este es el caso de países como Brasil y México⁴¹.

Luego, ¿cuál es el contenido relevante de una LMCC? O, dicho de otra manera, ¿qué temas debe abordar o tratar una LMCC? La pregunta anterior no es baladí y la LMCC que el gobierno presente al Poder Legislativo deberá abordar uno o más de dichos temas. De una revisión comparada de las LMCC de otros países, como también de los proyectos de ley sobre la materia elaborados por otros países, es posible advertir que no todas las legislaciones abordan el mismo contenido y que este varía de país en país. En este sentido, encontramos como principales temas:

- i) las normas que regulan las medidas de mitigación;
- ii) las normas que crean una institucionalidad de cambio climático
- y
- iii) las normas que abordan medidas de adaptación y otros contenidos.

³⁷ Ley n.º 30754 de Perú.

³⁸ Decreto n.º 7-2013 de Guatemala.

³⁹ *Climate Change Act 2008*, de Reino Unido.

⁴⁰ *Climate Change Response Act 2002*, de Nueva Zelanda.

⁴¹ Ley General de Cambio Climático, de México.

4. LA REGULACIÓN DE LA MITIGACIÓN DE LOS GEI EN LEGISLACIONES COMPARADAS

En relación con el apartado precedente, las normas que regulan las medidas de mitigaciones de los GEI tienden a establecer marcos jurídicos con el objetivo de cumplir las obligaciones internacionales contraídas como consecuencia de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio climático, el Acuerdo de París y el Protocolo de Kyoto.

La experiencia comparada nos permite analizar qué tipo de regulaciones y estrategias podría adoptar el gobierno en su proyecto de LMCC.

En este sentido, la ley de Japón contempla un plan de control sobre las emisiones de GEI. En este sentido, la ley nipona contempla un plan para cumplir con los objetivos del Protocolo de Kyoto⁴², que debe otorgar una orientación básica de modo de promover medidas contra el calentamiento global, los objetivos de emisión de GEI y las medidas necesarias para dar cumplimiento a dichas metas⁴³.

A su turno, la Ley de Colombia contempla un enfoque de mitigar los GEI mediante una importante promoción de las energías renovables y de eficiencia energética. En ese sentido, se señala en dicha ley que las autoridades públicas tendrán

“en cuenta en la formulación de sus planes de desarrollo nacional, departamentales, distritales y municipales las disposiciones para la promoción de las fuentes no convencionales de energía renovable y de eficiencia energética, incluidas en la ley 1715 de 2014 como una de las herramientas para la mitigación de gases de efecto invernadero en la gestión del cambio climático”⁴⁴.

Además, la ley colombiana establece que, ante la CMNUCC, diversas autoridades presentarán los compromisos para reducir los GEI, lograr la adaptación de su territorio y desarrollar medios de implementación, cuyas contribuciones nacionales deberán representar un aumento con respecto a la meta anterior, conforme a lo establecido bajo la CMNUCC⁴⁵. Finalmente, esta ley establece la posibilidad de crearse un régimen de incentivos dirigidos a personas naturales o jurídicas, públicas, privadas o mixtas, que realicen acciones concretas de adaptación y mitigación al cambio climático⁴⁶.

⁴² *Act on Promotion of Global Countermeasures*, cap. 2.

⁴³ *Op. cit.*, art. 8.

⁴⁴ Ley n.º 1931, artículo 12, de Colombia.

⁴⁵ *Op. cit.*, art. 15.

⁴⁶ *Op. cit.*, art. 34.

También es relevante el ejemplo contenido en la Ley de Respuesta al Cambio Climático de Nueva Zelanda⁴⁷, cuya meta es disponer de un marco jurídico que propenda al cumplimiento de aquellas obligaciones contraídas en virtud de la CMNUCC y el Protocolo de Kyoto. En este sentido y en relación con la reducción de emisión de GEI, esta ley contempla su comercialización mediante un registro de participaciones y transferencias de las unidades de emisiones⁴⁸. El mercado y su funcionamiento está detalladamente descrito, ya que contempla aspectos como el monitoreo de las emisiones⁴⁹, la adjudicación de las unidades de carbono⁵⁰ y los participantes de dicho mercado⁵¹.

Igualmente, la referida ley incluye mecanismos disuasivos en la emisión de GEI, toda vez que contempla capítulos referidos a delitos y sanciones en caso de incumplimientos a dicha normativa⁵². A mayor abundamiento, contempla delitos y sanciones relativos a obligaciones concernientes a la entrega de información requerida por la autoridad competente⁵³, en tanto no puede omitirse su entrega, ni tampoco engañarse a la autoridad proveyendo información falsa⁵⁴.

Adicionalmente, la ley neozelandesa sobre la materia prescribe regulaciones específicas para ciertos sectores de la economía, tales como el de combustibles fósiles líquidos⁵⁵, energético⁵⁶, entre otros, como también un apartado de gravámenes respecto de la emisión de GEI sintéticos⁵⁷.

Similarmente a la legislación neozelandesa, la ley de Indonesia establece el Plan de Acción para Reducir las Emisiones de Gases de Efecto Invernadero⁵⁸, cuyo objetivo es reducir la emisión de GEI mediante adopción de actividades que tiendan a esto⁵⁹, focalizándose en diversos sectores de la economía como: el energético, forestal, agrícola, industria, entre otros⁶⁰.

Por su parte, la litigación brasileña también contempla políticas de mitigación de GEI conforme a distintas estrategias. En efecto, la ley de Brasil

⁴⁷ *Climate Change Response Act 2002*.

⁴⁸ *Op. cit.*, part 2, subpart 2.

⁴⁹ *Op. cit.*, art. 62.

⁵⁰ *Op. cit.*, art. 68.

⁵¹ *Op. cit.*, art. 54.

⁵² *Op. cit.*, art. 46 a 48A; parte 4, subparte 4 y parte 7, subparte 3.

⁵³ *Op. cit.*, art. 46.

⁵⁴ *Op. cit.*, art. 50.

⁵⁵ *Op. cit.*, art. 198.

⁵⁶ *Op. cit.*, art. 204.

⁵⁷ *Op. cit.*, part. 7.

⁵⁸ *Presidential Regulation of the Republic of Indonesia* N° 61, 2011.

⁵⁹ *Op. cit.*, art. 1.

⁶⁰ *Op. cit.*, art. 2.

sobre el particular establece como meta la reducción de emisiones provenientes de diversas fuentes de emisiones, como también promover su absorción por parte de los sumideros⁶¹. A mayor abundamiento, para cumplir el objetivo anterior, esta ley establece la utilización de instrumentos económicos, como también se establece la creación de un mercado de carbono⁶². Además, con el objetivo de establecer mayores incentivos para los particulares en el cumplimiento de los referidos objetivos, esta ley contempla el establecimiento de medidas de orden fiscal y tributario, incluyendo exenciones, compensaciones y variados incentivos a ser determinados en distintas leyes⁶³.

Otro aspecto sumamente relevante de la ley brasileña es que contempla objetivos de reducción de GEI para 2020⁶⁴. Sin perjuicio de tratarse de compromisos voluntarios, establecer metas que sean cuantificables es destacable, puesto que facilita la evacuación objetiva de los resultados que se analicen.

A su vez, México también dispone de una legislación con normas que regulan la mitigación de GEI. En efecto, al igual que en el caso brasileño, la ley mexicana contempla utilización de instrumentos económicos para lograr el objetivo de mitigar los GEI⁶⁵, pero no contempla la creación de mercados de carbono.

A mayor abundamiento, si bien no se define cuáles sectores de la economía pueden ser regulados para estos efectos⁶⁶, sí se contempla un plan de otorgamiento de “estímulos fiscales” para aquellas actividades que se relacionen con la “investigación, incorporación o utilización” de aquellas tecnologías y equipos que logren evitar, reducir o controlar las emisiones, como también para aquellas actividades relacionadas con la investigación e incorporación de sistemas que sean eficientes en materia energéticas y, en general, para todas actividades que se relacionen con la adaptación al cambio climático y la mitigación de emisiones⁶⁷.

Además, la legislación mexicana establece, al igual que Brasil, objetivos de reducción de GEI que permiten realizar un análisis objetivo del cumplimiento de las metas⁶⁸.

⁶¹ Ley n.º 1187, art. 4.II y 4.IV.

⁶² Ley n.º 12.187, art. 4.VIII y art. 9.

⁶³ *Op. cit.*, art. 6.VI.

⁶⁴ *Op. cit.*, art. 12.

⁶⁵ Ley General de Cambio Climático, cap. IX.

⁶⁶ *Op. cit.*, art. 31.

⁶⁷ *Op. cit.*, art. 93.

⁶⁸ *Op. cit.*, art. transitorio.

Al igual que los casos de Brasil y México, el Reino Unido también cuenta con los objetivos de reducción de GEI legalmente establecidos⁶⁹. Igualmente, la legislación británica contempla la creación de mercados de carbono⁷⁰. Además, esta ley establece la creación de un presupuesto de carbono, entendido como aquella cantidad total de carbono que puede emitirse durante un determinado periodo, procurando que no se exceda el referido presupuesto para el periodo específico⁷¹. Adicionalmente, dicha ley también contempla la figura de otorgar incentivos económicos de manera de lograr el objetivo de cumplir con los objetivos de reducción de emisión de GEI. En este sentido, contempla la creación de un esquema de reducción de producción de basura mediante incentivos económicos⁷².

A su turno, Guatemala también cuenta con una ley que contiene normas de mitigación de GEI, considerando instrumentos económicos y la creación de un mercado de carbono⁷³. Además, en Guatemala se incorporó una innovación consistente en que en los procesos de inversión pública en el ámbito sectorial, público y territorial, debe velarse por el cumplimiento de los objetivos de la LMCC guatemalteca⁷⁴. Igualmente, esta ley contempla adoptar un nuevo plan nacional de energía que busca promover tecnologías que sean más eficientes en su producción, el ahorro energético y la disminución de GEI.

También destaca en esta ley que contempla un sistema de compensación de emisiones, en virtud del cual el emisor de GEI debe desarrollar proyectos y actividades que absorban o reduzcan las emisiones que provengan de quema de combustibles fósiles, en la medida que dichas emisiones sean superiores a las que se producirían si fuere por quema de combustibles no fósiles⁷⁵. Igualmente, esta ley contempla la creación de programas de incentivos que fomenten la absorción o reducción de emisiones de GEI⁷⁶. A mayor abundamiento, esta ley establece que debe proponerse una normativa que determine un programa de incentivos fiscales y subsidios que esté enfocado en el uso de energías limpias para el transporte público y privado⁷⁷.

Finalmente, Perú cuenta con una legislación que también regula la mitigación de GEI. Sobre el particular, se contempla la promoción de in-

⁶⁹ *Climate Change Act 2008*, de Reino Unido, art. 1.

⁷⁰ *Op. cit.*, parte 3.

⁷¹ *Op. cit.*, art. 4.

⁷² *Op. cit.*, Anexo 2 A.

⁷³ Decreto n.º 7-2013, art. 22.

⁷⁴ *Op. cit.*, art. 10.

⁷⁵ *Op. cit.*, art. 19.

⁷⁶ *Op. cit.*, art. 19.

⁷⁷ *Op. cit.*, art. 21.

vestigación científica y desarrollo tecnológico para mitigar y adaptarse al cambio climático, teniendo en cuenta los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas u originarios, estableciéndolo como una responsabilidad del Ministerio del Ambiente⁷⁸, lo cual es replicado igualmente para las autoridades sectoriales⁷⁹.

5. LA INSTITUCIONALIDAD DE CAMBIO CLIMÁTICO EN LEGISLACIONES COMPARADAS

De la revisión de la legislación comparada sobre cambio climático, es posible advertir que la mayoría contemplan como presupuesto básico la creación de algún tipo de institucionalidad o facultan a autoridades existentes con determinadas potestades sobre la materia.

A mayor abundamiento, en Japón se establece que el monitoreo de las concentraciones de GEI en la atmósfera y las medidas para reducirlos son resorte del gobierno nacional⁸⁰, aunque también se establece que los gobiernos locales son responsables⁸¹.

Por su parte, en Colombia se crearon múltiples instituciones y sistemas a partir de la ley de cambio climático colombiana. En efecto, dicha ley establece el Sistema Nacional de Cambio Climático (SISCLIMA) que es el conjunto de políticas, estrategias y mecanismos para enfrentar el cambio climático y mitigar los GEI⁸², cuya coordinación estará a cargo de la Comisión Intersectorial de Cambio Climático (CICC) y la regional a cargo de los Nodos de cambio climático de cada una de las regiones que regula un decreto de dicho país⁸³.

Igualmente, esta ley crea el Consejo Nacional de Cambio Climático como órgano permanente de consulta de la CICC. El objetivo de dicho Consejo es asesorar en toma de decisiones a la CICC. Particularmente participativo resultó dicho Consejo, toda vez que se establece que estará integrado, por entre otros, dos representantes de la academia, dos representantes gremiales y dos representantes de organizaciones no gubernamentales relacionadas con asuntos atinentes al cambio climático⁸⁴. Además, se estable-

⁷⁸ Ley n.º 30754 de Perú, art. 6.6.

⁷⁹ *Op. cit.*, art. 7.5.

⁸⁰ *Act on Promotion of Global Countermeasures*, art. 3.

⁸¹ *Op. cit.*, art. 4.

⁸² Ley n.º 1931 de Colombia, art. 4.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Op. cit.*, art. 5.

cen papeles de las distintas autoridades administrativas en la materia, como en el caso de los ministerios que son parte del SISCLIMA⁸⁵, autoridades departamentales⁸⁶, autoridades municipales y distritales⁸⁷, y las autoridades ambientales regionales⁸⁸.

A su turno, en Nueva Zelanda, se establece que el ministro de Hacienda pueda gestionar las unidades de emisiones de GEI de dicho país conforme al Protocolo de Kyoto, facultándolo a comercializar dichas emisiones en el mercado internacional⁸⁹. Además, se contempla un registro de participaciones y transferencias de las unidades de emisiones de GEI⁹⁰.

A mayor abundamiento, la ley neozelandesa dispone una agencia nacional de inventario que registre y reporte la información relativa a las emisiones de GEI⁹¹. Dicha agencia cuenta con inspectores con diversas facultades, tales como poder ingresar a los terrenos o establecimientos de personas naturales y jurídicas con el objeto de recabar información necesaria para estimar las emisiones⁹².

En Brasil, la ley dispone la creación de una comisión interministerial de cambio global del clima⁹³ y un comité interministerial de cambio climático⁹⁴. Por su parte, en Indonesia, se contempla que sean las autoridades máximas de cada sector quienes tendrán la responsabilidad del cumplimiento del Plan de Acción para Reducir las Emisiones de Gases de Efecto Invernadero⁹⁵.

En México se establece una comisión intersecretarial de cambio climático⁹⁶ y un consejo de cambio climático⁹⁷. Además, se crea el Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC) como un organismo público descentralizado de la administración pública federal, cuyo objetivo es coordinar y realizar estudios en materia de cambio climático, brindar apoyo técnico y científico a otras autoridades, evaluar el cumplimiento de objetivos de adaptación y mitigación de GEI previstos en la ley, entre otros⁹⁸.

⁸⁵ Ley n.º 1931 de Colombia, art. 7.

⁸⁶ *Op. cit.*, art. 8.

⁸⁷ *Op. cit.*, art. 9.

⁸⁸ *Op. cit.*, art. 10.

⁸⁹ *Climate Change Response Act 2002*, part 2, subpart 1, Nueva Zelanda.

⁹⁰ *Op. cit.*, subpart 2, Nueva Zelanda.

⁹¹ *Op. cit.*, part 3, Nueva Zelanda.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Ley n.º 12187, art. 7.II, de Brasil.

⁹⁴ *Op. cit.*, art. 7. I, de Brasil.

⁹⁵ *Presidential Regulation of the Republic of Indonesia* n.º 61, 2011, Indonesia.

⁹⁶ Ley General de Cambio Climático, art. 45, México.

⁹⁷ *Op. cit.*, art. 51, México.

⁹⁸ *Op. cit.*, arts. 13 y 15.

Además, se crea la Coordinación de Evaluación, integrada por el titular del INECC y seis consejeros sociales que representen la comunidad científica, académica, técnica e industrial⁹⁹.

A su vez, en Guatemala se establece un consejo nacional de cambio climático¹⁰⁰, el cual se integra, al igual que en el caso colombiano, con representantes del sector académico y social, entre otros. Se contempla un trabajo coordinado y conjunto entre las autoridades máximas del gobierno guatemalteco, siendo las medidas de mitigación diseñadas por el Consejo referido y por la Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia (SEGEPLAN), la cual tiene a su cargo que se cumplan los objetivos con respecto a la ley de cambio climático guatemalteca en los procesos de inversión pública en el ámbito sectorial, público y territorial¹⁰¹. A mayor abundamiento, esta ley contempla la adopción de un plan nacional de energía diseñado por el Ministerio de Energía y Minas, en coordinación con la SEGEPLAN y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, abordándose asuntos relativos a la producción y consumo de energía basado en aprovechar recursos naturales renovables, reducción de emisión de GEI, entre otros¹⁰².

En Reino Unido, por su parte, se establece un Comité sobre el Cambio climático, entre cuyas funciones se encuentra la de asesorar al Secretario de Estado en el cumplimiento de las metas establecidas para el año 2050¹⁰³, como también en relación a los presupuestos de carbono¹⁰⁴. Asimismo, este Comité debe presentar al Parlamento británico un reporte anual en relación al progreso realizado con respecto a los presupuestos de carbono y los cumplimientos de metas de reducción de emisión de GEI¹⁰⁵.

Finalmente, en Perú se establece que es el Ministerio del Ambiente la autoridad nacional en materia de cambio climático, encargada de coordinar, articular, dirigir, diseñar, implementar, monitorear, evaluar y rediseñar las políticas públicas en materia de cambio climático, debiendo informar anualmente ante el pleno del Congreso sobre el progreso del cumplimiento de las metas de adaptación y mitigación¹⁰⁶. Además, en el ámbito sectorial, se establece que los demás ministerios y sus organismos adscritos también cuentan con una serie de responsabilidades en esta materia, debiendo repor-

⁹⁹ Ley General de Cambio Climático, art. 23.

¹⁰⁰ Decreto n.º 07-2013, cap. 3, art. 8.

¹⁰¹ Decreto N° 07-2013, art. 10.

¹⁰² *Op. cit.*, art. 18.

¹⁰³ *Climate Change Act 2008*, part 2, art. 32-33.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, art. 34.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, art. 36.

¹⁰⁶ Ley n.º 30754, art. 6, Perú.

tar al Ministerio del Ambiente¹⁰⁷. También se contemplan responsabilidades para las autoridades regionales y locales¹⁰⁸.

Adicionalmente, se crea la Comisión Nacional sobre el Cambio Climático, la cual sirve de vínculo entre las autoridades públicas y la sociedad civil de manera de analizar el cumplimiento de los objetivos de esta ley, permitiéndose la participación de personas que representen comunidades, el área académica, entre otros¹⁰⁹.

6. LAS MEDIDAS DE ADAPTACIÓN EN LEGISLACIONES COMPARADAS

Estas medidas están presentes en las legislaciones comparadas en distintos niveles, incluyendo no solamente a autoridades, sino, también, a la sociedad civil.

A mayor abundamiento, la legislación sobre la materia en el Reino Unido contempla un informe sobre el impacto del cambio climático, el cual debe presentarse al Parlamento británico por parte del secretario de Estado cada cinco años, indicándose los riesgos existentes y el impacto probable del cambio climático¹¹⁰. Dicho informe es preparado por el secretario de Estado con la asesoría del Comité sobre Cambio Climático¹¹¹. Además, el secretario de Estado debe presentar programas de adaptación al cambio climático señalando objetivos, propuestas y políticas para lograr dichos objetivos y las etapas para aplicar dichas propuestas y políticas¹¹².

Por su parte en Colombia, el SISCLIMA se aplica para gestionar no solamente la mitigación de GEI, sino, también, la adaptación al cambio climático¹¹³. A mayor abundamiento, se establece que los responsables de la adaptación de los respectivos territorios al cambio climático en Colombia son no solamente los ministerios que forman parte del SISCLIMA, sino que, también, lo son los departamentos, municipios, distritos, corporaciones autónomas regionales y parques nacionales naturales¹¹⁴.

Además, la identificación de las medidas de adaptación se contempla como parte de la labor de la autoridad en distintos niveles. En efecto, existen los planes integrales de gestión del cambio climático, que son aquellos

¹⁰⁷ Ley n.º 30754, art. 7, Perú.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, art. 8.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, art. 10.

¹¹⁰ *Climate Change Act 2008*, art. 56.

¹¹¹ *Op. cit.*, art. 57.

¹¹² *Op. cit.*, art. 58.

¹¹³ Ley n.º 1931 de Colombia, art. 4.

¹¹⁴ *Op. cit.*, art. 6.

instrumentos en virtud de los cuales cada Ministerio identificará, evaluará y orientará la incorporación de medidas de mitigación de GEI y de adaptación al cambio climático¹¹⁵. Similar a lo anterior, los planes integrales de gestión del cambio climático territoriales en un nivel de gobernaciones y autoridades ambientales regionales¹¹⁶. Por último, en relación con instrumentos financieros, se establece que aquellos recursos generados por el Estado que provengan de la subasta de los cupos transables de emisión de GEI se destinarán para iniciativas de reducción de emisiones de GEI y adaptación al cambio climático¹¹⁷.

A su vez, en México, la responsabilidad de adoptar medidas respecto de la adaptación al cambio climático recae en la federación, entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios¹¹⁸. A mayor abundamiento, se establece una extensa lista de atribuciones de la federación, las entidades federativas y los municipios, muchas de ellas relacionadas con la adaptación al cambio climático¹¹⁹. Con todo, es deber del INECC evaluar el cumplimiento de los objetivos de adaptación y mitigación previstos en la ley mexicana, como también emitir recomendaciones sobre las políticas y acciones de mitigación y adaptación al cambio climático¹²⁰.

La ley mexicana que se comenta cuenta con un capítulo dedicado a la adaptación, contemplándose objetivos¹²¹; ámbitos de aplicación de las acciones para la adaptación al cambio climático¹²²; un listado de acciones de adaptación incluyéndose la determinación de la vocación natural del suelo, programas hídricos de cuencas hidrológicas, elaboración de un atlas de riesgo, protección de zonas inundables y zonas áridas, entre otros¹²³. Adicionalmente, la ley comentada contempla el otorgamiento de estímulos fiscales para actividades relacionadas con la adaptación al cambio climático y la mitigación de emisiones¹²⁴.

En Perú, por su parte, se establece que el Estado adopta medidas de adaptación al cambio climático con la finalidad de priorizar un uso eficiente del agua en las actividades industriales y mineras, el ordenamiento territorial

¹¹⁵ Ley n.º 1931 de Colombia, art. 17.

¹¹⁶ *Op. cit.*, art. 18.

¹¹⁷ *Op. cit.*, art. 33.

¹¹⁸ Ley Marco de Cambio Climático de México, art. 5.

¹¹⁹ *Op. cit.*, arts. 7-9.

¹²⁰ *Op. cit.*, art. 15.

¹²¹ *Op. cit.*, art. 27.

¹²² *Op. cit.*, art. 28.

¹²³ *Op. cit.*, art. 29.

¹²⁴ *Op. cit.*, art. 93.

y ambiental, el desarrollo de ciudades sostenibles, entre otras prioridades¹²⁵. El Ministerio del Ambiente debe presentar al Congreso un informe anual con el progreso de cumplimiento de las metas de adaptación al cambio climático y mitigación, como también desarrollar recomendaciones y aportes a las autoridades competentes para asegurar el cumplimiento de las metas¹²⁶.

Las autoridades sectoriales y locales deben reportar al Ministerio del Ambiente sobre la ejecución de las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático, así como incorporar dichas medidas en sus planificaciones¹²⁷. Además, la Comisión de Alto Nivel de Cambio Climático propone las medidas de adaptación y mitigación al cambio climático, como también emite un informe técnico que se presenta ante la CMNUCC¹²⁸. Adicionalmente, se contempla que el sector privado, la sociedad civil y los pueblos indígenas u originarios recomienden acciones de adaptación y mitigación al cambio climático¹²⁹.

Finalmente, existen múltiples principios recogidos en las legislaciones comparadas que van delineando la implementación de estrategias y adopción de políticas para mitigar las emisiones de GEI y procurar la adaptación al cambio climático. En este sentido, destacan principios tales como el principio de prevención¹³⁰, en virtud del cual existiendo amenaza de un daño grave o irreversible, la falta total de certidumbre científica no podrá utilizarse como argumento para posponer medidas de mitigación y adaptación para enfrentar los efectos del cambio climático; el principio de participación ciudadana para formular, ejecutar, monitorear y evaluar las políticas de cambio climático¹³¹; y el principio de transparencia de manera de mejorar el escrutinio público sobre las políticas adoptadas en la materia y concientizar a la población¹³²; entre otros principios.

¹²⁵ Ley n.º 30754 de Perú, art. 15.

¹²⁶ *Op. cit.*, art. 6.

¹²⁷ *Op. cit.*, arts. 7 y 8.

¹²⁸ *Op. cit.*, art. 10.

¹²⁹ *Op. cit.*, art. 11.

¹³⁰ *Op. cit.*, art. 2.8.; Ley Marco de Cambio Climático de México, art. 26 III; Ley n.º 1931 de Colombia, art. 2.

¹³¹ Ley Marco de Cambio Climático de México, art. 26 VII; Ley n.º 30754 de Perú, art. 2.6; Ley n.º 12187 de Brasil, art. 3.

¹³² Ley n.º 30754 de Perú, art. 2.5; Ley Marco de Cambio Climático de México, art. 26 X.

7. ALGUNAS OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE LA LEY PERUANA

La ley peruana de cambio climático tiene una interesante elaboración doctrinario-teórica sobre cambio climático que puede servir para la reflexión en Chile y en otras jurisdicciones.

Primero, es interesante la forma en que sitúa y contextualiza los objetivos de la ley. La finalidad de la ley peruana es establecer los principios, enfoques y disposiciones generales para coordinar, articular, diseñar, ejecutar, reportar, monitorear, evaluar y difundir las políticas públicas para la gestión integral, participativa y transparente de las medidas de adaptación y mitigación al cambio climático, a fin de reducir la vulnerabilidad del país al cambio climático, aprovechar las oportunidades del crecimiento bajo en carbono y cumplir con los compromisos internacionales asumidos por el Estado ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, con enfoque intergeneracional.

La ley peruana explicita un número de principios que debieran ordenar la interpretación de las normas de la ley y que constituyen de hecho en el marco teórico e ideológico de la ley:

- a) PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN. El Estado diseña e integra medidas de mitigación y adaptación al cambio climático a los instrumentos de planificación y prospectiva del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y proyectos de inversión pública del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.
- b) PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD. La intervención del Estado frente al cambio climático es transversal y multinivel. Es planificada con intervención de los distintos sectores y actores, incorporando una visión integral y promoviendo el involucramiento del sector privado, la sociedad civil y pueblos indígenas u originarios, a fin de ofrecer respuestas multidimensionales y articuladas.
- c) PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD. Las competencias y funciones que tengan las entidades públicas en cada nivel de gobierno en materia de cambio climático se articulan para una prestación de servicios más eficiente y cercana al ciudadano.
- d) PRINCIPIO DE RENDICIÓN DE CUENTAS. Las autoridades competentes en la gestión integral del cambio climático, y las entidades públicas y privadas que administran recursos financieros para la adaptación y mitigación del cambio climático rinden cuentas ante los órganos públicos de control horizontal y la ciudadanía, publicando los resultados de dichas rendiciones en su portal web.
- e) PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. El Estado tiene el deber de poner a disposición toda información de carácter público relacionada con el

cambio climático, respetando el derecho de toda persona de acceder adecuada y oportunamente a dicha información sin necesidad de invocar justificación o interés que motive tal requerimiento, reduciendo las asimetrías de información. El Estado rinde cuentas de su gestión con arreglo a las normas sobre la materia e investiga toda actividad ilegal, publicando sus resultados, salvo las excepciones que establece la ley de la materia.

- f) PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN. Toda persona tiene el derecho y deber de participar responsablemente en los procesos de toma de decisiones de la gestión integral del cambio climático que se adopten en cada uno de los niveles de gobierno. Para tal efecto, el Estado garantiza una participación oportuna y efectiva, considerando los enfoques de interculturalidad y género.
- g) PRINCIPIO DE GOBERNANZA CLIMÁTICA. Los procesos y políticas públicas de adaptación y mitigación al cambio climático se construyen de manera tal que sea posible la participación efectiva de todos los actores públicos y privados en la toma de decisiones, el manejo de conflictos y la construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades, metas y objetivos claramente definidos en todos los niveles de gobierno.
- h) PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. El Estado promueve políticas y acciones orientadas a prevenir, vigilar y evitar los impactos y riesgos del cambio climático. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación y adaptación que correspondan, a fin de garantizar la salud y vida de las personas, así como la protección del ambiente.

De la misma forma, la ley peruana contiene una sección de enfoques para la gestión integral del cambio climático que es particularmente interesante por su objetivo teleológico:

- a) MITIGACIÓN Y ADAPTACIÓN BASADA EN CONOCIMIENTOS TRADICIONALES. Recupera, valoriza y utiliza los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas u originarios y su visión de desarrollo armónico con la naturaleza, en el diseño de las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático, garantizando la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de los mismos.
- b) MITIGACIÓN Y ADAPTACIÓN BASADA EN CUENCAS HIDROGRÁFICAS. Protege, restaura y gestiona sosteniblemente el ciclo hidrológico y los sistemas hídricos existentes en las cuencas hidrográficas del Pacífico, Atlántico y Titicaca, a través de una gestión y ordenamiento del territorio que prevea su vulnerabilidad ante los efectos del cambio climático, y que garantice el derecho al agua.

- c) MITIGACIÓN Y ADAPTACIÓN BASADA EN ECOSISTEMAS. Identifica e implementa acciones para la protección, manejo, conservación y restauración de ecosistemas, particularmente, de los ecosistemas frágiles, como los glaciares y ecosistemas de montaña; los ecosistemas marino costeros; y las áreas naturales protegidas, a fin de asegurar que estos continúen prestando servicios ecosistémicos.
- d) MITIGACIÓN Y ADAPTACIÓN BASADA EN LA CONSERVACIÓN DE RESERVAS DE CARBONO. Promueve la participación de las comunidades locales y pueblos indígenas u originarios en la protección, conservación y manejo sostenible de los bosques por constituir importantes reservas de carbono, así como recuperar las áreas deforestadas en todo el territorio nacional, a fin de incrementar las áreas destinadas a dichas reservas.
- e) MITIGACIÓN Y ADAPTACIÓN BASADA EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL. Incorpora la mitigación y adaptación en la planificación territorial a escala regional y local. Asimismo, diseña y adapta la infraestructura y edificaciones según su nivel de exposición y vulnerabilidad ante eventos climáticos extremos, promoviendo procesos constructivos sostenibles, desarrollo de capacidades técnicas y profesionales, innovación tecnológica y la incorporación de tecnologías locales, para la construcción de ciudades sostenibles, resilientes y ambientalmente seguras.
- f) ENFOQUE INTERGENERACIONAL. Las decisiones y acciones tomadas por las generaciones actuales garantizan que las futuras generaciones puedan tener derecho a vidas seguras y saludables en un entorno ambiental sostenible de no menor calidad al de la generación actual.
- g) ENFOQUE INTERCULTURAL. Dialoga, valora e incorpora las diferentes visiones culturales y conocimientos ancestrales, concepciones de bienestar y desarrollo de los pueblos indígenas y afroperuanos estrechamente relacionados a su identidad.
- h) ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS. Diseña, ejecuta, monitorea y evalúa las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático, considerando su impacto en los derechos humanos, particularmente, de las mujeres, niños, pueblos indígenas u originarios, y otros grupos humanos vulnerables.
- i) ENFOQUE DE IGUALDAD. Las entidades públicas tienen la responsabilidad de llevar a cabo las acciones necesarias para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres, desarrollando políticas que contrarresten las situaciones negativas que ignoran la presencia de la mujer en las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático, priorizando sus intereses y necesidades, y considerando los daños diferenciados.

- j) **DESARROLLO BAJO EN CARBONO.** La gestión integral del cambio climático está orientada a desligar el crecimiento de las emisiones de gases efecto invernadero del crecimiento económico, dando cumplimiento a los estándares mundiales de competitividad y desempeño ambiental.
- k) **GESTIÓN DE RIESGOS CLIMÁTICOS.** Incorpora el enfoque de riesgos climáticos en la formulación de proyectos de inversión, así como la variable de riesgos de desastres, resiliencia y vulnerabilidad al cambio climático en los instrumentos de planificación territorial de las regiones, a fin de contar con una gestión preventiva y planificada ante los impactos y riesgos del cambio climático.

8. ¿CUÁL DEBIERA SER EL CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY DE CAMBIO CLIMÁTICO CHILENO?

La respuesta a esta pregunta es compleja, delicada y abierta a diferentes aproximaciones. En Chile se ha abierto una discusión interesante que incorpora a todos los actores como, por ejemplo, el sector público, el sector empresarial, la sociedad civil organizada, los ciudadanos, las organizaciones internacionales y la academia¹³³.

En virtud del análisis de las secciones anteriores, es posible concluir, a nuestro juicio, que el proyecto de ley de cambio climático chileno debiera contener medidas que aborden

- i) la institucionalidad;
- ii) la mitigación de emisión de GEI; y
- iii) la adaptación al cambio climático.

Con respecto a la institucionalidad creada por las LMCC en el ámbito comparado, nuestro entender es que en el ámbito nacional debiéramos encontrar una normativa que determine, entre otras cosas, lo siguiente:

- i) una autoridad máxima a cargo de velar por el cumplimiento de objetivos y progreso en las estrategias y políticas de cambio climático

¹³³ Por ejemplo, al consultar esta interrogante al abogado especialista y director ejecutivo de FIMA, Ezio Costa, indicó que entre las materias que debiera contemplar una ley de cambio climático para Chile debiera: tener procedimiento para creación de medidas de mitigación y adaptación, la obligación de cumplir con los compromisos que se formulan en el marco del UNFCCC, un sistema de gobernanza que asegure participación, idealmente medidas concretas como la prohibición de centrales termoelectricas a carbón desde 2030, la obligación de evaluar variables de cambio climático en el SEIA y en los AGIES de las normas y planes, facultades o incentivos para los gobiernos locales, una idea de qué hacer con los riesgos, acabar con los beneficios al diésel, establecer beneficios al transporte eléctrico. Además, podría tener nuevos impuestos al carbono, y podría tener normas de etiquetado con huella de carbono.

- adoptadas. Dicha autoridad podría ser desde el Ministerio del Medio Ambiente, hasta un nuevo Ministerio o, distintamente, una autoridad cuyo órgano máximo sea colegiado y no dependa necesariamente de la mera confianza del Ejecutivo, en atención a que enfrentar el cambio climático es una lucha de largo aliento y, por ende, una que debe darse de manera cohesionada por la sociedad civil y política;
- ii) una autoridad encargada de presentar anualmente al Congreso informes sobre el progreso y cumplimiento de metas establecidas en el proyecto de ley sobre cambio climático, de modo de generar un escrutinio permanente por quienes representan la voluntad de la sociedad y
 - iii) relacionado con el punto i) anterior aunque no necesariamente estableciendo un papel de autoridad máxima, sería interesante y provechoso disponer la creación de un comité o asamblea permanente que se integre por representantes de la academia, gremios, empresarios, etc. para abordar de manera constante las temáticas que surgen a raíz del cambio climático.

Todo lo anterior resulta de suma relevancia en atención a que las problemáticas originadas por el cambio climático deben ser enfrentadas no por la autoridad de turno, sino que a través de una política de Estado que incluya a la sociedad civil, toda vez que es imposible generar cambios sustanciales sin comprometer y concientizar a los privados.

A su vez, en lo que respecta a la mitigación de los GEI, podrían incorporarse metas u objetivos de reducción de emisión de GEI, como en el caso de Brasil, México y Reino Unido. Sin embargo, de la experiencia comparada, aparece como evidente que dichos compromisos resultan difusos y difíciles de cumplir, en atención a una multiplicidad de factores que inciden en la evolución del cumplimiento de los mismos, tales como: crisis económicas; crisis sociales; etcétera.

No obstante lo expuesto, parece sumamente razonable que, a la luz de la legislación comparada, el proyecto de LMCC chileno contemple el otorgamiento de beneficios fiscales a quienes de alguna manera cumplan con reducir la mitigación de GEI. En este sentido, un aspecto importante sería crear un registro de personas naturales o jurídicas que demuestren haber reducido la emisión anual de GEI y con ello acceder a una reducción de su carga impositiva o personas naturales o jurídicas que acrediten la inversión en nuevas tecnologías o estudios que versen sobre producción que disminuya los GEI.

Asimismo, cabe señalar que otra medida de mitigación que el Estado chileno podría incorporar en este proyecto de ley es seguir potenciando el desarrollo de las energías renovable.

Por otra parte, en lo que respecta a las normas tendientes a la adaptación al cambio climático, nos parece importante crear una instancia permanente que permita contribuir en la elaboración de medidas para enfrentar el cambio climático, así como también en el escrutinio del cumplimiento de los objetivos de reducción de emisión de GEI. Una instancia de este tipo debiera estar conformada no solamente por representantes de la sociedad política, sino de la sociedad civil y particularmente: académicos, representantes de distintos gremios, entre otros. Además, una instancia como esta ayudaría a concientizar a la sociedad sobre los impactos del cambio climático y las medidas comunes que pueden tomarse para enfrentarlos.

Además, la planificación hídrica y territorial aparece como indispensable para enfrentar de la mejor manera los impactos del cambio climático. En este sentido, en un país como Chile en que cuenta con una geografía y biodiversidad incomparable, debe ordenarse la planificación territorial y la red hídrica de la manera que más eficientemente permita enfrentar los impactos del cambio climático.

Relacionado con lo anterior, nótese que también resulta importante modificar la manera de calefaccionar las casas, particularmente en las regiones del sur de Chile. En efecto, la calefacción a leña en el sur de nuestro país contraviene cualquier política y legislación que pretenda enfrentar el cambio climático. Conocidos son los problemas de contaminación y salud ocasionados por la calefacción a leña. Una política de Estado en materia de cambio climático debe incluir una modificación completa de la manera de calefaccionar los hogares en nuestro país.

Sobre la base de lo expuesto, aplaudimos la intención de legislar sobre una LMCC en Chile, por cuanto la existencia de la misma es indispensable para nuestro país. Con todo, es importante advertir que para su correcta ejecución y cumplimiento se requiere de un actuar coordinado y colaborativo entre la sociedad civil y la política. Además, cualquier decisión de abordar los impactos del cambio climático deben abordarse como una política de Estado (como se realiza en materia de relaciones exteriores) que pueda proyectarse y perdure en el largo plazo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. (2018): "Celebrando los recorridos y abordando los desafíos que vienen", en *Revista Justicia Ambiental*, n.º 10. Disponible en www.revistajusticiaambiental.cl/wp-content/uploads/2018/11/Editorial_Campusano.pdf
- MORAGA, Pilar y Sol MECKIEVI (2016): "Análisis comparativo de legislación de cambio climático", en *Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2*. Disponible en www.cr2.cl/wp-content/uploads/2015/08/Derecho_comparado.pdf

- MOTLES ESQUENAZI, Ilan e Ignacio PORTES (2016): *El cambio climático y su regulación en el derecho Internacional*, tesis pregrado, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/140856/El-cambio-clim%C3%A1tico-y-su-regulaci%C3%B3n-en-el-derecho-internacional.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- NACHMANY, Michal, Sam FANKHAUSER, Terry TOWNSHEND *et al.* (2015): “Estudio sobre legislación de cambio climático 2015”, en *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment*. Disponible en www.lse.ac.uk/GranthamInstitute/wp-content/uploads/2015/05/Spanish_2015_for-web.pdf
- TOWNSHEND, Terry y Adam C.T. MATTHEWS (2013): “Legislación nacional sobre cambio climático: La clave para acuerdos internacionales más ambiciosos”, en *GLOBE International*. Disponible en https://cdkn.org/wp-content/uploads/2013/10/CDKN_Globe-International_SPANISH.pdf

Otros documentos

- GOBIERNO DE CHILE (2015): *Contribución nacional tentativa de Chile (indc) para el acuerdo climático París 2015*, septiembre de 2015. Disponible en <https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/05/2015-INDC-web.pdf> [Fecha de consulta: 1 de abril de 2019]
- IEA (2018): *Energy policies beyond IEA countries: Chile 2018*, 23 de enero de 2018. Disponible en www.iea.org/publications/freepublications/publication/EnergyPoliciesBeyondIEACountriesChile2018Review.pdf [Fecha de consulta: 1 de abril de 2019]
- INFORMATION UNIT FOR CONVENTIONS (2000): *Climate Change Information Sheet 22*, 18 de julio de 2000. Disponible en <https://unfccc.int/cop3/fccc/climate/fact22.htm> [Fecha de consulta: 3 de abril de 2019]
- La Tercera (2019): “Engie suscribe contratos con operadores del Transantiago para suministro de energía a buses eléctricos”, 18 de febrero de 2019. Disponible en www.latercera.com/pulso/noticia/engie-suministrara-energia-100-renovable-100-buses-electricos-del-transantiago/533449/ [Fecha de consulta: 1 de abril de 2019]
- MINISTERIO DE ENERGÍA (2015): *Energía 2050: Política energética de Chile*, 2015. Disponible en www.minenergia.cl/archivos_bajar/LIBRO-ENERGIA-2050-WEB.pdf [Fecha de consulta: 1 de abril de 2019]
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2017) *Jefa de Estado crea la Comisión Asesora Presidencial Permanente de Cambio climático*, 22 de noviembre de 2017. Disponible en <https://mma.gob.cl/jefa-de-estado-crea-la-comision-asesora-presidencial-permanente-de-cambio-climatico/> [Fecha de consulta: 1 de abril de 2019]
- MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE (2018): “Gobierno anuncia inicio de elaboración de Ley de Cambio Climático para Chile”, 5 de julio de 2018. Disponible en <https://>

- mma.gob.cl/gobierno-anuncia-inicio-de-elaboracion-de-ley-de-cambio-climatico-para-chile/ [Fecha de consulta: 1 de abril de 2019]
- OBSERVATORIO DE LA LEY DE CAMBIO CLIMÁTICO PARA CHILE: *Ley de Cambio Climático en los medios*. Disponible en <http://leycambioclimatico.cr2.cl/> [Fecha de consulta: 5 de abril de 2019]
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE Y PARLAMENTO LATINO-AMERICANO Y CARIBEÑO (2015): *Aportes legislativos de América Latina y el caribe en materia de cambio climático*, noviembre de 2015. Disponible en www.pnuma.org/publicaciones/Aportes_legislativos_de_ALC_final.pdf
- UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL (2018): *Secretary-General's remarks at the opening of the COP 24*, 3 de diciembre de 2018. Disponible en www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2018-12-03/secretary-generals-remarks-opening-cop-24 [Fecha de consulta: 5 de abril de 2019]
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (2011): *Micronesia - Climate vulnerability*, 2011. Disponible en www.adaptation-undp.org/explore/micronesia [Fecha de consulta: 4 de abril de 2019]
- 24 HORAS (2019): "Gobierno anunció que la COP25 se realizará en Chile entre el 2 y 13 de diciembre", 7 de marzo de 2019. Disponible en www.24horas.cl/nacional/gobierno-anuncio-que-la-cop25-se-realizara-en-chile-entre-el-2-y-13-de-diciembre-3149928 [Fecha de consulta: 1 de abril de 2019]

Normas citadas

- Act on Promotion of Global Warming Countermeasures (Estado del Japón), 9 October 1998.
- Climate Change Act (Reino Unido), 16 October 2008.
- Climate Change Response Act (Nueva Zelanda), 18 November 2002.
- Decreto n.º 4 establece norma de emisión de material particulado a fuentes estacionarias puntuales y grupales, 2 de marzo de 1992.
- Decreto n.º 7 de la República de Guatemala, 4 de octubre de 2013.
- Decreto n.º 61 de la República de Indonesia, 1 de septiembre de 2011.
- Decreto n.º 812 complementa procedimiento de compensación de emisiones para fuentes estacionarias puntuales que indica, 8 de mayo de 1995.
- Decreto n.º 1583 establece norma de emisión de material particulado a fuentes estacionarias puntuales que indica, 26 de abril de 1993.
- Federated States of Micronesia Climate Change Act, 2013.
- Ley General de Cambio Climático de Estados Unidos Mexicanos, 6 de junio de 2012.
- Ley n.º 1931 de la República de Colombia, 27 de julio de 2018.
- Ley n.º 12187 de la República Federativa del Brasil, 29 de diciembre de 2009.

Ley n.º 30754 de la República del Perú, 11 de julio de 2018.

Resolución n.º 4.729 de 2017 del Ministerio de Salud.

Resolución n.º 51916 de 2016 del Ministerio de Salud.

DEBATE, PROBLEMÁTICAS Y EFECTOS
QUE DERIVAN DE LA LEY DE IDENTIDAD
DE GÉNERO E INCERTIDUMBRE
SOBRE LA INCLUSIÓN DE MENORES DE EDAD

DEBATE, PROBLEMS AND EFFECTS THAT DERIVE
FROM THE GENDER IDENTITY LAW
AND UNCERTAINTY ABOUT THE INCLUSION
OF MINORS

*Nicolás Rodríguez Rioseco**

RESUMEN: El artículo revisa la ley de identidad de género aprobada en Chile, cómo se desarrolló el debate de los temas más álgidos de la misma en el Congreso Nacional y cómo ha sido tratada la materia en el derecho comparado de la región. Posteriormente, se hará un análisis de la inclusión de los menores de edad y los requisitos que deben cumplir, las dificultades y riesgos aparejados que puede generar un insuficiente reglamento sobre el acompañamiento a menores de catorce años y, finalmente, las aristas indirectas conexas con la ley que muestran su vulnerabilidad.

PALABRAS CLAVES: Identidad de género - Menores de edad - Congreso Nacional - Derecho comparado - Latinoamérica.

ABSTRACT: The article reviews the gender identity approved in Chile, how did the discussion developed at the National Congress regarding the most critical issues and how has the subject been handled in the Comparative Law of the region. Afterwards an analysis of the inclusion of minors and the requirements they need to comply with, the possible difficulties and risks

* Magister (c) en Derecho LLM, mención Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado, Universidad del Desarrollo. Profesor Derecho de Internacional Público, Universidad del Desarrollo. Director ejecutivo ONG Comunidad y Justicia. nrodriguez@comunidadyjusticia.cl. Agradezco la colaboración con minutas estadísticas de Ignacio Suazo Z.

linked to an insufficient ruling for the accompaniment of children under 14 years and finally the related indirect aspects that the legislation was not looking for which show its vulnerability.

KEYWORDS: Gender identity - Minors - National Congress - Comparative Law - Latin America.

1. INTRODUCCIÓN

A fines del año 2018 fue promulgada y publicada en nuestro país la ley que reconoce y da protección a la identidad de género, reconociendo la posibilidad de cambio registral del nombre a una comunidad que venía solicitándolo hace algunos años. Precisamente desde el año 2013 se comenzó a debatir sobre la materia en nuestro Congreso Nacional, tras la presentación de la moción parlamentaria n.º 20¹ de los senadores Lily Pérez, Camilo Escalona, Juan Pablo Letelier, Ximena Rincón y Ricardo Lagos, quienes argumentaron que esta moción ayudaría a nuestro país a cumplir con las obligaciones internacionales contraídas en materia de derechos; finalidad a lo menos loable, pero ¿Cómo quedó en definitiva redactada la ley tras más de cinco años?, ¿Que reglamentos serán necesarios para su cierre cabal? y ¿cuáles son los posibles efectos secundarios de esta?, son temas no resueltos en la misma ley.

Inicialmente debemos preguntarnos, ¿qué es la transexualidad?

Hasta el año 2018 la transexualidad era definida como

“un deseo de vivir y ser aceptado como miembro del sexo opuesto, por lo general acompañado de malestar o desacuerdo con el sexo anatómico, y de deseo de someterse a tratamiento quirúrgico u hormonal para hacer que el propio cuerpo concuerde lo más posible con el sexo preferido”².

A partir de las modificaciones efectuadas por la Organización Mundial de la Salud, a partir de 2019 será definida –para adultos y adolescentes– como:

“Una incongruencia marcada y persistente entre el género experimentado del individuo y el sexo asignado, que a menudo conduce a un deseo de ‘transición’ para vivir y ser aceptado como una persona del género experimentado a través del tratamiento hormonal, la cirugía u otras prestaciones sanitarias para alinear el cuerpo, tanto como se desee y en

¹ *Boletín* n.º 8924-07 de 7 de mayo de 2013.

² CIE-10.

la medida de lo posible, con el género experimentado. El diagnóstico no puede asignarse antes del inicio de la pubertad. El comportamiento y las preferencias de género por sí solas no son una base para asignar el diagnóstico”.

Se ha mencionado que las personas transgénero serían hombres o mujeres atrapados en un cuerpo equivocado. La verdad es que según la evidencia científica entregada por el médico Paul McHugh, no existen diferencias entre los cerebros de las personas transgénero y cisgénero (quienes se identifican con su sexo biológico)³ que permitan concluir que efectivamente nacieron en un cuerpo equivocado, no pudiendo clarificarse, entonces, si se debe a una condición biológica o son el producto de uno o más factores externos, como alguna conducta o el ambiente en el que se desenvuelven.

2. CIE-10 Y CIE-11

La Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Décima Revisión (CIE-10) en el año 1990 incorporó a la disforia de género al listado de las enfermedades mentales como un desorden.

La última revisión a la normativa de la OMS⁴ de las enfermedades mentales se había llevado a cabo hace veintinueve años, con posterioridad y durante un periodo de once años se analizó la información científica más reciente para crear un nuevo estándar a disposición de todo el personal médico del planeta. Fue así como el año 2018 por medio de la CIE-11 se presentaron las modificaciones al tratamiento, otorgando a los Estados un periodo de tiempo de adaptación que correría hasta el 1 de enero del año 2022, fecha en la que definitivamente se sustituirá la de la década de 1990, ahora bien, la presentación de esta se hará recién en el mes de mayo del 2019.

La nueva CIE también contiene nuevos capítulos: uno sobre salud sexual, en el que se incluyen afecciones que anteriormente estaban clasificadas en otras, por ejemplo, la incongruencia de género se incluye dentro de las afecciones mentales⁵, y que hasta ahora formaba parte del capítulo dedicado a “trastornos de la personalidad y el comportamiento”, en el subcapítulo “trastornos de la identidad de género”. Se elimina así la transexualidad de la

³ MAYER y MCHUGH (2016).

⁴ Organización Mundial de la Salud.

⁵ [www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-\(icd-11\)](http://www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-(icd-11)) [fecha de consulta: octubre 2018].

clasificación de las enfermedades mentales, y se lleva al capítulo de las “condiciones relativas a la salud sexual”.

Pasa además a llamarse “incongruencia de género” junto a otros conceptos como “disfunciones sexuales” o “trastornos relacionados con dolencias sexuales”. Es decir, pierde la categoría de trastorno psicológico para quedarse en una cuestión física o cuestiones relativas a la salud sexual –la falta de adecuación del cuerpo al género que siente la persona–. Saliendo del apartado de enfermedades mentales –algo que llevaban años reclamando las asociaciones LGTB– y así ingresa en el apartado de los comportamientos sexuales⁶.

Se mantiene, de esta forma, dentro de la clasificación, con la finalidad, de que al momento que una persona busque ayuda médica, la obtenga, ya que en muchos países, si el diagnóstico no está incluido en la lista, el sistema sanitario público o privado no reembolsa el tratamiento; finalidad que buscaba el director del Departamento de Salud Mental y Abuso de Substancias de la OMS Shekhar Saxena⁷. A pesar de esto la comunidad LGTB aún no está conforme y no quiere que sea tratada como “una incongruencia”, sino como una expresión de la diversidad humana.

3. COMPLEJIDADES DEL DEBATE

No podemos obviar las graves discriminaciones y dificultades por las cuales atraviesan en nuestra sociedad quienes presentan o se reconocen a sí mismos como sujetos con disforia de género, es decir, quienes no encuentran congruencia entre su sexo natural o biológico y su identidad sexual. Pues es notorio que conforman un sector de la población altamente vulnerable.

Clarificadores de lo anterior son los estudios sobre suicidio en la población trans, pues son justamente quienes presentan disforia de género los que tienen la mayor tasa de atentados contra la propia vida⁸. El ejemplo más claro lo observamos en Suecia, donde el suicidio es la primera causa de muerte de esta comunidad⁹. La comunidad transexual atribuye que todas estas tasas se deberían en gran medida a la discriminación a las que se ven enfrentados

⁶ www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-enfermedad-incongruencia_0_783572396.html [fecha de consulta: octubre 2018].

⁷ “Queremos que las personas que padecen estas condiciones puedan obtener la ayuda sanitaria cuando la necesiten”.

⁸ MILLET, Longworth y ARCELUS (2017), pp. 27-38.

⁹ DHEJNE *et al.* (2011).

No muy distinta es la realidad chilena, donde se estima que hasta un 56% de la población trans ha intentado quitarse la vida¹⁰. Conjuntamente, en estudios sobre ansiedad realizados en Europa nos entregan como resultados que la población trans presenta niveles de trastorno de ansiedad mayores que el resto de la población¹¹, los cuales estarían asociados a la discriminación sufrida, unido a las altísimas tasas de depresión, las que en Estados Unidos de América alcanzan el 41%¹².

Ante estas cifras debemos ser criteriosos, en atención a que, incluso, en aquellos países donde las personas con disforia gozan de mayor aceptación, las tasas de depresión no presentan disminuciones notorias.

¿Es efectivamente la discriminación el primer o principal motivo para la ansiedad, la depresión e, incluso, el suicidio de la comunidad trans? No podemos desconocer cómo estas las afectan directa y gravemente, siendo precisamente uno de los argumentos más sólidos de los defensores de la necesidad de legislar. Son precisamente ellos quienes citan los estudios de Kristina Olson, pero no debemos perder de vista que la metodología usada por ella presenta graves debilidades según la metodología IAT o Implicit Association test.

Vemos, además, cómo las tasas de ansiedad, depresión y suicidio en países baste más liberales y de mayor aceptación a dichas comunidades como Suecia, Australia, Canadá, Holanda entre otros no varían drásticamente; si bien estas disminuyen, mantienen altos niveles en comparación a la población cisgenero¹³.

No podemos perder de vista que en el ámbito mundial a otras comunidades de mayor vulnerabilidad, como los nómadas irlandeses conocidos como Gypsies o Tinkers quienes a pesar de la xenofobia o racismo sufrido cuentan con tasas de suicidio notoriamente menores a la comunidad transexual incluso poscirugía, como muestra el gráfico.

Tasas de suicidio

Grupo	Estudio	Tasa
Nómades irlandeses*	Lester, 2014	37/100.000 al año
2000 Transexuales post-cirugía en 13 países	Haas et al, 2010	800/100.000 al año

Agradecimientos a Ignacio Suazo Zepeda, Coordinador de Investigación de ONG Comunidad y Justicia por gráfico comparativo sobre tasas de suicidio entre transexuales poscirugía y nómadas irlandeses, y la entrega de minutas para esta sección.

¹⁰ LINKER, MARAMBIO, ROSALES, RIQUELME Y SAN MARTIN. (2017) Informe sobre encuesta T: primera encuesta para personas trans y de género no conforme en Chile.

¹¹ MILLET *et al.* (2017), pp. 27-38.

¹² HAAS, RODGERS & HERMAN (2014), pp. 2-4.

¹³ DHEJNE *et al.* (2011).

4. REALIDAD LATINOAMERICANA

Al momento de discutirse en nuestro Congreso Nacional sobre la posibilidad de legislar o al menos presentar un proyecto sobre el cambio de sexo registral, haciendo un reconocimiento explícito al cambio de género, se debe tener en cuenta nuestra idiosincrasia. Es por esto que debemos observar lo que ocurre en los países vecinos. ¿Cómo fue la discusión?, ¿qué elementos fueron considerados fundamentales para su aprobación?, ¿qué resguardos tomaron para evitar abusos a la ley?

En el ámbito mundial y regional, la gran mayoría de las legislaciones han sido más bien cautas con la posibilidad del cambio de género, exigiendo una serie de requisitos copulativos para permitir y lograr que quien efectivamente transite de sexo lo haga con absoluta conciencia de su decisión y sus efectos, evitando una posible retransición, que a la larga pueda traer consigo mayores conflictos psicológicos en el individuo.



Veremos que nuestra región se encuentra dividida en dos sectores, según las exigencias de su legislación; Una más bien estricta, en la que se enmarcan la mayoría y una segunda, bastante más laxa conformada únicamente por Argentina, Colombia y tras la promulgación de la Ley n.º 21120, Chile.

En el primero de los grupos, es decir, el más estricto encontramos a Ecuador, este país en el artículo 94, capítulo I, título v¹⁴ exige tres requisitos copulativos:

En el primero de los grupos, es decir, el más estricto encontramos a Ecuador, este país en el artículo 94, capítulo I, título v¹⁴ exige tres requisitos copulativos:

¹⁴ Ley Orgánica de gestión de la identidad y datos civiles de la República del Ecuador.

- 1) mayoría de edad,
- 2) persistencia en la solicitud por dos años y
- 3) la declaración de dos testigos que acrediten la autodeterminación en el cambio de sexo.

A su vez la legislación boliviana¹⁵ en el artículo 8° establece una serie de requisitos:

- 1) En el punto tercero exige mayoría de edad y
- 2) un examen técnico psicológico el cual se acredite que la persona conoce y asume voluntariamente las implicancias de su decisión.

En el caso de Uruguay, país que ha sido pionero en la legislación progresista en la región, en cuanto al cambio de género fue bastante rígido. El artículo 3° de la ley exige:

- 1) Persistencia en la solicitud por al menos dos años o en su defecto, ya haberse realizado una intervención quirúrgica, y en el artículo 4°
- 2) En la tramitación de la solicitud debe presentarse un informe técnico del equipo multidisciplinario y especializado en identidad de género y diversidad y
- 3) se atenderá a los testimonios de los profesionales que han atendido a la persona, desde el punto de vista social, físico y mental¹⁶.

En la otra vereda de las leyes vigentes, vemos cómo Argentina cuenta con una ley muchísimo más laxa que las anteriormente presentadas. Esta en su artículo 4° solo exige la mayoría de edad y en cuanto a los menores de edad, el artículo 5° pide que la solicitud se realice por sus representantes legales ante un juez, a quien se le deberá dar a conocer la expresa conformidad del menor¹⁷.

En el caso colombiano, fue tratado el tema por medio de decreto supremo¹⁸ basándose en una sentencia¹⁹ de su Corte Constitucional, el cual no requiere acompañar ningún tipo de antecedente; únicamente una declaración juramentada²⁰.

Nuestra legislación²¹, en la lectura conjunta de los artículos 6° y 11° de la ley no establece ningún requisito para los mayores de edad, salvo presen-

¹⁵ Ley n.° 807 del Estado Plurinacional de Bolivia. Ley de identidad de género.

¹⁶ Ley n.° 18620 de la República Oriental del Uruguay que establece el derecho a la identidad de género y al cambio de nombre y sexo en documentos identificatorios.

¹⁷ Ley n.° 26743 de la República Argentina que Establece el Derecho a la Identidad de Género de las Personas.

¹⁸ Decreto supremo 1227 de 4 de junio de 2015.

¹⁹ Sentencia T-063 de 2015 de la Corte Constitucional de la República de Colombia.

²⁰ Parágrafo 2: No se podrá exigir ninguna documentación o prueba adicional a las enunciadas en el presenta artículo.

²¹ Ley n.° 21120 de la República de Chile, que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género.

tarse ante el Registro Civil con dos testigos que declaren que el solicitante conoce los efectos jurídicos.

En cuanto a los mayores de catorce y menores de dieciocho años podrán solicitarlo ante un tribunal de familia correspondiente, y el artículo 17º agrega la necesidad de dar cuenta de dos informes, uno del contexto psicológico y familiar y de que han recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previo a la solicitud y un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceros.

5. DIFICULTADES DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO

Durante su tramitación se discutió tanto en el Senado, la Cámara de Diputados e, incluso, en la comisión mixta la inclusión o no de una serie de elementos, basándose, en gran medida, en las legislaciones del derecho comparado. El debate se presentó en diversos puntos como: definición de identidad de género, exigencia o no de tratamientos quirúrgicos u hormonales, evaluación médica y psiquiátrica, inclusión de menores de edad, entre otros.

- a) En la Cámara se debatió si debía o no incorporarse una definición sobre identidad de género y qué entendemos por ella, tras la presentación de diversas posturas, se resolvió que en el ámbito mundial recientemente comienza a discutirse y existen numerosas y diversas teorías. Por tanto, definirla significaría coartar la discusión y su estudio. El conflicto no supone únicamente limitar el debate, sino que es bastante más profundo; debe o no el Estado por medio del Poder Legislativo definir e involucrarse en algo tan íntimo como lo es la identidad sexual. Más aún cuando la citada CIE-10 y la CIE-11 ya nos entregan definiciones.
- b) En cuanto al título de la ley, esta lleva por tal “El Derecho a la Identidad de Género” y definido por la misma como: “La facultad de toda persona cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral, de solicitar la rectificación de éstos”²².

Definición que no aparecería en el proyecto, sino hasta la votación en sala de la Cámara de Diputados, la cual fue apoyada por el Ejecutivo. Esta definición nos es útil desde dos perspectivas, primeramente será fundamental para que la población transgénero sepa a qué tiene derecho a reclamar –sin excesos en sus pretensiones– y para la sociedad toda, conozca qué debe respetar.

²² Artículo 1º de la Ley n.º 21120 que Reconoce y Da Protección al Derecho a la Identidad de Género.

- c) A la definición antes revisada, se agregó un segundo inciso clarificador de la autopercepción,

“Para efectos de esta ley, se entenderá por identidad de género la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento”.

Esta aclaración deja explícito que la identidad de género es un resultado no del sexo biológico y no de la naturaleza, sino que de la propia percepción o convicción que se tiene de uno mismo.

- d) Como cuarto elemento en discusión, que debemos analizar, corresponde a si en conjunto a la solicitud de cambio registral, se exigiría o no tratamiento quirúrgico, tal y como ocurre en el caso uruguayo (descrito en realidad Latinoamericana), o en Europa observamos el caso francés²³, el cual establece como requisito previo el haberse realizado con anterioridad una cirugía de cambio de sexo previa a la solicitud, vemos, entonces, la existencia de legislaciones de paises de idiosincrasia y cultura cercana a la nacional que son bastante más estrictas que la planteada en Chile.

Finalmente el artículo quedó redactado de la siguiente manera:

“Lo dispuesto en los incisos anteriores podrá o no involucrar la modificación de la apariencia o de la función corporal a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, siempre que sean libremente escogidos”²⁴.

Es decir, solo se debe acompañar convicción a la solicitud, entendiendo que esta solo podrá cambiarse o retrotraerse con posterioridad en una sola ocasión más²⁵.

El inciso en cuestión lo que hace es eliminar como uno de los requisitos copulativos para solicitar y eventualmente aprobarse la solicitud de cambio de sexo, el hecho físico de haber sido sometido

²³ www.dosmanzanas.com/2017/04/el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-condena-a-francia-por-exigir-la-esterilizacion-de-las-personas-trans-como-requisito-para-reconocer-su-identidad-de-genero.html [fecha de consulta: abril de 2019].

²⁴ Artículo 1° inciso 3° de la Ley n.° 21120 que Reconoce y Da Protección al Derecho a la Identidad de Género.

²⁵ Artículo 9°. DE LA SOLICITUD DE RECTIFICACIÓN DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO. Toda persona mayor de edad podrá, hasta por dos veces, y a través de los procedimientos que contempla esta ley, obtener la rectificación del sexo y nombre con que aparezca individualizada en su partida de nacimiento para que sean coincidentes con su identidad de género.

a pabellón –con los costos que significa–, la cual daría cuenta de una mayor determinación al momento de la solicitud, evitando retransiciones –como factor positivo–, pero a la vez obligaría a quienes presentan disforia a una operación que tal vez no buscan, unido a los costos asociados –como factor negativo–.

Esta idea fue confirmada en el artículo siguiente acerca del procedimiento ante un órgano administrativo o judicial, el cual no podrá exigir modificaciones a la apariencia, entre ellos tratamientos quirúrgicos²⁶.

- e) En el Senado se discutió sobre la necesidad de una evaluación médica previa al cambio registral, la cual acreditará la discordancia entre el sexo registral y su identidad. El debate se dio en el contexto sobre si debía demostrarse la discordancia entre ambas o si únicamente debía aclararse que la solicitante se encontraba en condiciones psicológicas y psiquiátricas aptas para el cambio de sexo. Pudiendo ser uno partidario de cualquiera de ellas, en definitiva, nuestra ley quedó redactada en términos más cercanos a la legislación ecuatoriana, pues fue promulgada y publicada sin requerir tratamiento médico alguno de especialistas en transexualidad para quienes sean mayores de edad al momento presentar la solicitud. Norma absolutamente contraria a lo que ocurre en países como Alemania²⁷ o Japón²⁸.
- f) Conjuntamente el artículo 5º de la ley aparece un conflicto de constitucionalidad que fue elevado al Tribunal Constitucional por medio de un Téngase Presente de fecha 5 de octubre de 2018, puesto que el inciso final²⁹ está redactado en términos que se impone a los padres

²⁶ Artículo 2º. OBJETO DE LA LEY. El objetivo de esta ley es regular los procedimientos para acceder a la rectificación de la partida de nacimiento de una persona en lo relativo a su sexo y nombre, ante el órgano administrativo o judicial respectivo, cuando dicha partida no se corresponda o no sea congruente con su identidad de género.

En ningún caso el órgano administrativo o judicial, según se trate, podrá exigir modificaciones a la apariencia o a la función corporal del solicitante, a través de tratamientos médicos, quirúrgicos u otros análogos, para dar curso, rechazar o acoger las rectificaciones referidas en el inciso precedente.

²⁷ Requiere el testimonio de al menos dos médicos especialistas en transexualidad, quienes deberán acreditar que el solicitante no cambiara de decisión.

²⁸ Además de exigir mayoría de edad de veinte años, requiere informes médicos de al menos dos especialistas.

²⁹ Artículo 5º. PRINCIPIOS RELATIVOS AL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. El derecho a la identidad de género reconoce, entre otros, los siguientes principios:

El padre, madre, representante legal o quien tenga legalmente el cuidado personal del niño, niña o adolescente deberá prestarle orientación y dirección en el ejercicio de los derechos que contempla esta ley.

un deber de orientar a sus hijos en un sentido determinado, según los contenidos de esta. Vemos, entonces, cómo el Estado estaría determinando de antemano qué materias, creencias o valores deben o no enseñar los padres, vulnerándose el artículo 19°10 inciso 3° de la Constitución Política de la República.

En un asunto de tal delicadeza como este, el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos se reconoce no solo en nuestra carta magna, también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en ella, se indica:

“los padres o en su caso los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban educación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus propias convicciones”³⁰.

Es, por tanto, una limitación al Estado el no determinar la manera en que los padres se vean obligados a educar sus hijos en una sola línea y no en la que mejor acomode a sus creencias culturales y religiosas,

“sino que estaríamos frente a la obligación legal de que los padres deban, pura y simplemente, enseñar y guiar de determinada manera al menor, aun contra su voluntad”³¹.

Debemos conjuntamente señalar que este requisito sí quedó indicado como un imperativo a ser presentado en tribunales en caso que el solicitante sea menor de edad y mayor de catorce años en el artículo 17° de la ley³². Pero este exige únicamente dos cosas: el

³⁰ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Artículo 12 n.° 4 de la

³¹ Téngase presente al Tribunal Constitucional de fecha 5 de octubre de 2018 p. 50.

³² Artículo 17. AUDIENCIA PREPARATORIA Y DE JUICIO. Inmediatamente después de terminada la audiencia preliminar, el tribunal celebrará la audiencia preparatoria con las partes que asistan.

En la audiencia preparatoria el tribunal, de oficio o a petición del o los solicitantes, podrá ordenar la citación a la audiencia de juicio a personas determinadas para que declaren sobre los antecedentes de hecho expuestos en la solicitud a que se refiere el artículo 15, en conformidad al objeto del juicio establecido por el tribunal.

Si no se hubieren presentado con la solicitud, el tribunal, en la audiencia preparatoria, podrá ordenar que se acompañen los siguientes informes:

a) Un informe psicológico o psicosocial que dé cuenta que el mayor de catorce y menor de dieciocho años y su entorno familiar han recibido acompañamiento profesional por, al menos, un año previo a la solicitud. Lo anterior se entenderá cumplido si se hubiere acompañado en la solicitud u ofrecido en la audiencia preparatoria, el original o copia auténtica del informe de participación en el programa de acompañamiento profesional a que se refiere el artículo 23 de la presente ley, y

b) Un informe psicológico o psicosocial que descarte la influencia determinante de terceros, como el padre, madre, representante legal, o quien tenga legalmente el cuidado personal

acompañamiento de un profesional con un mínimo de un año de anticipación a la solicitud. Y un segundo informe psicológico o psicosocial que establezca que no hubo influencia de un tercero, capaz de forzar su voluntad.

- g) Sobre la inclusión de menores de edad, la problemática surgida en un primer momento en el Senado sobre si incluirlos o no –quienes no figuraban en el texto original–, fue zanjada con un rechazo claro. Fue, sin embargo, el gobierno de turno quien impulsó con posterioridad –y una vez ingresado el proyecto a la cámara revisora– que se incluyera a los menores. La propuesta consideraba que esta solicitud pudiera ser contra la voluntad de sus padres o representantes legales en mayores de catorce años. Es así como, en definitiva, y tras el paso por la comisión mixta se incluyó o confirmó una serie de exigencias, por ejemplo, que se debiera determinar por un juez y su tramitación se lleve a cabo ante los tribunales de familia y el cumplimiento de un requisito, correspondiente a la presentación de los informes psicológicos anteriormente indicados en el punto f).

6. INCORPORAR O NO A MENORES DE EDAD

El DSM³³ fijó los criterios que un menor debe presentar para distinguir “fácilmente” un niño trans de uno cisgénero. Este listado incluye ocho criterios, requiriéndose al menos seis para determinar la existencia de una disforia. De ellos, al menos uno debe imperiosamente presentarse, nos referimos al A1:

- a) Un fuerte deseo de ser parte del otro género o insistencia de pertenecer al otro género.

Los demás criterios son:

- b) Preferencia por la vestimenta del sexo contrario o resistencia por vestimenta del propio.
- c) Una fuerte preferencia por el género cruzado en juego de fantasía.
- d) Fuerte preferencia por los juegos, actividades y juguetes del otro género.
- e) Fuerte preferencia por compañeros de juego del género opuesto.
- f) Un fuerte rechazo por los típicos juegos y actividades del propio género.
- g) Un fuerte disgusto con la anatomía sexual propia y

del mayor de catorce y menor de dieciocho años u otros adultos significativos para él, sobre la voluntad expresada por éste en cuanto a su identidad de género.

³³ *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales.*

h) Un fuerte rechazo a las primarias o secundarias características sexuales que coinciden con las de género.

A pesar del valioso esfuerzo que presenta la DSM-5 por determinar *a priori* la transexualidad de los niños, encontramos estudios de la ciencia especializada que muestran que de cuarenta niños, veintiocho de ellos desisten de transitar, y de esos veintiocho, diecisiete de ellos presentaban copulativamente todos los criterios³⁴. En contraposición encontramos otros estudio que muestra un universo de 134 niños seguidos por un periodo de diez años, de los cuales se desprende que aquellos que presentan menos de tres criterios³⁵, tienen las mismas posibilidades de trans afirmarse que aquellos con cuatro o más³⁶. Es decir, siquiera el listado fijados por la Asociación Psiquiátrica Norteamericana es preciso en determinar *a priori* del desarrollo hormonal y psicológico de un menor, si este efectivamente transitara o únicamente se encontraba inmerso en un periodo de confusión.

Es por esta razón que se generó el debate sobre si debíamos incluir o excluir de la ley de menores de edad.

En cuanto a la persistencia de los menores de ser o pertenecer al género opuesto al biológico es bastante baja, esto en razón de que la mayoría de los niños trans no mantendrían sus ideas disforicas; Vemos que la escasa evidencia empírica existente al día de hoy nos revela que cerca del 80% de los niños que presentan disforia de género se reconcilian en algún momento de la adolescencia o pubertad con su sexo biológico. Devita Singh encuentra en su estudio realizado a 139 niños hombres que un 88% de la población desiste de su disforia³⁷.

Entonces, ¿cuáles serían las razones para que un menor no transite? Esto se puede deber a que los niños de la muestra:

- 1) no han sido afirmados en su identidad o
- 2) no tienen claros deseos de transitar.

La primera de ellas resultaría más razonable en atención a que los niños producto de su misma vulnerabilidad se encuentran más susceptibles a su ambiente, por lo que probablemente cualquier acción transafirmativa repercutiría en su identidad³⁸. En cuanto al segundo punto, sería peligroso descartar *a priori* casos con disforia leve, dado que en algunos casos esta aumenta con la edad³⁹

³⁴ WALLIEN Y COHEN-KETTENIS (2008), pp. 1413-1423.

³⁵ *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – Fifth Edition (DSM-5)*

³⁶ SIGHN (2012).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ SIGHN (2016).

³⁹ SIGHN (2012).

Vemos en la literatura psicológica especializada, partidaria de la confirmación de género desde la más temprana infancia, a una autora que indica tres modelos posibles a seguir de acompañamiento para el menor⁴⁰, tales como: “Vive tu propia piel”, “esperar y veamos cómo avanza” y “el modelo género afirmativo” el que busca beneficiar la transición social en cualquier etapa del desarrollo del niño, sin esperar ni la pubertad ni el shock hormonal. Este modelo del cual es parte la investigadora a pesar de que ella misma reconoce que el desarrollo del género se vería profundamente influenciado por la cultura, valores, ética y leyes de la sociedad en la cual se desarrolla⁴¹.

Debemos, entonces, cuestionarnos si efectivamente un menor con algunos rasgos o criterios del sexo opuesto, eventualmente transitara o al no tener la presión social, educación y leyes trans afirmativas finalmente se reconcilie con su género natural o biológico.

7. ACOMPAÑAMIENTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

De la lectura de la ley, debemos detenernos en el artículo 23⁴², que expone:

“el programa de acompañamiento profesional a los niños, niñas y adolescentes cuya identidad de género no coincida con su sexo y nombre registral...”.

Este en sus cuatro incisos nos revela diversas dificultades que deberá resolver el reglamento que especifique el programa, siendo necesario esclarecer su contenido y, por supuesto, hacernos cargo de los efectos positivos o negativos que puedan generar en aquellos niños, niñas y adolescentes que buscamos proteger, cuidar y apoyar.

Hay dos puntos que el reglamento debe desarrollar con el objetivo de alcanzar un concepto claro sobre la actual insuficiente redacción. Si el fin buscado es dar protección a quienes atraviesan por una etapa de disforia de género, siendo su pronóstico incierto, debemos respetar dicha incertidumbre.

- a) En primer lugar, el inciso primero del artículo 23, expresa que los niños, niñas y adolescentes recibirán

⁴⁰ Minuta sobre modelos de tratamiento de niños que se identifican como trans. ONG Comunidad y Justicia (2017).

⁴¹ EHRENSAFT (2017).

⁴² Ley n.º 21120 de la República de Chile, que Reconoce y Da Protección al Derecho a la Identidad de Género.

“Orientación profesional multidisciplinaria que incluirá acciones de asesoramiento psicológico y biopsicosocial, cuyo objetivo será otorgar herramientas que permitan su desarrollo integral de acuerdo a su identidad de género”.

Desarrollo Integral: el artículo en cuestión menciona que deberá abordarse la orientación con aquellas “herramientas que permitan su desarrollo integral de acuerdo a su identidad de género”; El reglamento debería ser bastante más consciente de cómo “acompañar” al niño, niña y adolescente que se encuentra inmerso en dicha situación, puesto que según la ciencia, en dicho acompañamiento debemos ser respetuosos de un estándar ético mínimo. Estándar que se verá reflejado en el estudio global y universal de todos los factores en los cuales un niño, niña o adolescente puede estar inmerso en una etapa de confusión de género⁴³.

No sería, por tanto, ético el enfocar el acompañamiento biopsicosocial, únicamente en el tránsito al género del cual el menor se siente parte, no solo debemos permitir su desarrollo de acuerdo con su identidad de género, en atención a que eventual y/o posiblemente el adolescente se identifique finalmente con su sexo biológico⁴⁴. Este acompañamiento debe desarrollarse junto con los restantes factores biológicos, sociales y psicológicos⁴⁵, en la búsqueda de una solución integral. Solución que cumpla con el respeto a los derechos humanos.

Debemos, entonces, no solo entregar un acompañamiento integral, completo y suficiente, sino que imperativamente comprender que en el encabezado del artículo, nos referimos a la palabra ‘orientar’; y que tiene por fin comprender la globalidad de la persona y sus complejidades. Por tanto, y por contraposición, no significa incitar un resultado.

b) En el inciso segundo nos dice: “Dichas acciones podrán ser ejecutadas por personas jurídicas sin fines de lucro que cuenten con acreditación vigente”. Basados en los dichos de los autores, Devita Sighn, Diane Ehrensaft y nombre Wallen, debemos ser cuidadosos en el acompañamiento de los infantes e impúberes, pues la trans afirmación tan temprana, puede generar mayores problemas psicológicos, es justamente por esto que este reglamento al menos debería incorporar una pluralidad de instituciones que permitan dar cuenta de la diversidad institucional y la variedad de visiones posibles. Elección que deberá quedar entregada a los padres.

⁴³ ROJAS (2019).

⁴⁴ SIGHN (2012).

⁴⁵ ROJAS (2019).

No podemos excluir *a priori* a determinadas instituciones cuando el propósito es un tema de tal sensibilidad como la búsqueda de la identidad del menor (en su más amplio sentido). Teniendo claridad que al término del periodo de acompañamiento el menor puede:

- 1- transitar
- 2- no transitar o
- 3- requerir un nuevo periodo de compañía.

Recordemos que se atraviesa un periodo de profundo autoconocimiento, siendo el género una de las posibles preguntas, pero no la única. Es precisamente por esto que el acompañamiento debe ser integral, estudiando cada uno de los factores, pues no hacerlo trae consigo el inminente peligro de incitar a un menor de edad de absoluta vulnerabilidad a un desenlace que puede traer consigo aun mayores conflictos y sufrimientos.

No solo la ley y su respectivo reglamento debieran preocuparse del adolescente, sino que servir de apoyo a la familia, pues es justamente en el núcleo familiar donde un menor conflictuado con su identidad buscará acogida y apoyo, entender la vulnerabilidad del menor y la soledad por la que atraviesa, siendo, entonces, fundamental fortalecer sus vínculos familiares.

8. PROBLEMÁTICAS ANEXAS

Junto a las dificultades que presentó la legislación en materias anteriormente presentadas como: inclusión de menores, realidad latinoamericana y requisitos en la solicitud, se presentaron álgidas discusiones en la Cámara de Diputados sobre otras causas, tales como:

- a) Qué ocurriría con quienes se encontraban unidos por un vínculo matrimonial vigente previo al cambio de sexo registral de su pareja, puesto que el matrimonio como es un contrato bilateral entre un hombre y una mujer⁴⁶, claramente este no podría subsistir luego de efectuado el cambio de sexo registral de su cónyuge, en atención a que uno de los elementos de la esencia del matrimonio y sin el cual el matrimonio no podría existir.

Es así como en la ley se indicó que de ocurrir dicha situación, en el mismo acto el juez declarará la terminación del matrimonio; ahora bien, no por alguna de las causales existentes en el artículo 42 de la Ley del Matrimonio Civil⁴⁷, sino que debía crearse una nueva causal de termino, es así como

⁴⁶ Artículo 102 del *Código Civil*.

⁴⁷ Ley n.º 19947, Establece nueva Ley de Matrimonio Civil.

esta misma ley, en título VII sobre adecuación de diversos cuerpos legales, específicamente en el artículo 27 crea una causal que versa: “Por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género”⁴⁸. En virtud del cual, los cónyuges se entenderán por tanto divorciados.

Distinto es que posteriormente a la entrada en vigencia de la ley se generarán conflictos en materia de competencia del Registro Civil e Identificación por la falta de eliminación o rectificación de los nombres en las partidas de nacimiento y matrimonio, puesto que la sola eliminación de quien fue progenitor o cónyuge de estas genera una infinidad de problemas legales con respecto a subsidios, nuevas nupcias, becas, entre otros.

b) Conjuntamente se buscó regular los conflictos que podrían surgir por compensación económica, derivando la solución a las normas de la Ley n.º 19947⁴⁹, según las disposiciones del párrafo 1º del capítulo VII y entregando el conocimiento del juicio a los tribunales de familia dispuesto en la Ley n.º 19968⁵⁰.

La ley no soluciono algunos de los conflictos secundarios o conexos que pueden surgir con los cambios de sexo registral con posterioridad a su entrada en vigor.

Si observamos lo que ha ocurrido en aquellos países que han legislado la materia con anterioridad al nuestro, nos encontramos con casos reales en los que ni la ley ni las autoridades han sabido cómo reaccionar y si nuestra meta es el logro de una sociedad en la que no expongamos a mayores peligros a dicha comunidad debemos, entonces, resolver con prontitud.

Alrededor del mundo se han dado situaciones diversas, pero con un inicio común, pues una mujer transgénero, condenada a cumplir su condena en prisión ha solicitado que no se le traslade a la cárcel de hombres –registro al que pertenece tras su transición–, con motivo que busca evitar abusos por parte de sus compañeros de celda. Gendarmería se ve atada de manos dado que deben actuar acorde con la voluntad expresada ante el Registro Civil⁵¹.

⁴⁸ Artículo 27.- Modificase el artículo 42 de la Ley de Matrimonio Civil, contenida en el artículo primero de la Ley n.º 19947, en los siguientes términos:

a) Reemplázase, en el número 3º, la expresión final “, y” por un punto y coma.

b) Sustitúyese, en el número 4º, el punto final por la expresión “ y”.

c) Agrégase el siguiente número 5º:

“5º Por sentencia firme que acoge la solicitud de rectificación de sexo y nombre por razón de identidad de género.”

⁴⁹ Artículo 19 de la Ley n.º 21120, párrafo 2º, título IV.

⁵⁰ Párrafo 4º del título III de la Ley que Crea los Tribunales de Familia.

⁵¹ Revisado en www.actuall.com/familia/mujer-registrada-como-hombre-transexual-no-quiere-ir-a-una-carcel-para-varones/ [fecha de consulta: abril de 2019].

En el caso exactamente contrario, tenemos al recluso Stephen Wood, privado de libertad por el delito de violación, cambió su sexo registral en el Reino Unido, llamándose desde ese momento Karen White, siendo privado de libertad en una cárcel de mujeres correspondiente a su nuevo género, a los pocos días de encarcelado aprovechó de asaltar sexualmente a sus compañeras reclusas⁵².

Otra arista que no ha sido tratada es qué ocurrirá con las jubilaciones, que en nuestro país corresponde a sesenta años en el caso de las mujeres y sesenta y cinco años en el caso de los hombres⁵³ en cuanto a las pensiones de vejez. ¿Será, entonces, que un hombre pueda abusar de la Ley n.º 19120 y decida cambiar de género para poder jubilar con anticipación a la que le corresponde? Suena bastante improbable, pero ocurre que en Argentina Sergio Lazarovich de 59 años cambió su sexo registral y cambió su nombre por el de Sergia Lazarovich, meses más tarde solicitó su jubilación en la ciudad de Salta⁵⁴.

Es por esto que la ley no cierra el debate, sino, por el contrario, abre una infinidad de posibles escenarios, y en algunos de ellos son los mismos transgéneros quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

8. CONCLUSIONES

- a) Se promulgó y publicó con fecha 28 de noviembre y 10 de diciembre respectivamente del año 2018 una ley que lleva por título “Reconoce y da protección al derecho a la identidad de género”, la cual no define que se entiende por identidad de género, pero que permite remitirse a las definiciones de la CIE-11.
- b) La redacción definitiva de la ley se enmarca dentro de las más permisivas o menos estrictas de la región, donde comparte sección con Argentina y Colombia. Siendo una de las que menos requisitos exige para el cambio –permitiendo un solo cambio posterior o retracto–, no exigiéndose una evaluación médica o psicológica o el acompañamiento por uno o más años de uno especialista.
- c) Los argumentos basados en evidencia empírica son limitados, dado que dichos estudios son débiles metodológicamente y en su globalidad entregan resultados inconsistentes.

⁵² Revisado en www.t13.cl/noticia/mundo/bbc/el-violador-que-se-declaro-transgenero-y-fue-recluido-en-una-carcel-de-mujeres-donde-abuso-de-las-presas [fecha de consulta: abril de 2019].

⁵³ Artículo 17 del decreto ley 3500 que establece el nuevo sistema de pensiones.

⁵⁴ Revisado en www.clarin.com/sociedad/cambio-genero-ano-jubilacion-anses-otorgo_0_ry1AEwYGQ.html [fecha de consulta: marzo de 2019].

- d) No es posible fijar *a priori* que un niño, niña o adolescente se encuentra efectivamente en un tránsito al sexo opuesto. Recordar, entonces, que no son parte de la ley y tampoco de la posibilidad otorgada por el artículo 12 de la misma sobre el cambio de sexo registral.
- e) En cuanto al acompañamiento de los menores de catorce años, debemos ser cuidadosos, en atención a la especial vulnerabilidad en la que se encuentran. Es importante ofrecer una paleta de instituciones con diversas visiones, dado que acompañar no significa guiar hacia un determinado fin, sino que es el menor quien posiblemente según los estudios científicos se reconciliara con su sexo biológico en la mayoría de los casos.
- f) La ley no se hizo cargo de grandes dificultades que pueden presentarse *a posteriori* con quienes transitan. Por ejemplo, la ley de Ecuador exige la creación de un nuevo registro, el cual se enfoca únicamente en el género, teniendo, entonces, dos registros paralelos uno respecto del sexo y otro sobre género.
- g) Respecto de los efectos indirectos conexos que puede producir la ley y sus vacíos, son precisamente los acaecidos en países que cuentan con la legislación vigente hace algunos años. Ni la ley ni los reglamentos previeron consecuencias de vulnerabilidad para terceros afectados como para los mismos transgéneros o, incluso, *bypass* a leyes como la de pensiones en el caso argentino.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ASOCIACIÓN ESTADOUNIDENSE DE PSIQUIATRÍA (2013): *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (5ª edición, Estados Unidos, Editorial Médica Panamericana).
- DHEJNE, Cecilia, Paul LICHTENSTEIN, Marcus BOMAN *et al.* (2011): "Long-Term Follow-Up of Transsexual Persons Undergoing Sex Reassignment Surgery: Cohort Study in Sweden", in *Plos One* (Australia), disponible en <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0016885>
- EHRENSAFT, Diane (2017): "Adolescent Health, Medicine and Therapeutics Journal".
- MAYER, Lawrence S. y Paul R. MCHUGH (2016): "Sexualidad y género: Conclusiones de la biología, la psicología y las ciencias sociales", en *The New Atlantis*, n.º 50 (Washington): pp. 1-111. Disponible en [http://civica.com.es/drupal/sites/default/files/20160831_TNA50SexualityandGenderESP%20\(1\).pdf](http://civica.com.es/drupal/sites/default/files/20160831_TNA50SexualityandGenderESP%20(1).pdf)
- MILLET, Nessa, LONGWORTH, Julia y ARCELUS, Jon (2017): "Prevalence of Anxiety Symptoms and Disorders in the Transgender Population: A Systematic Review of the Literature", en *International Journal of Transgenderism*, Vol. 18 N° 1: pp. 27-38.
- ROJAS, Juan Pablo (2019): "Transterenrismo. Una revisión de sus causas", inédito.

- SINGAL, Jesse (2016): "How to fight over transgender kids got a leading sex researcher fired", *The Cut* (New York), disponible en www.thecut.com/2016/02/fight-over-trans-kids-got-a-researcher-fired.html
- SINGH, Devita (2012): *A Follow-up Study of Boys with Gender Identity Disorder*, in Thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, Department of Human Development and Applied Psychology Ontario Institute for Studies, Education University of Toronto.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (1992): "Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud", Décima revisión, disponible en <http://ais.paho.org/classifications/Chapters/pdf/Volume1.pdf>
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2018): "Clasificación estadística internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud", Undécima versión.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2018): "La Organización Mundial de la Salud (OMS) publica hoy su nueva Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)", comunicado de prensa, disponible en www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-icd-11 [Fecha de consulta: Octubre 2018].
- WALLIEN, MS & Peggy T. COHEN-KETTENIS (2008): "Psychosexual outcomes of gender-dysphoric children", in *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry*, Vol. 47, n.º 12: pp. 1413-1423.

Otros documentos

- BERMÚDEZ, Ismael (2018): *Un hombre cambió de género a los 59 años y la ANSeS le dio la jubilación a los 60*, 3 de julio de 2018. Disponible en www.clarin.com/sociedad/cambio-genero-ano-jubilacion-anses_otorgo_0_rylAEwYQG.html [Fecha de consulta: Marzo 2019].
- BORRAZ, Marta (2018): *La OMS deja de considerar la transexualidad un trastorno mental*, 18 de junio de 2018. Disponible en www.eldiario.es/sociedad/OMS-considerar-transexualidad-enfermedad-incongruencia_0_783572396.html [Fecha de consulta: Octubre 2018]
- DOS MANZANAS (2017): *La justicia europea condena a Francia por exigir la esterilización de las personas trans como requisito para reconocer su identidad de género*, 9 de abril de 2017. Disponible en www.dosmanzanas.com/2017/04/el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-condena-a-francia-por-exigir-la-esterilizacion-de-las-personas-trans-como-requisito-para-reconocer-su-identidad-de-genero.html [Fecha de consulta: Abril 2019]
- EMOL (2018): *El mapa mundial de la identidad de género: La postura de cada país y los casos registrados en Chile*, 31 de enero de 2018. Disponible en www.emol.com/noticias/Internacional/2018/01/31/893239/El-mapa-mundial-de-la-identidad-de-genero.html [Fecha de consulta: Abril 2019]

FUENTES, Ana (2018): *Mujer registrada como hombre transexual no quiere ir a una cárcel para varones*, 13 de julio de 2018. Disponible en: www.actuall.com/familia/mujer-registrada-como-hombre-transexual-no-quiere-ir-a-una-carcel-para-varones/ [Fecha de consulta: Abril 2019]

ONG COMUNIDAD Y JUSTICIA (2017): Minuta sobre modelos de tratamiento de niños que se identifican como trans.

TELETRECE (2018): *Violador que se declaró transgénero fue recluso en una cárcel de mujeres donde abusó de las presas*, 10 de septiembre de 2018. Disponible en www.t13.cl/noticia/mundo/bbc/el-violador-que-se-declaro-transgenero-y-fue-recluido-en-una-carcel-de-mujeres-donde-abuso-de-las-presas [Fecha de consulta: Abril 2019].

Normas citadas

Código Civil chileno, DFL n.º 1 del Ministerio de Justicia, 30 de mayo de 2000.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18 de julio de 1978.

Decreto ley n.º 3500 establece el nuevo sistema de pensiones, 13 de noviembre de 1980.

Decreto supremo n.º 1227 de la República de Colombia, 4 de junio de 2015.

Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles n.º 684, gobierno del Ecuador, 4 de febrero de 2016.

Ley n.º 807 del Estado Plurinacional de Bolivia, Ley de Identidad de Género, 21 de mayo de 2016.

Ley n.º 18620 de la República Oriental del Uruguay, Establece el Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en Documentos Identificatorios, 17 de noviembre de 2009.

Ley n.º 19947 establece nueva Ley de Matrimonio Civil, 17 de mayo de 2004.

Ley n.º 19968 que crea los Tribunales de Familia, 30 de agosto de 2004.

Ley n.º 21120 reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, 10 de diciembre de 2018.

Ley n.º 26743 de la Nación Argentina, Establece el Derecho a la Identidad de Género de las Personas, 9 de mayo de 2012.

Jurisprudencia citada

Sentencia T-063 de 2015 de la Corte Constitucional de la República de Colombia.

Tribunal Constitucional (2018): Rol 5385-18, 5 de octubre de 2018 (resolución de téngase presente).

LA FIJACIÓN DE PLAZOS DE PROHIBICIÓN
DE INGRESO DE EXTRANJEROS AL PAÍS
NOTAS SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD
DE ALGUNOS ARTÍCULOS
DEL PROYECTO DE LEY DE MIGRACIÓN
Y EXTRANJERÍA
(BOLETÍN N.º 8970-06)

THE DETERMINATION OF COUNTRY
ENTRANCE PROHIBITION TERMS
FOR FOREIGNERS
NOTES ABOUT THE UNCONSTITUTIONALITY
OF SOME SECTIONS
OF THE MIGRATION AND FOREIGN AFFAIRS
LEGISLATIVE PROJECT
(BILL N.º 8970-06)

*Tomás Pedro Greene Pinochet**

RESUMEN: Este trabajo revisa algunos artículos del Proyecto de Migración y Extranjería que se tramita en el Congreso, particularmente aquellos que entregan a la autoridad administrativa y a la policía facultades de fijar plazos de prohibición de ingreso al país para extranjeros. Dado que la Constitución establece una reserva legal absoluta para limitar la libertad ambulatoria (artículo 19 n.º 7 letra a), se concluye que las normas revisadas presentan un vicio de inconstitucionalidad. La fijación de estos plazos es tarea exclusiva del legislador, quien deberá emprenderla utilizando criterios de razonabilidad y respetando el núcleo esencial del derecho fundamental en cuestión.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de la Clínica Jurídica de Derecho Migratorio de la misma universidad y de la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: tpgreene@uc.cl

PALABRAS CLAVE: Proyecto de Ley de Migración y Extranjería - Prohibición de ingreso al país - Libertad de locomoción - Limitación a los derechos fundamentales - Reserva legal.

ABSTRACT: This paper reviews some articles of the Migration and Aliens Project that are processed in the Congress, particularly those that give the administrative authority and the police the power to set deadlines for the prohibition of entry into the country for foreigners. Given that the Constitution establishes an absolute legal reservation to limit outpatient freedom (article 19, n.º 7, letter a), it is concluded that the revised norms present a defect of unconstitutionality. The setting of these deadlines is the exclusive task of the legislator, who must undertake it using criteria of reasonableness and respecting the essential core of the fundamental right in question.

KEY WORDS: Migration and Foreign Affairs Legislative Project - Country entrance prohibition - Freedom of movement - Fundamental rights' limitation - Statutory reserve

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se desarrolla una opinión jurídica acerca del contenido de algunos artículos del proyecto de ley de Migración y Extranjería (*Boletín* n.º 8970-06) que se encuentra actualmente en su segundo trámite constitucional¹ en la Cámara Alta del Congreso².

La opinión se refiere principalmente a los artículos 30, 89, 127, 129 y 133 del texto del Proyecto que fue remitido por la Cámara de Diputados al Senado en enero de 2019, especialmente en lo que se refiere a los plazos de prohibición de ingreso al país que afectan:

- a) a los extranjeros que han cometido una infracción migratoria y deciden salir del país sin dar cumplimiento a la sanción que se les ha impuesto;

¹ Este proyecto de ley ingresó a la Cámara de Diputados en junio de 2013 a través de un mensaje presidencial y presentó algunos avances durante dicho año y el siguiente. Entre octubre de 2014 y marzo de 2018 no experimentó ningún movimiento, pero en abril de 2018 el Presidente de la República le hizo indicaciones y se retomó su tramitación. En enero de 2019 la Cámara de Diputados remitió el oficio n.º 14470 al presidente del Senado con el nuevo texto del proyecto de ley para su revisión.

² Parte de este trabajo fue expuesto ante la Comisión de Gobierno, Descentralización y Regionalización del Senado, en la sesión del día 22 de abril de 2019.

- b) a los extranjeros cuyo permiso de residencia les ha sido revocado o cuya solicitud de residencia ha sido rechazada y a quienes, como consecuencia de ello, se les ordena el abandono del país;
- c) a los extranjeros que son sorprendidos intentando ingresar al país eludiendo el control migratorio, valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, y que son objeto de una medida de reconducción o devolución inmediata y
- d) a los extranjeros sobre quienes se dicta una medida de retorno asistido o una medida de expulsión.

Los principales problemas que se advierten en estos artículos tienen que ver con la atribución que se da a la autoridad administrativa e, incluso, a la policía para fijar los plazos de prohibición de ingreso al territorio nacional que se impondrán a los extranjeros que se encuentren en estas hipótesis; y, relacionado directamente con lo anterior, con la discrecionalidad que se concede a dichas autoridades para que fijen estos plazos, lo que puede llevar a establecer prohibiciones desproporcionadas. Además, se descubre cierta descoordinación entre dos de estas normas que debe ser corregida para que exista entre ellas la necesaria armonía legal.

La tesis que se sostiene en este trabajo es que, siendo la prohibición de ingreso al país una limitación al ejercicio del derecho a entrar a Chile que contempla el artículo 19 n.º 7 letra a) de nuestra Constitución Política, la tarea de fijar estos plazos de prohibición debe estar entregada exclusivamente al legislador, puesto que el texto constitucional establece una clara reserva legal al respecto. Además, se afirma que la cantidad de tiempo que se fije para que un extranjero se encuentre impedido de regresar al país luego de haber sido removido debe necesariamente atender a la gravedad de la infracción migratoria que motivó la sanción y ser justificada y proporcional. Dado que las infracciones migratorias que conducen a la aplicación de sanciones son de diversa naturaleza y gravedad, no pueden castigarse todas ellas con una misma sanción, esto es, con un mismo plazo de prohibición de ingreso al territorio nacional.

El objetivo de este trabajo es contribuir al debate parlamentario y académico en torno a este punto, para que, en último término, el Proyecto de Ley de Migración y Extranjería que pronto verá la luz no adolezca de vicios de inconstitucionalidad.

Con este propósito, se comenzará revisando detalladamente el contenido de aquellos artículos del proyecto que se consideran inconstitucionales, mostrando seguidamente los problemas de coherencia que presentan dos de ellos entre sí. Luego, se estudiarán otras normas del proyecto que también hacen referencia a prohibiciones de ingreso y a sus plazos de duración. A continuación, se profundizará brevemente en el contenido del derecho a

entrar al territorio nacional que consagra el artículo 19 n.º 7 letra a) de la Constitución, para después contrastar lo que señalan estas normas con los estándares que fija la Carta Fundamental. Finalmente, una vez demostrada la inconstitucionalidad de las normas en análisis, se extraerán algunas conclusiones del examen emprendido y se harán propuestas al legislador para la regulación de esta materia.

2. EL CONTENIDO DE LOS ARTÍCULOS 30, 89, 127, 129 Y 133 DEL PROYECTO DE LEY

2.1. *Artículo 30*

El artículo 30 se ubica bajo el título III del proyecto, denominado “Del ingreso y egreso”, y se refiere al caso de los extranjeros que, habiendo sido sancionados por alguna infracción a las normas de extranjería, deciden salir del país sin haber dado cumplimiento a la sanción impuesta. Según este artículo

“en el caso de sanciones impuestas por infracciones de la presente ley o su reglamento, los extranjeros deberán acreditar, previamente a su salida del país, haber dado cumplimiento a la respectiva sanción, o bien que cuentan con autorización del Servicio [de Migraciones] para su egreso”.

La norma establece, no obstante, una excepción a esta regla, consistente en que

“el Servicio podrá permitir el egreso de infractores sin que hayan dado cumplimiento a la sanción impuesta, estableciendo en su contra una prohibición de ingreso al país de hasta por cinco años, contados desde la notificación de la sanción”.

El artículo termina señalando:

“una resolución exenta de la Subsecretaría fijará las condiciones en que se aplicará esta facultad excepcional y la duración de las prohibiciones de ingreso, considerando los siguientes criterios: duración del permiso respectivo, gravedad de la sanción impuesta, circunstancia de haber auto denunciado la infracción y afectación de la seguridad interior del Estado”.

De una lectura sistemática del proyecto de ley, es posible concluir que la única sanción que el extranjero podría no haber cumplido antes de salir del territorio nacional es el pago de una multa administrativa que haya tenido origen en una infracción migratoria, toda vez que las demás sanciones

que contempla el proyecto y que se pueden imponer a un extranjero que se encuentra dentro del país –órdenes de abandono (artículo 89), de expulsión (artículo 122) o de retorno asistido (artículo 128)– se cumplen precisamente saliendo de sus fronteras. La sanción de amonestación escrita (artículo 120), por su parte, no requiere de ningún acto de cumplimiento por parte del extranjero infractor.

2.2. *Artículo 89*

El artículo 89 se encuentra contenido en el párrafo VII del título IV del proyecto de ley, relativo al “Rechazo y revocación de los permisos de residencia”. En él se regula el efecto que tendrá que la autoridad migratoria desestime una solicitud de visa presentada por un extranjero o, bien, que revoque una autorización de residencia que ya le había sido concedida previamente.

Según el primer inciso de este artículo,

“los rechazos y revocaciones se dispondrán por resolución fundada del Director Nacional del Servicio [de Migraciones], exenta del trámite de toma de razón”.

Su inciso cuarto agrega:

“toda resolución que rechace o revoque un permiso deberá fijar al extranjero un plazo para que abandone el país, que no podrá ser menor a cinco días, sin perjuicio de que se aplique alguna sanción de conformidad a la ley o se resuelva su expulsión del país. Dicha resolución podrá señalar un plazo en el cual el afectado no estará habilitado para ingresar al país”.

El uso del verbo ‘podrá’ establece el carácter facultativo que tiene para la autoridad migratoria la fijación de este último plazo, lo que trae como consecuencia que el director nacional del Servicio de Migraciones, al momento de dictar órdenes de abandono en estos casos, tendrá dos alternativas:

- i) no fijar ningún plazo dentro del cual el extranjero no podrá ingresar nuevamente al país o, bien,
- ii) fijar expresamente un plazo de manera discrecional, puesto que la norma no le da ningún parámetro para la determinación del tiempo que habrá de durar la sanción.

Nada parece impedir que este plazo expreso sea indefinido.

2.3. *Artículo 127*

Por su parte, el artículo 127 se encuentra bajo el título VIII del proyecto de ley, llamado “De la expulsión y el retorno asistido”, y se refiere a la sanción

denominada “reconducción o devolución inmediata”. De acuerdo con el segundo inciso de este artículo, esta medida es aplicable al extranjero que sea sorprendido

“intentando ingresar al territorio nacional eludiendo el control migratorio, ya sea por pasos habilitados o no, o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona”,

en cuyo caso operará el reembarco o reconducción del infractor a la frontera del país colindante al paso fronterizo por el cual se intentó el ingreso.

El inciso tercero de esta norma establece que será deber para la policía de informar del caso al Servicio de Migraciones, el que deberá determinar “el tiempo que durará la prohibición de ingreso que de forma provisoria establecerá la Policía”. Y agrega:

“en caso de que dicha prohibición y su duración no sea dictada por el Servicio dentro de los siguientes seis meses de producido el hecho, ésta quedará sin efecto de pleno derecho”.

Como puede verse, esta norma contempla un primer acto por el que la Policía de Investigaciones, al mismo que reconduzca o reembarque al extranjero, fijará un plazo de prohibición de ingreso de carácter provisorio; y un segundo acto por el que el Servicio de Migraciones podrá confirmar, ampliar o reducir el plazo señalado por la Policía. En caso de que el Servicio no realice este acto dentro del término de seis meses contados desde la fecha en que se produjo “el hecho” –el que se asume que se refiere al intento frustrado de ingresar al país–, la prohibición de ingreso provisoria quedará sin efecto de pleno derecho.

Finalmente, el inciso cuarto admite la posibilidad de interponer un recurso en contra de las medidas de reconducción o reembarco y de prohibición de ingreso provisoria “dictada por la autoridad contralora” –es decir, por la Policía de Investigaciones³–, recurso que deberá presentarse desde el exterior, ante el Servicio de Migraciones, a través del consulado chileno respectivo. El plazo para interponer este recurso será de quince días, contados desde la fecha de notificación de la medida, y su presentación no suspenderá los efectos de la resolución impugnada.

³ Según los artículos 161 y 1 n.º 14 del proyecto, la Policía de Investigaciones de Chile será la autoridad que tendrá la función de controlar el ingreso de extranjeros al territorio nacional, tal como ocurre en la actualidad.

2.4. Artículo 129

El artículo 129, ubicado bajo el mismo título que el artículo 127, se refiere concretamente a la forma de disponer las medidas de expulsión y de retorno asistido, las que, si bien tienen el mismo efecto, la primera se aplica a adultos, y la segunda, a niños, niñas y adolescentes.

La expulsión, en palabras del propio proyecto,

“es la medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero que incurriere en alguna de las causales previstas en el ordenamiento jurídico para su procedencia” (artículo 122 inciso 1°).

Las medidas de expulsión pueden ser de dos clases:

- i) las que son decretadas por resolución fundada de la autoridad administrativa, que habitualmente se denominan “expulsiones administrativas” y
- ii) aquellas que emanan de un tribunal con competencia penal, conocidas como “expulsiones judiciales”, que se refieren especialmente a las que contempla el artículo 1° letra e) de la Ley n.° 18216, como medidas sustitutivas al cumplimiento de las penas privativas o restrictivas de libertad (artículo 122 inciso 2°) y que aplican en casos determinados⁴.

El retorno asistido, a su turno, está referido únicamente al caso de los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren en el país sin acompañamiento o sin la autorización escrita de su padre, madre, guardador o persona encargada de su cuidado personal. Dado que, respecto de estos menores, se prohíbe la expulsión tal como está regulada en el proyecto, este dispone un procedimiento especial para su retorno al país del que son nacionales, en el que deberán contar con la asistencia de la autoridad chilena encargada de la protección de niños, niñas y adolescentes (artículo 128).

Pues bien, el artículo 129 del proyecto de ley contempla en primer lugar una regla general, según la cual “las medidas de expulsión y retorno asistido de extranjeros serán impuestas por resolución fundada del Director Nacional del Servicio [de Migraciones]”. En relación con esta hipótesis, se establece que el director nacional

⁴ Según el artículo 34 de la Ley n.° 18216, la expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento de la pena es aplicable por el juez, de oficio o a petición de parte, a los extranjeros que hayan sido condenados a penas iguales o inferiores a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo y que no residieren legalmente en el país.

“podrá designar las regiones del país en las cuales las medidas de expulsión y retorno asistido de titulares de permanencia transitoria serán impuestas por los directores regionales respectivos”.

Esta norma se asemeja a aquella que rige actualmente, por la que el Ministerio del Interior delega en los intendentes regionales la facultad de expulsar extranjeros del territorio nacional en el caso particular de aquellos cuyos permisos de turismo se encuentren vencidos⁵, dando a entender que estas facultades podrán ser ahora delegadas en las nuevas autoridades migratorias regionales que se crearán.

Luego, la norma establece una regla de excepción, aplicable a “casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior”, en los que la medida de expulsión podrá emanar del “Subsecretario del Interior, mediante resolución fundada”. En relación con esta hipótesis, se agrega:

“el acto administrativo de este último estará afecto al trámite de toma de razón, y deberá establecer el plazo de prohibición de ingreso al país, el que, fundado en razones graves y calificadas, podrá ser indefinido.”

2.5. Artículo 133

A continuación, el artículo 133 del proyecto de ley, ubicado bajo el mismo título que el artículo 129, señala:

“la medida de prohibición de ingreso podrá disponerse por un plazo determinado o por razones graves y calificadas de forma indefinida, y será formalizada mediante resolución exenta del Director Nacional del Servicio”.

Por tanto, tal como ocurre en el artículo 89, se establece el carácter facultativo que tiene para el director nacional del Servicio de Migraciones fijar, en las resoluciones que dicte, un plazo en el que el extranjero infractor no podrá entrar al país. Dado que la norma no distingue entre los casos de expulsión

⁵ El decreto supremo n.º 818 del Ministerio del Interior, de 13 de julio de 1983, publicado el 8 de septiembre del mismo año en el *Diario Oficial*, establece en su artículo 1.º: “Delégase en los señores Intendentes Regionales del país, la facultad de disponer la medida de expulsión a: a) los extranjeros que hubieren prolongado su permanencia en el país luego de expirar su permiso de turismo o entrada al territorio nacional”. Según el proyecto de ley, el permiso que actualmente se denomina “de turismo” (artículo 44 del decreto ley n.º 1094, de 1975), pasará a identificarse con una de las subcategorías del nuevo permiso de “permanencia transitoria” (artículo 51 n.º 1 en relación con el artículo 45, ambos del proyecto de ley), por lo que la misma facultad que hoy poseen los intendentes regionales podría ser asumida, si el director nacional del Servicio de Migraciones así lo dispone, por las autoridades que el proyecto llama “Directores Regionales”.

o de retorno asistido, podría entenderse que se aplicará a ambos, puesto que donde la ley no distingue, no corresponde tampoco que lo haga al intérprete. Así, en estos casos el director nacional podrá:

- i) no señalar ningún plazo de prohibición de ingreso al territorio nacional o, bien,
- ii) indicar de forma expresa y discrecional un plazo determinado.

A continuación, y sin perjuicio de lo anterior, la norma establece también que, en casos excepcionales, “por razones graves y calificadas”, el mismo director nacional del Servicio de Migraciones podrá decretar que estos plazos de prohibición de ingreso serán indefinidos. En ninguno de estos dos casos será necesario el trámite de toma de razón sobre el acto de remoción.

Luego, el artículo 133 plantea que la medida de prohibición de ingreso “también podrá disponerla mediante resolución afecta el Subsecretario del Interior en los casos calificados indicados en el artículo 129”. Al remitir al artículo 129, esta norma invoca aquellos “casos debidamente calificados, fundados en razones de seguridad interior o exterior”.

Por último, este artículo señala: “estas prohibiciones podrán ser suspendidas o revocadas de oficio o a petición de parte”, pareciendo que se refiere, por el uso del plural, tanto a las que dicte el director nacional del Servicio de Migraciones como a las que emanen del subsecretario del Interior. No obstante, nada dice acerca de los motivos por los que podría concederse la suspensión o revocación de la prohibición de ingreso ni ante qué autoridad deberá pedirse en caso que se haga por el afectado, por lo que no queda claro si este deberá dirigirse a la misma autoridad que dictó el acto administrativo o a su superior jerárquico.

3. PROBLEMA DE DESCOORDINACIÓN QUE PRESENTAN DOS DE ESTAS NORMAS EN RELACIÓN CON LAS FACULTADES QUE ATRIBUYEN A LAS AUTORIDADES MIGRATORIAS

Antes de desarrollar un análisis de fondo sobre estas normas, conviene advertir que existe un delicado problema de descoordinación entre los artículos 129 y 133, el cual debe ser resuelto por el legislador antes de su publicación. Si se atiende cuidadosamente a estos preceptos, pueden extraerse las siguientes conclusiones que dan cuenta de su disarmonía:

- a) El artículo 129 posee una lógica interna según la cual se concede solo a la autoridad jerárquicamente superior –el subsecretario del Interior– la calificación de los casos más graves y su sanción con la fijación de un plazo de prohibición de ingreso indefinido, sometiendo, además, esta

actividad al examen de la Contraloría General de la República. Esta lógica es echada por tierra por el artículo 133, que también entrega al director nacional del Servicio de Migraciones aquella facultad que el artículo 129 había reservado exclusivamente al Subsecretario, al permitirle al primero dictar órdenes de expulsión con plazos de prohibición de ingreso expresamente indefinidos y sin que dichos actos administrativos deban ser sometidos al trámite de toma de razón. La parte final del artículo 133, que remite al artículo 129 en relación con esta facultad especial del subsecretario del Interior, se convertirá en una norma muerta desde su nacimiento, pues, ¿qué necesidad habrá de que el Subsecretario califique circunstancias extraordinarias y dicte expulsiones con prohibiciones de ingreso indefinidas que deban ser tomadas de razón, si el director nacional del Servicio también podrá hacerlo de forma más expedita, sin pasar por la Contraloría?

- b) El artículo 129 establece que las órdenes de expulsión o de retorno asistido, por regla general, serán dictadas por el director nacional del Servicio de Migraciones, sin perjuicio de su facultad de delegar su poder para remover extranjeros en los directores regionales, únicamente para los casos en que aquellos hayan sobrepasado el tiempo de duración de sus permisos de permanencia transitoria en el territorio nacional, infracción tipificada en los artículos 105, 115 y 123 n.º 4 del proyecto de ley⁶. Dado que la facultad de fijar plazos de prohibición de ingreso indefinido es dada al director nacional por el artículo 133, y que el artículo 129 nada dice al respecto, no es claro que esta facultad sea delegable a los directores regionales ni puede entenderse tácitamente que lo sea, puesto que ninguna persona puede atribuirse, “otra autoridad o derechos que los que expresamente se

⁶ Según el artículo 105 del proyecto (ubicado dentro del párrafo de las infracciones migratorias menos graves), “los residentes o titulares de permanencia transitoria que permanezcan en el país, no obstante haber vencido su permiso por un plazo inferior o igual a ciento ochenta días corridos, serán sancionados con multa de media a diez unidades tributarias mensuales (...)”. A su turno, el artículo 115 (ubicado bajo el párrafo de las infracciones migratorias graves), dispone que, cuando la estadía del extranjero con permiso de permanencia transitoria vencido exceda los “ciento ochenta días corridos desde el vencimiento de su permiso”, la multa aplicable será de cinco a diez unidades tributarias mensuales, es decir, admite que esta multa sea inferior a la multa del artículo 105, lo que no parece lógico. Por otra parte, el artículo 123 numeral 4º del proyecto de ley contempla la expulsión como segunda sanción para la misma infracción de que tratan los artículos 105 y 115, aunque sin considerar el número de días por los que se extendió la permanencia irregular. Se estima que la aplicación de esta última norma podría infringir el principio de *non bis in idem*, además de adolecer de una clara desproporcionalidad, porque permitiría expulsar a una persona cuyo permiso de permanencia transitoria se encuentre recién vencido, quien que además tendría que pagar una multa antes de ser removido del país.

les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes” (artículo 7° inciso 2° de la Constitución Política). En cualquier caso, si se concluyera que las autoridades migratorias regionales pueden fijar plazos de prohibición de ingreso indefinidos a quienes tengan su permiso de permanencia transitoria vencido, dicha delegación pugnaría aún más con la lógica interna del artículo 129, puesto que la autoridad de menor rango estaría habilitada para imponer la sanción más gravosa, sin que sus actos pasen tampoco por la toma de razón de Contraloría.

4. OTRAS NORMAS SOBRE PROHIBICIÓN DE INGRESO AL PAÍS EN EL PROYECTO DE LEY

Antes de avanzar hacia la argumentación sobre la inconstitucionalidad de los artículos en comento, es necesario hacer referencia a otras normas del proyecto, que establecen reglas para la prohibición de ingreso de extranjeros al país y que, en algunos casos, fijan plazos respecto de ella.

Según el artículo 24 del proyecto de ley,

“la entrada de personas al territorio nacional y salida de él deberá efectuarse por pasos habilitados, con documentos de viaje y siempre que no existan prohibiciones legales a su respecto”.

El proyecto contempla la posibilidad de que cualquier persona ingrese al territorio nacional y permanezca en él como titular de un permiso de permanencia transitoria⁷, sin que requiera para ello de una autorización previa (artículo 27 inciso 1°). La excepción a esta regla está dada por los casos en que, mediante decreto supremo y “por motivos calificados de interés nacional o por motivos de reciprocidad internacional”, se establezca el requisito de una visa otorgada por el consulado chileno en el exterior respecto de los nacionales de determinados países que la autoridad administrativa haya definido (artículo 27 inciso 2°)⁸. Como es evidente, si un nacional de alguno

⁷ El permiso de permanencia transitoria, de acuerdo con el artículo 45 del proyecto de ley, “es el permiso otorgado por el Servicio [de Migraciones] a los extranjeros que ingresen al país sin intenciones de establecerse en él, que los autoriza a permanecer en territorio nacional por un período limitado”, el que se extiende, por regla general, a noventa días, sin perjuicio de la facultad de la autoridad migratoria para limitar dicho plazo a un periodo menor o para prorrogarlo una vez por noventa días más y, en casos de fuerza mayor, para hacerlo por segunda vez por el tiempo estrictamente necesario para que el extranjero abandone el país (artículo 46).

⁸ Se estima que también debe examinarse la constitucionalidad de esta regla, puesto que establece una limitación al derecho a la libertad ambulatoria consagrado en el artículo 19 n° 7

de estos países se presenta en un control fronterizo sin una visa consular, no podrá ingresar al territorio nacional.

Respecto de las personas que tengan el propósito de establecerse en Chile, deberán tramitar un permiso de residencia temporal antes de viajar (artículo 66), el que será otorgado en la sede consular chilena del país de origen del interesado (artículo 67 inciso final), no siendo posible, por regla general, que los titulares de un permiso de permanencia transitoria postulen a un permiso de residencia estando dentro del país (artículo 56).

En cuanto a las prohibiciones legales de ingreso a que se refiere expresamente el artículo 24 del proyecto recién citado, están contenidas en dos grupos:

- a) unas imperativas, que la autoridad migratoria está obligada a aplicar (artículo 32) y
- b) otras facultativas, que pueden aplicarse o no, según un criterio discrecional (artículo 33).

Entre estas causales solo mencionaremos las de los numerales 3 y 4 del artículo 32, por presentar mayor interés para los efectos de este trabajo:

“Artículo 32.- Prohibiciones imperativas. Se prohíbe el ingreso al país a los extranjeros que: (...) 3. Intenten ingresar o egresar del país, o hayan ingresado o egresado, por un paso no habilitado, eludiendo el control migratorio o valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, en los cinco años anteriores. 4. Tengan registrada una resolución de prohibición de ingreso, administrativa o judicial, mientras no se revoque o caduque la medida.

Como puede verse, el numeral 3 actúa en coordinación con el artículo 127 ya revisado, pues es el fundamento para que quienes se encuentren en la situación que indica sean devueltos de manera inmediata al lugar de donde venían. Pero, además, este numeral presenta la particularidad de que establece un plazo legal de prohibición de ingreso al país de cinco años para las personas que hayan sido sorprendidas intentando ingresar o egresar, o habiendo ingresado o egresado por un paso no habilitado, eludiendo el control policial o valiéndose de documentos falsos, adulterados o expedidos a nombre de otra persona.

El numeral 4, a su turno, establece una regla que refleja u operativiza las normas estudiadas de los artículos 30, 89, 127, 129 y 133, puesto que sirve de causal legal para hacer efectiva la prohibición contenida en las resoluciones que imponen medidas de abandono, de expulsión, de retorno

letra a) de la Constitución Política, particularmente al derecho a entrar al territorio nacional, el que, de acuerdo con esta misma norma constitucional, solo puede ser limitado por el legislador y jamás por el Ejecutivo mediante un decreto, como se detallará más adelante.

asistido, y en aquellas que se dicten por aplicación de los artículos 30 y 127. Además, este numeral agrega un elemento que permite entender el efecto de estas prohibiciones: la expresión final “mientras no se revoque o caduque la medida” indica que, si la resolución no señala expresamente un plazo de prohibición de ingreso, esta última se mantendrá vigente mientras no se revoque. Comprender esto es fundamental para ponderar la gravedad del problema que presentan las normas en comento, ya que siempre que la autoridad administrativa emita una orden de abandono, de expulsión o de retorno asistido y no señale expresamente en ella el tiempo por el que el extranjero estará inhabilitado para regresar al país, se entenderá que esta prohibición, por menos grave que haya sido el motivo que causó la remoción del extranjero del país, durará, en principio, por el resto de su vida.

Como ya se ha visto, el artículo 133, que dispone que las prohibiciones de ingreso “podrán ser suspendidas o revocadas de oficio o a petición de parte”, no señala ninguna causal de suspensión o revocación, por lo que debe entenderse que estos actos han quedado entregados a la más amplia discrecionalidad administrativa.

Luego, conviene hacer una referencia a las “expulsiones judiciales”, a las que el proyecto de ley también hace alusión en su artículo 122 y que, como se ha adelantado, son aquellas que proceden por aplicación del artículo 1° letra e) de la Ley n.° 18216, como medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad para extranjeros que han cometido ciertos delitos y que no residen legalmente en el país. Respecto de estas expulsiones, debe destacarse que el legislador estableció un plazo legal de prohibición de ingreso para quienes se vean afectados por ellas, al señalar en el artículo 34 inciso 3° de la referida ley:

“el condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena”.

Por último, cabe mencionar que el proyecto contempla, en su artículo 29, una hipótesis excepcional genérica a la aplicación de normas sobre prohibición de ingreso, al señalar:

“excepcionalmente, por causas de índole humanitaria, la policía podrá autorizar la entrada al país de los extranjeros que no cumplan los requisitos”

establecidos por la ley y por el reglamento que se dicte. Se entiende que esta norma es aplicable también a personas sobre quienes pesa una prohibición de ingreso que no ha sido revocada, puesto que no tener prohibiciones de este tipo es precisamente uno de los requisitos que el artículo 24 exige para

su entrada al país (artículo 32 n.º 3). Qué debe entenderse por “causas de índole humanitaria”, es algo que deberá ser calificado por la Subsecretaría del Interior mediante una resolución, mientras que la posibilidad de subsumir o no en una de las causales que señale la Subsecretaría el caso concreto del extranjero que llegue al control fronterizo a pedir un ingreso humanitario, será tarea del policía de turno.

5. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A ENTRAR AL TERRITORIO NACIONAL

Para analizar la constitucionalidad de las normas en comento, es necesario indagar primero y de manera particular en el contenido de la garantía del artículo 19 n.º 7 letra a) de la Carta Fundamental. Según esta norma,

“la Constitución asegura a todas las personas: (...) 7º.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”.

El exintegrante de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, Alejandro Silva Bascuñán, refiriéndose al origen de este precepto, indica:

“durante la sesión 106 de la Comisión Ortúzar sostuvimos que debían distinguirse tres aspectos en relación a la materia: la libertad individual, la libertad de locomoción y la seguridad individual. En esa oportunidad definimos la *libertad individual* como ‘la facultad de cada persona para actuar en la forma que ella cree que es más favorable al desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones fundamentales... que lo que esté expresamente prohibido por la ley y lo que vaya en perjuicio de terceros’, la *de locomoción*, como ‘la libertad de permanencia en cualquier parte del territorio y la facultad de trasladarse de un punto a otro; de salir del territorio de la República y de entrar en él’, y la *seguridad individual* como ‘la garantía que tiene la persona de no ser repentinamente impedida en el ejercicio de su libertad individual mediante una detención que la imposibilite para actuar en todos los aspectos en que ella quiere desarrollar su actividad’”⁹.

⁹ SILVA (2008), pp. 14-15.

Tratando de manera particular sobre la libertad contemplada en la letra a) del n.º 7 del artículo 19, a la que llama “libertad de locomoción, circulación, movilización, desplazamiento individual o ambulatoria”, la reconoce como una “consecuencia y expresión de la libertad personal”,¹⁰ y enumera los derechos específicos que comprende:

- a) el derecho de residir en cualquier lugar de la república,
- b) el derecho de permanecer en cualquier lugar de la república,
- c) el derecho de trasladarse de un lugar a otro de la república y
- d) derecho de entrar y salir del territorio de la república, agregando respecto de este último, “sin que tampoco para ello se requiera autorización alguna”¹¹.

En relación con la titularidad de este derecho, Alejandro Silva hace una especial referencia a los extranjeros, indicando al respecto:

“lo natural será abrir nuestras fronteras a los nacionales de otros Estados, ya que, como expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya transcrito (...), constituye un derecho del extranjero la circulación libre por el territorio de cualquier Estado, lo cual no puede ser objeto de restricción, salvo en los casos previstos en la ley”¹².

Que los extranjeros son también titulares del derecho en análisis ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional al señalar:

“la Constitución, en materia de titularidad específica del derecho fundamental de libertad de locomoción, no realiza ninguna distinción que valide un tratamiento diverso entre extranjero y nacional”¹³.

Si bien se ha constatado la inexistencia del reconocimiento internacional al derecho a inmigrar¹⁴, esto es, a “llegar a un país extranjero para radicarse en él”,¹⁵ lo cierto es que “nuestra Carta Fundamental sí consagra el derecho de todo extranjero a entrar libremente a nuestro país”¹⁶, sin perjuicio de la facultad del legislador para regular –no para privar– su ejercicio¹⁷. Como ha dicho también el Tribunal Constitucional, la norma del artículo 19 N° 7 letra a) de la Constitución

¹⁰ SILVA (2008), p. 17.

¹¹ *Op. cit.*, pp. 18-19.

¹² *Op. cit.*, p. 24.

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013), c. 30°.

¹⁴ DIAZ (2016), p. 183-187.

¹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2018).

¹⁶ DIAZ (2016), p. 187.

¹⁷ ALDUNATE (2003), p. 193.

“resulta de natural extensión tratándose de turistas y visitantes temporales. Sin embargo, en el caso de migrantes, esto es de personas que manifiestan su voluntad de residir en el país, con mayor razón se ha de aplicar en toda su extensión”¹⁸.

La única condición, dice la Constitución, para que un extranjero pueda hacer ingreso al territorio nacional, es que “se guarden las normas establecidas en la ley” y que se evite “el perjuicio de terceros”.

6. LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD AMBULATORIA

Los derechos fundamentales no son atributos de carácter absoluto¹⁹, sino que su ejercicio “se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad”²⁰. Según el artículo 19 n.º 7 letra a) ya citado, las limitaciones particulares que admite el ejercicio del derecho a la libertad ambulatoria son de dos clases:

- a) aquellas que nacen del respeto por los derechos de los demás, que son una exigencia del bien común y que impiden a su titular utilizar su derecho en perjuicio de otro y
- b) aquellas que provienen de una norma jurídica expresa que, en el caso de este derecho, solo puede encontrarse contenida en una de rango legal.

Siguiendo a Robert Alexy, Hugo Tórtora explica que solo la Constitución puede permitir la restricción de un derecho fundamental²¹, ya sea a través de una cláusula restrictiva contenida en su propio texto (restricciones directamente constitucionales) o, bien, mediante la delegación a otra autoridad, a quien se mandata la imposición de la limitación (restricciones indirectamente constitucionales).

En el caso del derecho a la libertad ambulatoria, el texto constitucional es claro: la restricción a este derecho solo puede hacerla el legislador. Si una autoridad distinta del Constituyente o del Congreso Nacional estableciera una restricción a cualquiera de los derechos que componen esta garantía, actuaría fuera del ámbito de su competencia, siendo su actuación inválida e inconstitucional (artículo 7º de la Constitución).

Es importante notar aquí, para los efectos de este trabajo, que la actividad limitadora que se encarga al legislador para la restricción de este

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013), c. 38º.

¹⁹ GARCÍA y CONTRERAS (2014), pp. 624-625.

²⁰ TÓRTORA (2010), p. 168.

²¹ *Op. cit.*, pp. 176-177.

derecho fundamental se debe someter a una doble condición: por una parte, las restricciones impuestas deben estar justificadas razonablemente y, por otra, no pueden alterar el contenido esencial del derecho en cuestión²². Esta última condición es precisamente la que se contiene en el artículo 19 n.º 26 de nuestra Constitución:

“La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Se volverá sobre este punto en el siguiente acápite.

En relación con las limitaciones a la libertad ambulatoria, Alejandro Silva Bascuñán señala:

el texto primitivo de la Carta de 1925 aludía a la obligación de guardar “los reglamentos de policía”, concepto vago que fue reemplazado mediante la ley de reforma constitucional N° 17.398, de 1971, y que el actual texto recoge²³.

Para enfatizar la reserva legal que estableció el constituyente en esta materia, el mismo autor indica:

“no es posible consagrar aquí limitaciones de orden moral, o conceptual-genéricas, porque tiene que ser muy estricto el campo de la limitación. Este último no puede sino provenir de dos factores: mientras en el Derecho Público la autoridad sólo puede hacer aquello que le está expresamente autorizado, en el Derecho Privado, en la actividad general, los ciudadanos pueden hacer todo lo que deseen, salvo lo que esté prohibido expresamente por la ley. Toda forma de restricción debe estar, entonces, basada en lo que preceptúe el legislador”²⁴.

Esta misma idea ha sido también destacada por José Luis Cea, quien, tratando específicamente sobre la garantía del artículo 19 n.º 7 letra a), estima que:

“imperla en la materia el principio de reserva legal con cualidad absoluta. Jamás por decreto u otra normativa inferior es procedente contemplar conceptos, requisitos, impedimentos o trámites en la especie. En otras

²² TÓRTORA (2010), p. 177.

²³ SILVA (2008), p. 19.

²⁴ *Op. cit.*, pp. 19-20.

palabras, trátase de un asunto delicado, para cuya normativa se exige por la Constitución el mayor grado de certeza o seguridad posibles, circunstancia que justifica la reserva legal fuerte que hemos destacado. Queda excluida, por ende, la delegación de facultades legislativas en el tópico, así como el desempeño de la potestad reglamentaria por el Primer Mandatario”²⁵.

Lo mismo entiende Humberto Nogueira:

“Sólo la ley y nadie más que el legislador puede regular los casos y formas en que cabe la afectación de la libertad personal o libertad física. Sólo el legislador formal (el Congreso Nacional) puede regular los ámbitos de la libertad personal. La reserva de ley debe ir acompañada del principio de tipicidad, que permite establecer concretamente los supuestos de afectación de la libertad personal. La reserva de ley en esta materia es de carácter absoluta, por lo que ninguna afectación de la libertad personal puede efectuarse legítimamente sin estar prevista en la ley”²⁶.

7. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS ANALIZADAS

Es indudable que la fijación de un plazo de prohibición de ingreso a un extranjero constituye una restricción a su derecho fundamental a ingresar al país. En consecuencia, resulta evidente la inconstitucionalidad de todas aquellas normas del proyecto que se han analizado que, en lugar de entregar la facultad de fijar estos plazos al legislador, como exige la Carta Fundamental, la delegan en autoridades administrativas y de policía.

Este grave vicio del proyecto de ley se ve agravado aún más en la medida que su articulado ni siquiera brinda a las autoridades migratorias algún parámetro para la determinación de dichos plazos, de manera que su margen de discrecionalidad en la materia es absoluto. Fuera del plazo de prohibición de ingreso de cinco años establecido en el artículo 32 n.º 3, aplicable al caso de los extranjeros que ingresan o egresan por pasos no habilitados, eludiendo el control policial o valiéndose de documentos falsos, adulterados o expedidos a nombre de otra persona y del plazo de diez años que contempla el artículo 34 de la Ley n.º 18216, aplicable a las expulsiones judiciales, no existe otro parámetro legal para la restricción de este derecho fundamental.

Como ya se ha adelantado, el hecho que las normas de los artículos 30, 89, 127, 129 y 133 no señalen plazos de prohibición de ingreso y que

²⁵ CEA (2012), p. 260.

²⁶ NOGUEIRA (2002), p. 164.

deleguen la facultad de fijarlos en autoridades administrativas e, incluso, policiales, permitirá que estas:

- a) establezcan plazos más breves o más extensos de manera expresa y discrecional,
- b) que señalen plazos expresamente indefinidos o
- c) que simplemente no señalen ningún plazo.

En atención al uso de la forma verbal 'podrá' en los artículos 89, 129 y 133 del proyecto, la Administración se entenderá autorizada para decretar prohibiciones de ingreso sin fijarles un plazo de vigencia de manera expresa, lo que tendrá el efecto tácito de impedir la entrada de los afectados al territorio nacional de forma indefinida, pues, como se estipula en el artículo 32 n.º 4, se encontrará prohibida la entrada al país de quienes "tengan registrada una resolución de prohibición de ingreso, administrativa o judicial, mientras no se revoque o caduque la medida". Los únicos casos que contempla el proyecto en los que "deberá" fijarse un plazo de prohibición son:

- a) aquel en el que el subsecretario del Interior, en virtud del artículo 129, ordene la expulsión por razones de seguridad interna o externa, previo examen de la Contraloría, norma que, como dijimos, está sentenciada a ser letra muerta, toda vez que una orden de expulsión podrá ser expedida en los mismos casos por el director nacional del Servicio de Migraciones, exenta del trámite de toma de razón y
- b) el caso del artículo 30, según el cual la Subsecretaría del Interior deberá fijar, mediante resolución exenta, la duración de los plazos de prohibición de ingreso para aquellos extranjeros que salgan del país sin haber pagado la multa que se le hubiere impuesto por alguna infracción migratoria.

Pero tampoco en estos casos se entregan parámetros al subsecretario del Interior para la determinación del tiempo que habrán de durar estas prohibiciones, por lo que nada impedirá que se extiendan por periodos que abarquen la vida entera del afectado.

Esta discrecionalidad absoluta, por otro lado, dará un amplio margen a la autoridad migratoria para fijar plazos de prohibición de ingreso según criterios que podrán variar a lo largo del tiempo y también entre las distintas regiones del país si, como se advirtió, podría entenderse que los directores regionales del Servicio de Migraciones también estarán facultados para señalar libremente plazos de prohibición de ingreso a los titulares de permisos de permanencia transitoria que ellos expulsen por haber vencido su autorización.

Aparte de esta variabilidad de criterios, preocupa la eventual falta de proporcionalidad con que podrían ser fijados los plazos de prohibición de ingreso. Como ya se adelantó, la actividad limitadora de los derechos funda-

mentales también se encuentra limitada, por lo que todas las restricciones al derecho deben ser “justificadas y proporcionales”²⁷. Mientras la justificación tiene relación con la existencia de motivos razonables y no caprichosos, la proporcionalidad exige una “adecuada ponderación de los bienes jurídicos en juego”²⁸. En este sentido, no parece razonable que un extranjero que no pagó una multa administrativa de baja cuantía antes de salir del país quede inhabilitado para regresar por el plazo de un año, como tampoco sería proporcionado que, quien habiendo sido obligado a abandonar el país por no haber podido acreditar sustento económico en un determinado momento por haber perdido su trabajo, sea impedido de entrar al territorio nacional por el resto de su vida. Debe recordarse que el extranjero infractor también es titular de derechos fundamentales que pueden verse lesionados con la prohibición de ingreso que se dicte en su contra, por lo que estos derechos deben ser ponderados por el legislador al momento de fijar los plazos dentro de los que se impedirá su retorno al país.

De todo lo anterior, resulta que en esta materia el proyecto de ley no es mejor que el preconstitucional y deficiente decreto ley n.º 1094, de 1975, que rige actualmente los asuntos de extranjería en nuestro país, que tampoco fija plazos de prohibición de ingreso para extranjeros que son objeto de medidas administrativas abandono o expulsión. La consecuencia de esta omisión en nuestra ley vigente es que la prohibición de ingreso que pesa sobre los extranjeros que son expulsados u obligados a abandonar el país se entiende en todos los casos como de plazo indefinido, lo que da origen en muchos casos a situaciones graves de desintegración familiar y de pérdida de bienes.

En efecto, en materia de expulsiones administrativas, el artículo 15 n.º 6 del decreto ley n.º 1094 establece un impedimento absoluto de ingresar al país para

“los que hayan sido expulsados u obligados al abandono del país por decreto supremo, sin que previamente se haya derogado el respectivo decreto”.

Y el artículo 16 n.º 2 del mismo cuerpo legal contempla una prohibición de ingreso según la cual

“podrá impedirse el ingreso al territorio nacional de [...]: 2.- Los que hayan salido de Chile por disposición del Gobierno, y no estén comprendidos en el N° 6 del artículo anterior”,

²⁷ TÓRTORA (2010), p. 185.

²⁸ *Op. cit.*, p. 186.

vale decir, de aquellos que hayan sido expulsados por medio de una resolución del Intendente Regional o que hayan salido del país en virtud de una orden de abandono.

La situación que actualmente provoca el artículo 15 n.º 6 recién citado, y que el proyecto de ley pretende perpetuar, ya ha merecido duras críticas, en la medida que

“no sólo no [tiene] relación con la seguridad pública, sino que eventualmente su aplicación puede constituir una transgresión de otros derechos. Si una persona es deportada, no puede volver a ingresar ad eternum, salvo que la resolución sea revocada. Incluso, el artículo 87 inciso final del decreto ley, previene que ‘el hecho de otorgarse en el exterior alguna visación, no deroga el decreto de expulsión o la medida que impuso el abandono obligatorio del territorio nacional’. Al respecto, creemos que para impedir vulneración de derechos y trámites adicionales para instar por la revocación de la medida, si no se ha adoptado la misma por un período determinado, se debiera contemplar causales de expiración de la prohibición, sea por el transcurso del tiempo, sea por el cambio de circunstancias que motivaron la expulsión en su oportunidad, u otro”²⁹.

Por esto mismo, expertos como Helena Olea han señalado que sería deseable que en la nueva ley de extranjería se determinara “un límite temporal y verificable” respecto de “todos los motivos de prohibición de ingreso”, tal como se ha hecho en el numeral 3º del artículo 32 del proyecto de ley³⁰.

Es importante señalar que las prohibiciones de ingreso indefinidas o muy extensas constituyen claramente una afectación del contenido esencial del derecho a entrar al país, lo que está prohibido por el ya citado artículo 19 Nº 26 de nuestra Constitución. Como ha dicho el Tribunal Constitucional,

“un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera que deja de ser reconocible y que se ‘impide el libre ejercicio’ en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”³¹.

Si se adopta una concepción absoluta dentro de la teoría de la esencia de los derechos fundamentales, según la cual

²⁹ DÍAZ (2016), p. 192.

³⁰ OLEA (2013), p. 145.

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1987), c. 21º.

“el contenido esencial de los derechos constituye un límite absoluto que se determina con prescindencia de la colisión entre derechos o bienes jurídicos constitucionales en un caso en particular”,³²

no requiere de mayor análisis la situación en la que queda el derecho de locomoción de quien se ve impedido de ejercerlo por muchos años o de por vida, ya que este acaba completamente desnaturalizado.

Si, por el contrario, se adopta una concepción relativa dentro de esta misma teoría, habría que entender que la eventual afectación del contenido esencial del derecho de locomoción “dependería de la ponderación entre éste y los intereses colisionantes en cada caso”³³. La determinación de cuáles serían estos intereses colisionantes sería un asunto que habría que atender en cada situación particular, aunque es posible imaginar algunos ejemplos:

- a) el resguardo de los intereses fiscales, cuando un extranjero salga del país sin haber pagado una multa administrativa de dos unidades tributarias mensuales que se le impuso por haber prolongado su estadía unos días después de expirar su permiso de permanencia transitoria (artículo 30);
- b) evitar una mayor carga del sistema de protección social cuando un extranjero no sea capaz de acreditar medios de sustento que le permitan subsistir por su cuenta en Chile, lo que derivará en el rechazo de su solicitud de visa y su consecuente obligación de abandonar el país (artículo 86 n.º 4);
- c) la protección de la fe pública, cuando un extranjero use documentación falsificada para trámites migratorios, lo que motivará la revocación de su permiso de residencia y su obligación de irse de Chile (artículo 87 Nº 3);
- d) la defensa de la soberanía nacional, cuando un extranjero intente ingresar al país por un paso no habilitado, lo que derivará en una medida de devolución inmediata (artículos 32 n.º 3 y 127) y
- e) el resguardo de la salud pública, cuando un extranjero haya cometido un delito de tráfico ilícito de estupefacientes en cantidades pequeñas estando en el país, lo que motivará su expulsión (artículo 124 n.º 2, en relación con el artículo 32 n.º 5).

En todos estos casos será necesario practicar un examen de proporcionalidad para saber si la prohibición de ingreso que se imponga constituirá o no una intervención legítima en el núcleo protegido de la libertad ambulatoria del extranjero afectado y, por tanto, si su derecho deberá ceder frente al interés

³² GARCÍA y CONTRERAS (2014), p. 187.

³³ *Ibid.*

del Estado. En este ejercicio de ponderación deberá tenerse en cuenta también la eventual afectación de otros derechos del extranjero, tales como su derecho de propiedad sobre bienes que haya dejado en Chile o su derecho a reunirse con su familia, así como el interés superior de sus hijos menores que, por ejemplo, se encuentren matriculados y estudiando en una escuela o estén sometidos a algún tratamiento médico en Chile, en caso que la prohibición de ingreso llegue a causar su separación respecto de ellos.

Al extranjero que se vea afectado por una prohibición de ingreso indefinida o muy extensa, le quedarán como únicas alternativas posibles para regresar al país la autorización de “ingreso humanitario” que contempla el artículo 29 del proyecto o la revocación de la prohibición por la autoridad migratoria que regula la parte final del artículo 133. En cualquier caso, estas dos opciones que tiene el extranjero de poder ejercer su derecho nuevamente se encontrarán sometidas a la decisión de una autoridad que goza de absoluta discrecionalidad, porque el proyecto de ley, en ninguno de estos dos casos, fija coordenadas respecto de qué debe entenderse por “causa de índole humanitaria” ni en qué casos o por qué motivos procedería la revocación de una prohibición de ingreso.

8. SOLUCIONES PROPUESTAS

Se estima que la solución al vicio de inconstitucionalidad de que adolecen los artículos 30, 89, 127, 129 y 133 del proyecto se resuelve si el legislador establece expresamente los plazos de prohibición de ingreso para los extranjeros que se encuentren en las distintas situaciones que estas normas regulan. Los periodos de tiempo que la ley fije para cada caso deberán ser aplicados en los actos administrativos que emanen de la autoridad migratoria –o de la Policía de Investigaciones en el caso del artículo 127– al momento de imponer las sanciones respectivas, pero en ningún caso podrán ser decididos por ella o modificados discrecionalmente, pues en tal caso se estaría infringiendo directamente lo establecido en el artículo 19 n.º 7 letra a) ya citado, que obliga a que cualquier limitación al derecho de las personas a entrar al país sea establecida exclusivamente por ley.

Se cree que la tarea legislativa de fijar estos plazos deberá prestar atención, una a una, a las diversas situaciones posibles por las que un extranjero puede ser objeto de una medida de abandono, de expulsión, de retorno asistido o de reconducción inmediata, o cuyo retorno se pueda impedir por no haber pagado una multa antes de salir del territorio nacional, teniendo en cuenta que los motivos que dan origen a cada una de estas sanciones pueden ser de diversa gravedad. Una posibilidad sería la elaboración de una tabla

con infracciones, sanciones y plazos, cuyo contenido pueda luego vertirse en el articulado de la ley. La confección de esta tabla debe ser fruto de un minucioso trabajo de análisis de:

- a) las distintas causas por las que se puede rechazar y revocar un permiso de residencia;
- b) los diversos motivos por los que se puede decretar una orden de expulsión o de retorno asistido;
- c) las diferentes hipótesis por las que procede la reconducción o devolución inmediata y
- d) las distintas cuantías de las multas que el extranjero que sale del país no ha pagado al momento de abandonar el territorio nacional.

La fijación de los plazos de prohibición de ingreso en cada caso ha de ser el resultado de un ejercicio de ponderación respecto de los bienes jurídicos que se busca proteger y de los que se pueden afectar en cada situación.

A propósito de ello, se reconoce como un avance positivo en este sentido el listado de criterios que enumera el inciso 2º del artículo 30 del proyecto, el que podría extenderse también a las demás situaciones. Si bien el plazo máximo de prohibición de cinco años que fija esta norma en abstracto parece excesivo, criterios como la gravedad de la sanción impuesta o el hecho de que el extranjero haya autodenunciado su infracción podrían aportar razonabilidad al ejercicio, lo mismo que aquellas consideraciones que también recoge el artículo 125 cuando entrega elementos a la autoridad al momento de decidir una expulsión.

En cualquier caso, y en razón de que la fijación de un plazo indefinido de prohibición de ingreso constituye una verdadera expoliación del derecho constitucional de entrar al país, cuyo núcleo esencial es intocable, se cree que este tipo de prohibiciones se debe erradicar del proyecto de ley. Asimismo, se estima que los plazos más largos de prohibición solo deben reservarse para los casos en que la orden de expulsión o de abandono tenga a la base la comisión de un delito grave por parte del extranjero. Siguiendo esta misma lógica, se estima que el plazo de cinco años que establece el artículo 32 n.º 3 del proyecto para los casos de extranjeros que han intentado ingresar al país sin someterse a un control migratorio (por pasos habilitados o no) es excesivo, toda vez que el propio proyecto señala en su artículo 9 que “la migración irregular no es constitutiva de delito”.

Por otra parte, se considera necesario que sea el legislador quien dé las directrices acerca de cuáles son aquellas “causas de índole humanitaria” de ingreso al país a que alude el artículo 29. Se propone que estas sean enumeradas por la ley de manera genérica, por ejemplo, sobre la base de normas internacionales aplicables que se encuentren vigentes en Chile, para que, caso a caso, sea la autoridad administrativa quien pondere si concurren o no

dichas causas, mas sin dejar esta norma como un concepto completamente indeterminado y entregado a la discrecionalidad administrativa, a riesgo de que el artículo pierda su operatividad.

Además, se propone que el legislador señale expresamente en el artículo 133 cuáles serán los motivos por los que se podrá pedir y conceder la suspensión o revocación de las prohibiciones de ingreso a que se refiere su parte final, indicando, asimismo, cuál es la autoridad que estará llamada a resolver estas suspensiones y revocaciones.

Por último, en cuanto a la descoordinación que se ha advertido entre los artículos 129 y 133, esta se resolverá si el legislador quita al subsecretario del Interior, al director nacional y a los directores regionales la facultad de fijar plazos de prohibición de ingreso al país, sin perjuicio de reservar al primero la posibilidad de calificar en qué casos graves procedería la aplicación de plazos más extensos fijados también por ley.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2003): “La titularidad de los derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 1, N° 1: pp. 187-201. Disponible en www.re-dalyc.org/pdf/820/82010110.pdf
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho constitucional chileno* (2ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), tomo II: pp. 255-262.
- DÍAZ TOLOSA, Regina (2016): “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: Compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, en *Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 1: pp. 179-220. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002016000100006&lng=es&nrm=iso
- GARCÍA PINO, Gonzalo y Pablo CONTRERAS VÁSQUEZ (2014): “Diccionario Constitucional Chileno”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n.º 55, año 2014: pp. 185-188 (“Contenido esencial de los derechos”); 598-602 (“Libertad de circulación y residencia”); 621-626 (“Límites a los derechos fundamentales”); 828-832 (“Soberanía”). Disponible en www.academia.edu/9090161/Diccionario_Constitucional_Chileno
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): “La libertad personal y las dos caras de jano en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIII: pp. 161-186. Disponible en <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2787/2370>
- OLEA RODRÍGUEZ, Helena (2013): “Derechos humanos de los migrantes y refugiados. Análisis del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2013*, Universidad Diego Portales, Centro de Derechos Humanos: pp. 123-162.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2018). “inmigrar” en *Diccionario de la lengua española*, edición del Tricentenario. Disponible en <https://dle.rae.es/?id=LeaJSjq> [fecha de consulta: mayo de 2019].

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2008): *Tratado de derecho constitucional*, (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo XII: pp. 9-26.

TÓRTORA ARAVENA, Hugo (2010): “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, n.º 2: pp. 167-200. Disponible en www.redalyc.org/pdf/820/82015660007.pdf

Normas citadas

Decreto ley n.º 1094 establece normas sobre extranjeros en Chile, 10 de julio de 1975.

Jurisprudencia citada

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2012): Rol N° 21.751-2012, Alerte Daniel con Ubilla Mackenney Rodrigo y otro, 11 de julio de 2012.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1987): Rol N° 43, 24 de febrero de 1987 (Control de constitucionalidad).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013): Rol N° 2273, 4 de julio de 2013 (Requerimiento de inaplicabilidad).

ESTUDIOS Y ENSAYOS



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

GOBIERNO CORPORATIVO Y COMPLIANCE:
IMPACTO DE LA LEY N.º 21121
EN LA ADMINISTRACIÓN
DE SOCIEDADES COTIZADAS*

CORPORATE GOVERNANCE
AND COMPLIANCE:
IMPACT OF LAW N.º 21121
ON THE ADMINISTRATION
OF LISTED COMPANIES

*Francisco Pfeffer Urquiaga***

RESUMEN: En el presente artículo se estudia la relación existente entre los conceptos de gobierno corporativo y *Compliance*, la forma en que estos han evolucionado y el estado en que se encuentran en la actualidad. Asimismo, se aborda el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el impacto de los nuevos delitos introducidos por la Ley n.º 21121 en la administración de las sociedades. Se profundiza en la responsabilidad penal, civil y administrativa a que queda expuesta no solo la persona jurídica, sino que, también, sus directores, gerentes y ejecutivos con facultades equivalentes. Finalmente se estudian en particular los delitos de negociación incompatible, el de administración desleal y el de corrupción entre particulares y el impacto que tendrá su incorporación en los gobiernos corporativos de las empresas.

PALABRAS CLAVE: Gobierno corporativo - *Compliance* - Responsabilidad penal de personas jurídicas . Delitos de negociación incompatible.

ABSTRACT: This article studies the relationship between the concepts of Corporate Governance and Compliance, the way in which these have evolved and the state in which they are currently. It also addresses the issue of criminal liability of legal persons and the impact of new crimes introduced by law 21.121 in the

* Disponible en www.pfeffer.cl

** Profesor de Derecho Económico, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

administration of companies. The criminal, civil and administrative responsibility to which not only the legal entity is exposed, but also its directors, managers and executives with equivalent faculties is examined. Finally, the crimes of incompatible negotiation, unfair administration and corruption among individuals are studied in particular and the impact that their incorporation will have on the corporate governments of the companies.

KEYWORDS: Corporate Governance - Compliance - Criminal Liability of Legal Persons - Crimes of Incompatible Negotiation.

1. GOBIERNO CORPORATIVO Y COMPLIANCE

Desde un tiempo a esta parte los conceptos de gobierno corporativo y *compliance*, que surgieron y se desarrollaron por motivos distintos, aunque ambos compartiendo un común denominador –control preventivo de riesgos, sea para evitar malas prácticas en los negocios o para prevenir delitos–, se han venido acercando al punto de que en la actualidad se presentan como necesarios y complementarios en y para el diseño de toda organización.

Como se sabe, desde fines de la década de 1990 y a partir de su extenso desarrollo en la legislación comparada, se introdujo en nuestro medio el concepto de gobierno corporativo, asociado inicialmente a la idea de combatir las malas prácticas en los negocios. Casos de contabilidad maquillada, divulgación de información falsa al mercado, incorrecta resolución de conflictos de interés, operación con información privilegiada por cercanos a la administración, poca o nula consideración de los impactos negativos que producía la actividad productiva en el entorno en que tal actividad se desarrolla –invisibilización de los *stakeholders*–, son alguno de los eventos corporativos que gatillaron la necesidad de ocuparse, desde la alta dirección de la organización, de cómo prevenir y anticiparse a tales contingencias.

El mundo empresarial ha tomado nota de ello y ha empezado a comprender que la legitimidad y validación del papel que cumple en la sociedad, se gana y consolida cuando la utilidad y el beneficio que se obtiene con el desarrollo de cualquiera actividad económica es producto del esfuerzo, de la innovación y de la creatividad y no de la pillería, la trampa o el engaño.

En ese contexto de toma de conciencia, e influido fuertemente por el desarrollo del *compliance*, según lo que luego se verá, en la actualidad el concepto de gobierno corporativo ha extendido su ámbito de acción y se asocia, entre otros aspectos, a la idea de que toda organización, desde su más alta dirección, debe ser capaz de controlar y prevenir los riesgos normativos a que esta se ve enfrentada en el desarrollo de su actividad. Se impone como

deber de la alta dirección identificar los espacios y personas de la organización más expuestos a incurrir en infracciones legales y reglamentarias, para definir los procedimientos y protocolos, que *ex ante*, impongan los controles destinados a minimizar el riesgo de que aquello llegue a ocurrir.

Ello no solo para evitar daño al capital reputacional de sus ejecutivos, administradores y de la organización como tal, sino que, también, para minimizar la responsabilidad tanto de la persona jurídica como de la alta dirección por los eventuales perjuicios que el desarrollo de toda actividad económica pueda provocar.

Por otro lado, desde la vigencia de la Ley n.º 20393 –diciembre del año 2012– se empezó a hablar en el medio local del *compliance*, anglicismo que inicialmente se asoció solo a la necesidad de implementar al interior de la empresa modelos de prevención destinados a evitar la comisión de los ilícitos tipificados en la citada ley, para configurar así una causal atenuante o eximente de responsabilidad penal.

A partir de la exitosa experiencia adquirida en ese ámbito y en la conciencia de que el desarrollo de la cultura de la prevención es el camino más eficiente y efectivo para enfrentar la responsabilidad derivada de los incumplimientos normativos, se ha ido extendiendo el uso de esta herramienta a los distintos quehaceres en que se desenvuelve no solo el sector empresarial, sino que, también, para el diseño institucional de cualquiera organización.

Hoy, la expresión '*compliance*', por la que entendemos la cultura del cumplimiento normativo, ha expandido su radio de influencia y está presente en los más diversos ámbitos objeto de regulación (ambiental, laboral, corporativo, comercial, del consumidor, libre competencia), ya que se ha tomado conciencia de que todo esfuerzo colocado en la prevención de los incumplimientos normativos es siempre más eficiente y efectivo que colocarlos en la solución de la infracción ya cometida.

Lo anterior se ha traducido en que hoy, hablar de gobierno corporativo y *compliance*, más allá de entenderse como conceptos complementarios y que se retroalimentan entre sí, importa necesariamente referirse a la idea de que toda organización desde su más alta dirección debe implementar modelos, procesos, procedimientos y protocolos que le permitan un control efectivo de los riesgos normativos a que se ve expuesta en su actividad, como atenuante o eximente de la responsabilidad civil, penal y administrativa tanto de la persona jurídica como de sus equipos gerenciales y ejecutivos¹.

¹ Entre otras y prueba de ello es la reciente –28 de febrero de 2019– sentencia pronunciada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en causa rol n.º 167/2019, más conocida como colusión de los supermercados en la comercialización de pollos. Ilustrativos resultan los siguientes considerandos: “Centésimo septuagésimo cuarto: Que, ante todo, conviene recordar que

2. RESPONSABILIDAD PENAL Y DELITOS INCORPORADOS POR LA LEY N.º 21121

Con fecha 21 de noviembre de 2018 se publicó en el *Diario Oficial* la Ley n.º 21121, con el sugerente título “Modifica Código Penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción”, que incorpora, entre otras, importantes reformas al *Código Penal* y a la Ley n.º 20393, que introdujo en nuestro medio la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con vigencia desde el 2 de diciembre de 2012.

Como se sabe, al día de hoy son ya doce los ilícitos que contempla el catálogo de delitos de la Ley n.º 20393, que hasta hace poco solo contemplaba cuatro figuras penales (soborno a nacionales y extranjeros, lavado de activo y financiamiento de terrorismo y receptación). En noviembre de 2018 (Ley n.º 21121) se incrementó cuando se agregaron otras cuatro figuras penales (corrupción entre particulares, negociación incompatible, administración desleal y apropiación indebida) y en enero de 2019 (Ley n.º 21132) cuando se sumaron otros cuatro (delito de contaminación de aguas, pesca ilegal y falta de acreditación del origen legal de recursos hidrobiológicos vedados o sobre explotados).

Como se ve, la tendencia a incrementar los delitos base que gatillan la responsabilidad penal de la persona jurídica va en aumento, y no ha de extrañarnos que, en lo sucesivo el catálogo de ilícitos siga aumentando.

De acuerdo con la citada Ley n.º 20393, las personas jurídicas serán responsables de los delitos indicados en lo que antecede, siempre y cuando tales

esta magistratura ha fomentado y promueve constantemente los programas de cumplimiento y ética como la vía esencial para asegurar el apego a la normativa y detectar el mal comportamiento al interior de los agentes económicos. Esto proviene de reconocer, como señalan dos autores, que “las empresas no son simplemente individuos grandes; ellas están conformadas por una complicada conjunción de individuos, departamentos, culturas, motivaciones, y todos los otros elementos que constituyen una sociedad. Ninguna compañía, y ninguna sociedad en la historia de la humanidad, ha sido capaz de controlar la conducta de todos sus miembros en todas sus acciones. Simplemente castigando a una organización porque uno o más de sus miembros hace algo malo tiene sentido sólo si sirve para prevenir el mal comportamiento [...] Si una compañía usa la debida diligencia para prevenirlo, entonces el castigo no tiene una función disuasiva, y de viene sólo en un amor al ejercicio de levantamiento de ingresos”: BANKS & MURPHY (2012), p. 377.

Centésimo septuagésimo octavo: Que, en el derecho de la libre competencia, el diseño y aplicación de programas de cumplimiento y ética, con las características que se indicarán, puede ser prueba manifiesta de aquel cuidado que permite al agente económico eximirse de responsabilidad por conductas anticompetitivas de sus trabajadores. En efecto, un programa cuya elaboración y ejecución reúne ciertos atributos mínimos permite calificar la ocurrencia de conductas ilícitas como hechos imposibles de haber podido prevenir o evitar con la debida diligencia y, por consiguiente, constitutivos de una causal eximente de responsabilidad.

ilícitos fueren cometidos directa e inmediatamente en interés o para el provecho de la persona jurídica, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión.

La responsabilidad penal de la persona jurídica se hace también extensiva a los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales y representantes de la persona jurídica.

El artículo 3º de la citada ley indica que se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido.

El precepto excluye la responsabilidad de la persona jurídica en los casos que las personas naturales antes indicadas, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero.

No es el propósito de este artículo ahondar en todos los delitos descritos en esta ley, en la problemática asociada a su tipificación o en las diversas interpretaciones que sobre su extensión y alcance ha sido objeto tanto por la dogmática penal como por la escasa jurisprudencia que se ha ido generando sobre la materia, ni en las condiciones y requisitos que debe contener el modelo de prevención a que se refiere la norma para ser invocado como atenuante o eximente de responsabilidad, ni a la penalidad que se expone la persona jurídica por la comisión de los ilícitos allí tipificados. Es tarea que le corresponde a los especialistas del derecho penal.

Solo nos ocuparemos de algunos aspectos de que trata la ley en cita en su artículo 3º y de los nuevos delitos (negociación incompatible, administración desleal y corrupción entre particulares) que se incorporaron en noviembre del 2018 por la Ley n.º 21121, en la medida que ellos incidan en la administración de las sociedades, en especial de las que cotizan sus valores en el mercado y cuyo análisis es el objeto de este artículo.

En primer lugar, cabe destacar que solo podrán generar la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos tipificados en el artículo 1º de la Ley n.º 20393, los

- i) dueños;
- ii) controladores;
- iii) responsables;
- iv) ejecutivos principales;
- v) representantes y
- vi) quienes realicen actividades de administración y supervisión.

Ninguno de estos conceptos tiene una definición precisa en la ley. Basta leer los artículos 68 –“se entenderá por ejecutivo principal...”– o 97 –“es controlador...”–, de la Ley de Mercado de Valores (n.º 18045), donde al menos en estos dos casos hay una aproximación a lo que debe entenderse por ellos, para igualmente apreciar la dificultad que presenta la determinación precisa del contenido de esos conceptos, que en materia de responsabilidad es de la mayor importancia.

El concepto de ejecutivo principal, introducido al ordenamiento jurídico por la Ley de Opas (n.º 19705, de diciembre de 2000), incluye a cualquier persona natural que tenga la capacidad de determinar los objetivos, planificar, dirigir o controlar la conducción superior de los negocios o la política estratégica de la sociedad. Por su parte, el concepto de controlador, en sí mismo difícil de determinar a partir de lo que la norma indica, puede finalmente ser decidido, para un caso concreto, por la hoy Comisión para el Mercado Financiero (CMF). Un concepto indeterminado en su contenido.

De este modo, la primera problemática que se presenta es, entonces, la imprecisión que existe sobre quienes pueden llegar a ser los autores del hecho que origina la responsabilidad penal de la persona jurídica, y como lo veremos luego, también del ilícito civil y administrativo.

El objeto de la acción delictual claramente debe ser la obtención de un provecho o beneficio económico para la persona jurídica. En nuestra opinión, se trata solo de un beneficio patrimonial o, al menos, apreciable en dinero. Que sea en interés de la persona jurídica, significa que es en su provecho o beneficio económico.

La conducta antijurídica que origina la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la ejecución o materialización del hecho por parte de los sujetos calificados ya mencionados, sino que la constituye el incumplimiento por parte de esta de los deberes de dirección y supervisión. Y estos deberes se entenderán cumplidos, lo que importa eliminar la antijurídica de la conducta imputable a la persona jurídica, si con anterioridad a la comisión del delito, esta hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo 4º de la citada ley.

De este modo, en el ámbito de aplicación de la citada Ley n.º 20393, la forma de liberar la responsabilidad penal de la persona jurídica, o, si se quiere, de matar la antijuricidad de la conducta, es mediante la implementación de un programa de prevención que cumpla con las exigencias impuestas por la misma ley en su artículo 4º. Pero ello no libera ni obsta a la responsabilidad civil y administrativa que se pueda imputar a la persona jurídica y las personas naturales que actuaron por ella en infracción de las normas a que se

refiere el artículo 1 de la citada Ley n.º 20393². Esta podrá hacerse efectiva en la medida que concurran las exigencias normativas que la hagan procedente.

3. NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

La Ley n.º 21121, con vigencia desde el 20 de noviembre de 2018, reemplazo el artículo 240 del *Código Penal*, que tipifica el denominado delito de negociación incompatible, señalando, en lo atinente a este trabajo, lo siguiente:

“Artículo 240.- Será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa de la mitad al tanto del valor del interés que hubiere tomado en el negocio: 7º El director o gerente de una sociedad anónima que directa o indirectamente se interesare en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, incumpliendo las condiciones establecidas por la ley, así como toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades.

Las mismas penas se impondrán a las personas enumeradas en el inciso precedente si, en las mismas circunstancias, dieren o dejaren tomar interés, debiendo impedirlo, a su cónyuge o conviviente civil, a un pariente en cualquier grado de la línea recta o hasta en el tercer grado inclusive de la línea colateral, sea por consanguinidad o afinidad.

Lo mismo valdrá en caso de que alguna de las personas enumeradas en el inciso primero, en las mismas circunstancias, diere o dejare tomar interés, debiendo impedirlo, a terceros asociados con ella o con las personas indicadas en el inciso precedente, o a sociedades, asociaciones o empresas en las que ella misma, dichos terceros o esas personas ejerzan su administración en cualquier forma o tengan interés social, el cual deberá ser superior al diez por ciento si la sociedad fuere anónima”.

Este delito en particular lo puede cometer el director o gerente de una sociedad anónima. Dado que la ley no hizo ninguna distinción, quedan

² “Artículo 1º. Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en los artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley General de Pesca y Acuicultura, en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8º de la ley N° 18.314 y en los artículos 240, 250, 251 bis, 287 bis, 287 ter, 456 bis A y 470, numerales 1º y 11, del Código Penal...”.

incluidas las sociedades anónimas, sean éstas abiertas, cerradas o especiales. Quedan excluidos de este ilícito los directores o gerentes de las sociedades por acciones y de las sociedades de personas. También lo puede cometer toda persona a quien le sean aplicables las normas que en materia de deberes se establecen para los directores o gerentes de estas sociedades. Otra importante diferencia entre sociedades anónimas y sociedad por acciones que, de seguro, incentivará aún más el desarrollo de estas últimas.

Entonces, son sujetos activos de este delito, el director, gerente, ejecutivo principal y cualquiera otra persona que, por norma legal, reglamentaria o estatutaria, tuviere una responsabilidad equivalente a la de los cargos anteriores. Falta de precisión conceptual que, como se dijo en lo que antecede, será motivo de discusión y diversidad de opiniones.

El tipo penal solo exige interesarse, lo que significa que no se requiere de ningún resultado o daño para la persona jurídica. Basta con manifestar interés –ilícito de peligro–, directamente o por interpósita persona, natural o jurídica, en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad. Se trata de un interés patrimonial o necesariamente apreciable en dinero.

Ahora, no basta con la sola acción de interesarse, sino que el tipo penal, además, requiere que la manifestación de tal interés en cualquier negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, lo sea incumpliendo las condiciones establecidas por la ley, exigibles para ese director o gerente.

El ilícito penal no se basta a sí mismo, en cuanto a la descripción de la conducta típica, sino que se reenvía a otros cuerpos legales para completarla.

Y tratándose de sociedades anónimas, la ley que se debe revisar es la n.º 18046, en particular los artículos 44 –para las anónimas cerradas– y los 146 y siguientes para las abiertas y especiales. Recordemos, en todo caso, que también hay que revisar los cuerpos legales especiales que establecen condiciones particulares para enfrentar y resolver conflictos de interés, como ocurre, por ejemplo, en el caso del DL 3500, sobre Administradora de Fondos de Pensiones o en los preceptos de la Ley n.º 20712, más conocida como ley única de fondos³.

En tales dispositivos se describen las condiciones que se deben reunir para que un director o gerente con interés en la negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad, lo exteriorice, se abstenga de participar en la misma y quede exento de toda responsabilidad.

³ Sobre conflictos de interés y operaciones con parte relacionada, puede consultarse nuestros trabajos: PFEFFER (2015), pp. 207-226; PFEFFER (2008), pp. 83-98; PFEFFER (2005), pp. 145-160, también disponibles en www.pfeffer.cl.

Entonces, es nuestra opinión que para configurar el delito de negociación incompatible del artículo 240 del *Código Penal*, es necesario que se infrinjan también las citadas normas de la ley de sociedades anónimas, u otras contenidas en otros cuerpos legales, según ya se dijo.

Así, tratándose de una sociedad anónima cerrada, la sola presencia de interés de un director o gerente en actos o contratos que involucren montos relevantes⁴, no es suficiente para configurar el delito. Es necesario que tal interés no se hubiera exteriorizado, que el director o gerente no se hubiera abstenido de participar en la operación y que esta no se ajuste a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado. De no existir estas infracciones, no hay delito de negociación incompatible ni responsabilidad penal de la persona jurídica⁵.

Ahora, si los estatutos de la sociedad autorizan ejecutar estas operaciones sin cumplir con tales condiciones, es nuestra opinión que con ello los accionistas quisieron liberar de responsabilidad a los directores y gerentes al ejecutar operaciones donde ellos tengan algún interés. Ello impide que se configure la infracción a la norma, lo que, a su vez, impide que se configure la responsabilidad penal de la persona jurídica, de su director o gerente y la responsabilidad civil de estos últimos respecto de la sociedad y sus accionistas. Pero la responsabilidad civil de la sociedad será igualmente exigible por los terceros perjudicados por la operación.

Tratándose de una sociedad anónima abierta, la sola existencia de interés de un director o gerente –única razón por la que podría interesarse en la operación– tampoco es suficiente para que se entienda configurado el delito. Es necesario que ello sea por incumplimiento de las condiciones establecidas en la ley. Y estas condiciones son:

- i) que la acción de interesarse se manifieste en alguna negociación, actuación, contrato, operación o gestión que involucre a la sociedad y que este no tenga por fin el interés social⁶;

⁴ Se entiende que es de monto relevante todo acto o contrato que supere el 1% del patrimonio social, siempre que dicho acto o contrato exceda el equivalente a dos mil unidades de fomento y, en todo caso, cuando sea superior a veinte mil unidades de fomento. Se presume que constituyen una sola operación todas aquellas que se perfeccionen en un periodo de doce meses consecutivos por medio de uno o más actos similares o complementarios, en los que exista identidad de partes, incluidas las personas relacionadas, u objeto.

⁵ Cada vez que se haga referencia a las condiciones de equidad, a las imperantes en el mercado o a las ventajas o beneficios indebidos u otras similares, debe entenderse que son aquellas imperantes en la misma época de su ocurrencia.

⁶ El interés social de cualquiera sociedad de capital es la obtención del máximo beneficio y provecho para la persona jurídica como entidad autónoma, con independencia de lo que cada accionista en particular pretenda –cuestión que en todo caso debiera ser común a todos

- ii) que esta no se ajuste en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación y
- iii) que no cumplan con los requisitos y procedimientos que se señalan en el artículo 147 de la ley de sociedades anónimas.

Habiendo infracción a tales exigencias, se habrá cumplido la condición exigida por el artículo 240 del CP para configurar el delito de negociación incompatible. Como es posible apreciar, no será fácil configurar este delito respecto de directores o gerentes de sociedades anónimas abiertas.

Si el directorio de la sociedad anónima autoriza ejecutar ciertas operaciones⁷ con parte relacionada –donde potencialmente existe un conflicto de interés–, sin ajustarse a las condiciones ya apuntadas, significa ello que el máximo órgano de administración limitó su propia responsabilidad. Ello impide que se configure la infracción a la norma, lo que, a su vez, impide que se configure la responsabilidad penal de la persona jurídica, de su director o gerente y la responsabilidad civil de estos últimos respecto de la sociedad y sus accionistas. Pero la responsabilidad civil de la sociedad será igualmente exigible por los terceros perjudicados por la operación.

En el ámbito de la responsabilidad penal y administrativa se podría dar el caso de que se configurara el ilícito no obstante no haberse producido daño patrimonial a la persona jurídica. Incluso, podría configurarse la infracción penal y administrativa si la sociedad obtuvo un beneficio producto de la operación en falta, dado que el artículo 240 del CP y las normas que

ellos–, provecho y utilidad que se debe alcanzar explotando el objeto social definido por la misma sociedad. Es el faro que debe alumbrar y guiar siempre las decisiones de directores y gerentes de la sociedad en el cumplimiento de sus funciones, tanto en su sentido positivo, que se manifiesta en el cumplimiento del deber de diligencia y cuidado –creando riqueza y valor sostenible para todos los accionistas– como en su sentido negativo –no apropiarse del valor creado–, que se expresa en el cumplimiento del deber de lealtad y transparencia. La satisfacción del interés social supone considerar a la totalidad de intereses externos a la sociedad, pero que pueden afectar la satisfacción del interés social de esta. Solo entendiendo que el interés de todos los externos a la sociedad (*stakeholders*), y que pueden afectar grave y negativamente el interés social de esta –lograr la mayor creación de riqueza y valor sostenible–, forma también parte del interés social de la misma, es posible aceptar que su consideración, análisis, estudio y eventual tutela pasan a ser deberes exigibles para sus directores y gerentes.

⁷ Aquellas operaciones que no sean de monto relevante; aquellas operaciones que, conforme a políticas generales de habitualidad, determinadas por el directorio de la sociedad, sean ordinarias en consideración al giro social. En este último caso, el acuerdo que establezca dichas políticas o su modificación será informado como hecho esencial puesto a disposición de los accionistas en las oficinas sociales y en el sitio en Internet de las sociedades que cuenten con tales medios, sin perjuicio de informar las operaciones como hecho esencial cuando corresponda; aquellas operaciones entre personas jurídicas en las cuales la sociedad posea, directa o indirectamente, al menos un 95% de la propiedad de la contraparte.

facultan a la ahora Comisión para el Mercado Financiero (CMF) para aplicar sanción por infracción a la normativa bajo su fiscalización, no exige daño patrimonial. Solo infracción al deber de conducta normativamente exigido.

De este modo, la persona jurídica queda liberada de responsabilidad penal por este delito si implemento, antes de la comisión del ilícito, un modelo de prevención que cumpla con el estándar exigido por el artículo 4º de la Ley n.º 20393; este delito solo se configura si se incumplen las condiciones exigidas en la ley especial que completa la tipicidad del ilícito penal; igualmente podría nacer la responsabilidad penal no obstante que la operación resulte en provecho para la persona jurídica y, la responsabilidad civil y administrativa de la persona jurídica y de sus directores, gerentes y equivalentes, corre por cuerda separa y es independiente a la responsabilidad penal de la sociedad.

Como se ve, el impacto de la Ley n.º 21121 en el ámbito de los gobiernos corporativos y la administración de las sociedades, es que vino a penalizar una conducta que hasta la fecha solo acarrearba responsabilidad civil y administrativa para la persona jurídica y el autor de la conducta. Y de paso, le dio contenido y sentido al artículo 133 de la Ley n.º 18046⁸, que se refiere a las sanciones penales para quienes infringieran la ley, en circunstancias de que hasta la fecha de su vigencia no había en la ley de sociedades anónimas sanciones penales.

4. ADMINISTRACIÓN DESLEAL

Se agregó al artículo 470 del *Código Penal* un número 11, que en lo pertinente a este trabajo es del siguiente tenor:

“11. Al que teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de éste, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio, sea ejerciendo abusivamente facultades para disponer por cuenta de ella u obligarla, sea ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado.

En caso de que el patrimonio encomendado fuere el de una sociedad anónima abierta o especial, el administrador que realizare alguna de las conductas descritas en el párrafo primero de este numeral, irrogando perjuicio al patrimonio social, será sancionado con las penas señaladas en

⁸ Artículo 133.- La persona que infrinja esta ley, su reglamento o en su caso, los estatutos sociales o las normas que imparta la Superintendencia ocasionando daño a otro, está obligada a la indemnización de perjuicios. Lo anterior es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales y administrativas que correspondan.

el artículo 467 aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una Superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.

En los casos previstos en este artículo se impondrá, además, pena de multa de la mitad al tanto de la defraudación”.

En el derecho societario, tanto en las sociedades de personas como en las de capital, ya existen normas que obligan a quienes administran patrimonios ajenos, como lo es el de la persona jurídica que forma la sociedad, a anteponer siempre el interés social por sobre el personal del director y a administrarlo con el cuidado propio de un buen padre de familia⁹.

Bien se sabe que el deber de diligencia y cuidado junto con el deber de lealtad y transparencia forman la parte medular de los deberes fiduciarios que le son exigibles a los administradores de sociedades de personas y a directores y gerentes de sociedades de capital como integrantes del *órgano* a cargo de dirigir, administrar y representar a la persona jurídica. También se sabe que la infracción de tales deberes determina el nacimiento de la responsabilidad individual de cada administrador, director o gerente en la obligación de indemnizar los perjuicios que tales infracciones hubieran provocado a la sociedad, socios, accionistas o terceros, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona jurídica por tales daños.

En particular, tratándose de los accionistas de la sociedad cotizada, como dueños del capital, en un acto de máxima confianza, encargan la administración de parte de su patrimonio a personas a quienes muchas veces no conocen, en el entendido de que el comportamiento de estas estará siempre guiado por el imperativo de cumplir con tales deberes.

La confianza que los accionistas depositan en los administradores, directores y gerentes tiene precisamente como contrapartida la obligación de estos de someter su conducta al cumplimiento de ambos deberes, ya que ello será garantía de que todas las decisiones que se adopten, estarán siempre destinadas a maximizar la producción de valor por igual para todos los socios y accionistas y en ellas el interés social aparecerá antepuesto a cualquier otro interés que pudiera interferir tales decisiones.

⁹ Véanse, entre otros el artículo 404 y siguientes del *Código de Comercio*, sobre sociedades colectivas; el artículo 233 y siguientes del mismo *Código*, referentes al mandado comercial, aplicable a los gerentes o factores de comercio; y diversos artículos de la ley de sociedades anónimas, de mercado de valores, única de fondos y de Administradoras de Fondos de Pensiones, que consagran el deber de lealtad, en términos de prohibir conductas que supongan anteponer el interés individual por sobre el interés social.

La diligencia y cuidado que se exige a directores y gerentes –artículos 41, 45 y 106 de la LSA, entre otros– apunta precisamente a que los actos de gestión importen necesariamente una creación de valor. Su regulación busca maximizar la producción de riqueza por igual para todos los accionistas. La infracción de este deber supone actos de gestión indebida, de desprolijidad, despreocupación o negligencia, que se traduce en la pérdida de valor o de oportunidades de negocios. Todos los accionistas dejan de ganar si se infringe este deber de diligencia, pero el director o gerente no se hace más rico ni se apropia de valor de los accionistas.

Se trata de una obligación de medios, en cuanto a que la conducta debida por el director o gerente es la de hacer sus mejores esfuerzos, colocando todas sus habilidades, destrezas y capacidades al servicio de una gestión que tenga como único objetivo la mayor creación posible de riqueza y valor sostenible para todos los accionistas, sin que, empero, sea parte de este deber, asegurar un resultado exitoso de la gestión realizada.

Por otro lado, el deber de lealtad y transparencia se manifiesta en la obligación exigible a todo director o gerente de anteponer siempre y en todo momento el interés social por sobre cualquier otro interés que se pueda presentar al momento de tomar la respectiva decisión. Quebranta esta obligación cualquiera decisión que apunte a favorecer lo propio o de terceros relacionados por sobre el interés social.

El incumplimiento del deber de lealtad importa necesariamente una apropiación de valor por el director o gerente. Su infracción supone que el administrador se queda con parte de la riqueza creada, que no le pertenece, ya que este mayor valor, aunque creado por la gestión de quienes administran, es de propiedad de los dueños del capital, esto es, de los accionistas y no de quienes con su gestión lo crearon. Supone actos de apropiación indebida e importa desviar valor de la esfera social a la individual. Su regulación busca minimizar la redistribución de valor creado.

Se trata de una obligación de resultado, en términos de que sus múltiples y diversas expresiones normativas –artículos 39, 42, 44 147 de la LSA y artículos 165 y 207 de la LMV, entre otros– expresamente prohíben que el director o gerente obtenga beneficios o evite pérdidas anteponiendo su interés personal o cualquiera otro por sobre el interés social, al momento de decidir la ejecución o inexecución de una operación.

Estas consideraciones son totalmente válidas y aplican tratándose de personas jurídicas que formen parte de un grupo empresarial, según lo que luego se dirá.

En suma, la observancia y el cumplimiento de ambos deberes son garantía de que la gestión del administrador, director o gerente estará siempre motivada por el propósito de satisfacer el interés social ante todo y cualquier

otro interés, desplegando en la consecución de tal objetivo la diligencia y cuidado que las personas emplean en la ejecución sus propios negocios.

Ahora, el impacto de la Ley n.º 21121 en el ámbito del derecho societario al agregar este nuevo delito al artículo 240 del *Código Penal*, es que se penalizan conductas que hasta noviembre del año 2018 solo tenían asociada la pena civil –reparación del daño– y la sanción administrativa –generalmente aplicación de multa–, por lo que claramente se incrementa el costo de la infracción normativa, no solo para la persona jurídica, sino que, también, para quien administra el patrimonio de la sociedad.

En relación con este nuevo delito, cabe precisar que podrán ser sujetos activos del mismo el administrador de toda sociedad, sea esta de personas o de capital, quedando incluidos todos los tipos societarios que consagra el ordenamiento positivo nacional, de momento que la persona jurídica tiene un patrimonio distinto al de los socios o accionistas que es administrado por el gerente, directores o equivalentes a ellos, en cuanto a facultades. Se penaliza así, la conducta de administración desleal en todo el derecho societario nacional.

Existe si una penalidad mayor cuando el patrimonio administrado es el de una sociedad anónima abierta o especial, ya que en estos casos está comprometida la fe pública, de momento que estas sociedades se financian con recursos que toman directamente del público inversor. Tratándose de este tipo de sociedades, el administrador será sancionado con las penas señaladas en el artículo 467 del *Código Penal* aumentadas en un grado. Además, se impondrá la pena de inhabilitación especial temporal en su grado mínimo para desempeñarse como gerente, director, liquidador o administrador a cualquier título de una sociedad o entidad sometida a fiscalización de una superintendencia o de la Comisión para el Mercado Financiero.

En el derecho societario, es nuestra opinión que la fuente del deber fiduciario de administrar en interés y en provecho del titular del patrimonio, es la ley, para el caso de los directores en las sociedades de capital, y es el contrato, para el caso de los gerentes o ejecutivos equivalentes con facultades de administración¹⁰.

A diferencia de lo que ocurre con el delito de negociación incompatible, en este nuevo ilícito de administración desleal si se requiere de un perjuicio al patrimonio objeto de la administración. Es nuestra opinión que este

¹⁰ Sobre el punto, recuérdese que no es pacífico en la doctrina la determinación de la naturaleza del vínculo que existe entre el director y la sociedad. Para algunos es de naturaleza contractual. Es nuestra opinión que no hay contrato entre el director y la sociedad. El vínculo nace directamente de la ley y los deberes y obligaciones que le son exigibles también son de fuente legal.

debe ser de carácter pecuniario, apreciable en dinero, quedando, por cierto, excluidos los de naturaleza extra patrimonial. Se requiere como resultado de la conducta punible que el patrimonio administrado hubiere sido dañado. Un delito de resultado, a diferencia de la negociación incompatible, que es un ilícito de peligro.

La conducta punible consiste en el ejercicio abusivo de facultades, ejecutando u omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado, para

- i) disponer por cuenta del patrimonio administrado u
- ii) obligar al patrimonio administrado.

Todo ello, según ya se dijo, causándole perjuicio al mismo patrimonio.

Lo que requiere el tipo penal, entonces, es que el administrador, abusando de las prerrogativas propias del cargo que desempeña, ejecute actos de disposición patrimonial por cuenta del patrimonio administrado sin generarle un beneficio equivalente o le cree obligaciones o gravámenes que no tengan una contraprestación similar, en términos de beneficios.

Lo que penaliza este ilícito, entonces, es el ataque desde dentro del patrimonio, desde la posición de quien, estando legítimamente facultado para administrar, abusa de sus facultades, en perjuicio del patrimonio administrado anteponiendo un interés distinto al del titular del mismo. Es lo que lo diferencia de otros delitos contra el patrimonio, como lo son la estafa o la extorsión, que son ataques desde afuera, precedidos de un engaño hacia el titular del patrimonio.

5. ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y GRUPOS EMPRESARIALES

La penalización de esta conducta por el nuevo número 11 del artículo 240 del *Código Penal*, tendrá también un impacto muy significativo en la forma de administración de los grupos empresariales¹¹.

En aquellas estructuras empresariales donde la matriz ejerce gran influencia en la administración de las sociedades filiales, muy común en la forma de administración de las empresas en el mercado local, se corre el riesgo de que muchas decisiones que son beneficiosas para la matriz, puede que no lo sean para las sociedades filiales.

Debemos entender que este nuevo delito también castiga esta forma de administración?

La respuesta a esta interrogante pasa por dilucidar si el ordenamiento jurídico nacional admite el interés social grupal al interior de un grupo

¹¹ Su regulación aparece en el artículo 96 y siguientes de la Ley n.º 18045.

empresarial, o, si, por el contrario, el director, administrador o gerente debe siempre y en todo momento anteponer el interés social de la persona jurídica en que ocupa la posición al interés social del grupo a que pertenece esa personal jurídica¹².

Nuestra opinión, no compartida en resoluciones sancionatorias dictadas por la entonces Superintendencia de Valores y Seguros, es que tal interés social grupal si existe, por lo que la configuración del delito de administración desleal al interior de un grupo empresarial, pasa necesariamente por el estudio y análisis del eventual perjuicio al patrimonio de la sociedad en particular, sin perder de vista su pertenencia al grupo y el beneficio que tal pertenencia le produce a la persona jurídica en particular¹³.

Es nuestra opinión que existe un interés social grupal como categoría independiente y autónoma, diverso del interés social individual, pero que en nada difiere en su contenido, puesto que el todo como grupo y cada sociedad como integrante del mismo, siempre deben aspirar a alcanzar la máxima creación de riqueza y valor sostenible, que es precisamente su contenido¹⁴.

El interés social individual de cada sociedad integrada al grupo es un concepto abstracto, desprovisto de un contenido concreto, que no aparece vinculado a una sociedad en particular o a un giro social específico. Alcanzar su satisfacción por quienes deben velar por conseguirlo supone, en sentido positivo, crear el mayor beneficio y valor sostenible posible, y en su sentido negativo, no apropiarse del valor creado.

El interés social grupal se manifiesta en la búsqueda del máximo beneficio conjunto, aunque no necesariamente para todos los miembros ni para todos los miembros por igual, el cual debe de ser concebido como un interés consciente de su necesaria coordinación con el interés individual de las empresas que constituyen el grupo, de forma tal que si la sociedad ejecuta un

¹² Véase nuestro trabajo PFEFFER (2015), pp. 207-226.

¹³ Más allá de la definición de grupo empresarial que contempla el artículo 96 de la Ley n.º 18-045, es un grupo empresarial el conjunto de sociedades que conservando su personalidad jurídica independiente se encuentran sometidas a una dirección económica unificada y única sobre la base del control, en procura de un objetivo común. Presenta las siguientes características esenciales: a) La existencia de una pluralidad de sujetos de derecho (sociedades) con personalidad jurídica diferenciada; b) El sometimiento de esos sujetos a una "dirección unificada", en general bajo la influencia decisiva de un controlador; c) La explotación por el grupo de una o más empresas mercantiles, integradas entre sí o no y d) La búsqueda de un objetivo común a todas ellas.

¹⁴ Solo hay violación al deber de lealtad del director o gerente al interior de un grupo empresarial, si el resultado final de la operación es cuantitativa y objetivamente perjudicial para la persona jurídica que sufre el daño, esto es, si el perjuicio directo que sufre la sociedad es mayor al beneficio indirecto que se percibe al pertenecer al grupo empresarial.

acto contrario a su interés social inmediato en favor del interés del grupo, está, en realidad, persiguiendo su interés social propio en la medida en que puede razonablemente atender una contrapartida futura por este sacrificio.

Sostenemos que el ordenamiento jurídico nacional contempla la existencia de los denominados grupos de sociedades y reconoce y declara la existencia de un interés social grupal, que debe servir de guía para las actuaciones de las diversas partes del todo, interés social grupal que, a su vez, deber ser el faro que alumbre las decisiones de administración de directores y gerentes. Normativamente existe el interés social grupal, el que en su contenido no difiere del interés social individual, dado que tanto aquel como este se alcanzan logrando la mayor creación de valor sostenible para cada entidad integrada al grupo, lo que se traduce en que el grupo como tal logre igual resultado, todo en una mirada agregada y global, a lo que no obsta que una decisión particular adoptada por una sociedad perteneciente al grupo le sea perjudicial, si el beneficio final, por su pertenencia al grupo, es mayor que el perjuicio experimentado por ella, dado que en ello consiste la subordinación de intereses¹⁵.

El concepto de interés social grupal requiere necesariamente de un análisis global, agregado, donde el máximo beneficio y provecho como ex-

¹⁵ En el ordenamiento jurídico nacional, fue la Ley n.º 18.660, de 20 de octubre 1987, la que introdujo el título xv a la LMV, que regula a los grupos empresariales. El inciso primero del artículo 96 del citado cuerpo legal define al grupo empresarial como “el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten”. En cuanto a la existencia en la regulación local de un interés social grupal, como categoría autónoma e independiente del interés social individual de cada sociedad integrante al grupo, es la propia Ley n.º 18045 la que reconoce que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los “intereses comunes del grupo” –entiéndase de la matriz, de acuerdo con la conceptualización de la LMV–, y una muestra de ello es que la LMV reconoce como controlador –matriz– a aquel que tiene poder para “influir decisivamente en la administración de la sociedad”. Así, el interés de la subsidiaria no es absoluto y, por tanto, no es excluyente de los intereses de la matriz como entidad global. Se suma a lo anterior el hecho que el artículo 90 inciso 2º de la LSA establece que la matriz debe confeccionar su balance anual en forma consolidada con los balances y estados de resultados de sus filiales y el dividendo mínimo que debe repartir la matriz deberá calcularse sobre la base de las utilidades líquidas consolidadas de la matriz con sus filiales. Por consiguiente, la LMV hace que el resultado de las filiales no le sea indiferente a la matriz y, por ende, a los accionistas de esta última, alineando los intereses sociales de las filiales y su matriz. Es más, conforme al artículo 101 del Reglamento de la LSA, la matriz está obligada a imponer a la filial sistemas de contabilidad y criterios contables compatibles a los utilizados por la matriz de manera de poder cumplir con la obligación de confeccionar balances consolidados.

presión del interés social debe medirse no en función de cada sociedad en particular, sino que en función del conjunto de entidades que forman parte del grupo. Ese contexto agregado es el que constituye el marco dentro del cual el directorio, directores, gerentes y ejecutivos de cada una de las entidades integradas al grupo deben adoptar todas las decisiones comprendidas dentro de la esfera de sus atribuciones.

Una operación que causa un perjuicio al interés social de la sociedad que forma parte de un grupo de empresas no importa *per se* la violación del deber de lealtad del director o gerente que la adopta. Para sostener tal violación es preciso hacer un examen de la operación en términos globales y agregados, lo que supone determinar en términos objetivos y cuantitativos si el resultado final para el grupo de empresas de que forma parte, fue positivo o negativo. Y solo en el caso de ser negativo el resultado final se podrá sostener fundadamente el reproche de haber vulnerado el deber de anteponer ante todo y en cualquiera circunstancia el interés social de la persona jurídica en que ocupa la posición.

A todo lo anterior debe agregarse que las decisiones de administración que adopta el director, gerente o personas equivalentes en cuanto a facultades, quedan amparadas por y bajo la regla del juicio de negocios, esto es, que no pueden ser revisadas en su mérito, en orden a ponderar desde afuera si son o no consistentes con el interés social de la persona jurídica en que se ocupa la posición.

En suma, el delito de administración desleal recientemente introducido al ordenamiento jurídico nacional impactará fuertemente la estructura de los grupos empresariales y será un tema que, a no dudarlo, traerá importantes consecuencias y, probablemente, mejoras significativas en la estructura de los gobiernos corporativos de los mismos.

6. CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES¹⁶

Se agregó en el título VI del libro segundo del *Código Penal*, a continuación del artículo 287, un párrafo §7º bis, denominado “§7º bis. De la corrupción entre particulares” “§7º bis. De la corrupción entre particulares”, y los siguientes artículos 287 bis 287 bis y 287 ter 287 ter, que lo integran:

¹⁶ No nos referiremos al delito de apropiación indebida, dado que este ya existía en el ordenamiento penal y la única novedad introducida por la Ley n.º 21121 es que lo incorpora como otro delito que origina responsabilidad penal de la persona jurídica. O sea, ejecutado el hecho por los sujetos indicados en el artículo 3º de la Ley n.º 20393, y siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento por parte de la persona jurídica de los deberes de dirección y supervisión, nace la responsabilidad penal para la sociedad.

“Artículo 287 bis.- El empleado o mandatario que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para favorecer o por haber favorecido en el ejercicio de sus labores la contratación con un oferente sobre otro será sancionado con la pena de reclusión menor en su grado medio y multa del tanto al duplo del beneficio solicitado o aceptado. Si el beneficio fuere de naturaleza distinta de la económica, la multa será de cincuenta a quinientas unidades tributarias mensuales.

Artículo 287 ter.- El que diere, ofreciere o consintiere en dar a un empleado o mandatario un beneficio económico o de otra naturaleza, para sí o un tercero, para que favorezca o por haber favorecido la contratación con un oferente por sobre otro será castigado con la pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio dado u ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido. Además, se le sancionará con las penas de multa señaladas en el artículo precedente.”.

Sin duda que estos nuevos delitos impactaran fuertemente en el ámbito comercial y en el derecho societario. Obligarán a los gobiernos corporativos de las empresas, cualquiera sea su tipo y naturaleza, a mejorar los controles y modelos de prevención. A asegurarse de que las ofertas escogidas sean efectivamente el resultado de un proceso competitivo donde no hubo ninguna otra motivación o circunstancia, distinta a las mejores condiciones ofertadas, las que llevaron a elegir una y no otra. Todo un desafío no fácil de lograr.

Se busca con ello evitar los nefastos efectos de la corrupción en los negocios, que finalmente la terminan pagando los consumidores al tener que asumir precios y productos que no necesariamente son el resultado de un proceso competitivo, sino que de la “coima” ofrecida y recibida por uno de los corredores en competencia. Se evitan así distorsiones en la competencia con el cumulo de efectos positivos que ello trae para el mercado y el desarrollo del comercio.

De igual forma, al castigar la oferta o recepción de beneficios económicos o de otra naturaleza, se minimiza el riesgo de corromper al encargado de la venta, adquisición o contratación, lo que se traduce en un fortalecimiento de las confianzas en la dinámica de los mercados.

Son sujetos activos del delito tanto el que ofrece como el que recibe el beneficio económico. Cada uno en su ámbito de acción, ya que se trata de delitos que castigan independientemente a cada sujeto, sin que sea necesario que lo que se ofrezca por uno lo aceptare el otro.

El tipo penal no requiere acreditar un daño patrimonial. Basta con que *diere, ofreciere o consintiere en dar o que solicitare o aceptare recibir*.

La falta de un límite al beneficio económico será una cuestión a dilucidar y que, en nuestra opinión, no estará exenta de problemas¹⁷.

En suma, el castigo de la corrupción entre particulares obligará al gobierno corporativo de las empresas a mejorar sus modelos de prevención como única vía para evitar la responsabilidad penal que la comisión del mismo les originará.

CONCLUSIONES

1. Hablar hoy de gobierno corporativo y *compliance*, más allá de entenderse como conceptos complementarios y que se retroalimentan entre sí, importa necesariamente referirse a la idea de que toda organización desde su más alta dirección debe implementar modelos, procesos, procedimientos y protocolos que le permitan un control efectivo de los riesgos normativos a que se ve expuesta en su actividad, como atenuante o eximente de la responsabilidad civil, penal y administrativa tanto de la persona jurídica como de sus equipos gerenciales y ejecutivos.
2. En el ámbito de aplicación de la Ley n.º 20393, la forma de liberar la responsabilidad penal de la persona jurídica, o, si se quiere, de matar la antijuricidad de la conducta, es mediante la implementación de un programa de prevención que cumpla con las exigencias impuestas por la misma ley en su artículo 4º. Pero ello no libera ni obsta a la responsabilidad civil y administrativa que se pueda imputar a la persona jurídica y las personas naturales que actuaron por ella en infracción de las normas a que se refiere el artículo 1 de la citada Ley n.º 20393. Esta podrá hacerse efectiva en la medida que concurran las exigencias normativas que la hagan procedente.
3. En cuanto al delito de negociación incompatible, el impacto de la Ley n.º 21121 en el ámbito de los gobiernos corporativos y la administración de las sociedades, es que vino a penalizar una conducta que hasta la fecha solo acarreaba responsabilidad civil y administrativa para la persona jurídica y el autor de la conducta. Y, de paso, le dio contenido y sentido al artículo 133 de la Ley n.º 18046, que se refiere a las sanciones penales para quienes infringieran la ley, en

¹⁷ Un regalo al encargado de adquisiciones, una invitación a comer al mismo, una visita a las instalaciones del proveedor financiada por este, e innumerables casos de diaria ocurrencia en el ámbito comercial tendrán que ser precisadas y objeto de regulación en los modelos de prevención.

circunstancias de que no había en la ley de sociedades anónimas sanciones penales.

4. En relación con el nuevo delito de administración desleal, el impacto de la Ley n.º 21121 en el ámbito del derecho societario, es que se penalizan conductas que hasta noviembre del año 2018 solo tenían asociada la pena civil –reparación del daño– y la sanción administrativa –generalmente aplicación de multa–, por lo que claramente se incrementa el costo de la infracción normativa, no solo para la persona jurídica, sino que, también, para quien administra el patrimonio de la sociedad.
5. El delito de administración desleal impactará fuertemente la estructura de los grupos empresariales y será un tema que traerá importantes consecuencias y, probablemente, mejoras significativas en la estructura de los gobiernos corporativos de los mismos.
6. El nuevo delito de corrupción entre particulares obligará a los gobiernos corporativos de las empresas, cualquiera sea su tipo y naturaleza, a mejorar los controles y modelos de prevención. A asegurarse de que las ofertas escogidas sean efectivamente el resultado de un proceso competitivo donde no hubo ninguna otra motivación o circunstancia, distinta a las mejores condiciones ofertadas, las que llevaron a elegir una y no otra. Todo un desafío no fácil de lograr.
7. Las reformas introducidas por la Ley n.º 21121 elevó significativamente los estándares y grados de responsabilidad penal, civil y administraba no solo de las personas jurídica, sino que, también, de directores, gerentes y ejecutivos con facultades equivalentes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BANKS, Ted & Joe MURPHY, (2012): “The Internacional Law of Antitrust Compliance”, in *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 40: p. 377.
- PFEFFER, Francisco (2005): “Aplicación del procedimiento del artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 12, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho. Disponible en www.pfeffer.cl/publicaciones/doc/aplicacion%20del%20procedimiento%20del%20articulo%2044.pdf
- PFEFFER, Francisco (2008): “Conflictos de intereses entre privados y protección de minorías accionarias. El caso Chispas”, en *Estudios de Casos de América Latina*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos. Disponible en www.pfeffer.cl/wp-content/uploads/2014/11/FPU-en-anuario-ddhh.pdf
- PFEFFER, Francisco (2015): “Deber de lealtad de directores y gerentes de sociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del

caso Cascadas”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 32, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho. Disponible en www.pfeffer.cl/wp-content/uploads/2016/04/Actualidad-Jur%C3%ADdica-N%C2%BA-32-Julio-2015.pdf

Normas citadas

Código de Comercio, del Ministerio de Justicia, 23 de noviembre de 1865.

Decreto n.º 702 nuevo reglamento de sociedades anónimas, 6 de julio de 2012.

Decreto ley n.º 3500 establece nuevo sistema de pensiones, 13 de noviembre de 1980.

Ley n.º 18045 de mercado de valores, 22 de octubre de 1981.

Ley n.º 18046 sobre sociedades anónimas, 22 de octubre de 1981.

Ley n.º 18660 modifica la legislación sobre seguros y valores, 20 de octubre de 1987.

Ley n.º 20393 establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos que indica, 2 de diciembre de 2009.

Ley n.º 20712 administración de fondos de terceros y carteras individuales y deroga los cuerpos legales que indica, 7 de enero de 2014.

Ley n.º 21121 modifica el código penal y otras normas legales para la prevención, detección y persecución de la corrupción, 20 de noviembre de 2018.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2019): Rol N° 167/2019, 28 de febrero de 2019.

LA JUSTICIA MILITAR CHILENA Y LA URGENTE NECESIDAD DE SU REFORMA INTEGRAL

THE CHILEAN MILITARY JUSTICE AND THE URGENT NECESSITY OF ITS INTEGRAL REFORM

*Sergio Cea Cienfuegos**
*Patricio Morales Contardo***

RESUMEN: Los autores analizan el estado de la justicia militar chilena y examinan los motivos por los cuales corresponde afrontar su reforma integral en el más breve plazo.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal Militar - Reforma Procesal Penal - Derecho procesal - Debido proceso - Igualdad ante la ley.

ABSTRACT: The authors analyze the state of the Chilean military justice system and examine the reasons why it is appropriate to face its comprehensive reform in the shortest time.

KEYWORDS: Military Criminal Law - Criminal Procedure Reform - Procedural Law - Due process - Equality before the law.

INTRODUCCIÓN

La justicia militar chilena ha sido cuestionada, entre otros motivos, por su antigüedad y el exceso de competencia, en cuanto juzgaba civiles además de

* Abogado de la Universidad de Chile. Magister en Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Profesor Universidad del Desarrollo. Fundador de la Asociación Internacional de Justicias Militares. Exfiscal militar general de las Fuerzas Armadas.

** Abogado Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal de la Universidad de Chile. Exfiscal de Aviación de Santiago.

militares y, además, en cuanto no solo contempla delitos militares en esencia, sino, también, delitos comunes en ciertos casos.

Si bien se le ha introducido una serie de reformas, la más importante de las cuales –del mes de diciembre de 2010– excluyó completamente el juzgamiento de civiles, aún persisten los reproches por otros aspectos que tienen relación fundamentalmente con la falta de independencia e imparcialidad de sus jueces, así como la mermada condición procesal a la que se enfrentan los militares que son encausados por los tribunales castrenses.

Jorge Mera Figueroa, en el Informe de Investigación del año 2003 denominado “Bases programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno” señalaba que era necesario modificar integralmente el derecho penal militar chileno entre otras razones por

“...la evolución que han experimentado –desde la dictación del Código de Justicia Militar hasta la fecha– el derecho internacional de los derechos humanos y la propia concepción y exigencias de la democracia y del estado de derecho...”¹

En el informe del grupo de trabajo sobre el examen periódico universal emitido en mayo de 2009 sobre nuestro país en el seno del Consejo de Derechos Humanos, se estableció una serie de recomendaciones para el Estado de Chile².

En lo que respecta a la justicia militar chilena, las recomendaciones se pueden resumir en el término del juzgamiento de civiles por parte de los tribunales militares, la reforma del procedimiento aplicable en la justicia militar para garantizar un juicio imparcial y la eliminación total de la pena de muerte, que aún se encuentra contemplada para ciertos delitos militares en tiempo de guerra en el *Código de Justicia Militar*.

En el mes de marzo de 2012, el gobierno de Chile presentó el Informe de Mitad de Período sobre las Recomendaciones efectuadas a Chile en el marco de su examen periódico universal 2009, expresando que para entonces existía ya un alto porcentaje de recomendaciones cumplidas.

Dicho informe destaca entre los cumplimientos la entrada en vigencia de la Ley n.º 20477, que modificó la competencia de los tribunales militares, restringiendo la competencia de la justicia militar por la vía de descartar a los civiles y a los menores de edad, manteniendo su competencia solo para uniformados³.

¹ MERA (2003), p. 3.

² Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. CHILE. Examen Periódico Universal Consejo de Derechos Humanos, 12º periodo de sesiones. El examen de Chile tuvo lugar en la novena sesión, el 8 de mayo de 2009. En la 13ª sesión, el Grupo de Trabajo aprobó el informe sobre Chile, con fecha 12 de mayo de 2009.

³ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2012), pp. 5 y 8.

En efecto, mediante la entrada en vigencia de la Ley n.º 20477, publicada en el *Diario Oficial* el 30 de diciembre de 2010, el Estado de Chile dio pleno cumplimiento a la recomendación consistente en la exclusión de civiles de la esfera de juzgamiento de los tribunales castrenses.

El artículo 1º del citado cuerpo legal establece expresamente:

“...En ningún caso, los civiles y los menores de edad estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal”.

Para completar ese efecto, la ley modificó los textos del *Código de Justicia Militar*, la Ley de Seguridad del Estado, la Ley de Control de Armas, la Ley de Movilización y el *Código Aeronáutico*.

No obstante, el Estado de Chile aún no ha completado las otras dos recomendaciones que incidían en la justicia castrense chilena, pues hasta la fecha, aunque se han presentado proyectos de ley respecto de la abolición total de la pena de muerte, y se han efectuado estudios conducentes a una reforma integral del sistema jurídico de justicia militar, estos esfuerzos no han rendido frutos.

En resumen, la justicia militar debe ser modificada de manera integral, abordando al menos los siguientes aspectos:

- a) Abolición total de la pena de muerte.
- b) Distinto sistema de enjuiciamiento respecto de la justicia ordinaria.
- c) Restricción de la competencia excesiva en cuanto aún juzga delitos que no pueden ser considerados propiamente militares.
- d) Falta de imparcialidad e independencia de los jueces militares.

En cuanto la abolición de la pena de muerte del sistema penal, estimamos que no reviste mayor complejidad en su análisis, sino que solo debe sortear la falta de interés del legislador actual por tratar temas no contingentes como este. Por lo tanto, solo abordaremos los tres últimos tópicos a continuación.

1. LA DUALIDAD DE SISTEMAS DE PERSECUCIÓN PENAL EN CHILE. LA JUSTICIA PENAL ORDINARIA Y LA JUSTICIA PENAL MILITAR

La entrada en vigencia de un sistema procesal penal oral, público y contradictorio en todo el territorio nacional para la justicia penal ordinaria⁴, donde se

⁴ La Reforma Procesal Penal se aplicó de manera gradual en Chile. Inicialmente, en diciembre del año 2000 se aplicó solo en las regiones de Coquimbo y La Araucanía. Luego, se sumaron otras regiones hasta que el año 2005 se completó el proceso, incluyendo a la Región

vigorizan los derechos del imputado y se diferencian claramente la función de investigar de la de juzgar, propone un nuevo sentido de urgencia a la reforma integral de la justicia aplicable a los militares.

Las razones que hacían imperativo modificar el antiguo sistema procesal penal común son aplicables a la justicia castrense. Esto es especialmente relevante si tenemos en consideración que parte de esos motivos se fundamentaban en un desajuste entre las normas constitucionales vigentes desde 1980 y el modelo de persecución penal aplicable en Chile, el cual había sufrido muy pocos cambios desde su implementación en el siglo XIX.

El antiguo modelo, de carácter inquisitivo y escrito, concentraba en la figura de un juez unipersonal las facultades de investigar, procesar y dictar sentencia en las causas.

En palabras de Cristián Maturana y Raúl Montero, en el sistema inquisitivo el Estado ostenta el poder absoluto en las pesquisas o inquisiciones tendientes a la represión de los delitos y para ello el juez cuenta con los grandes poderes, pues su papel consiste en obtener la verdad material. En consecuencia, las partes no se encuentran en igualdad de condiciones procesales⁵.

Agregan los autores citados que la crítica más seria al antiguo sistema inquisitivo es que no se respetaban en él las garantías mínimas de los intervinientes, que son indispensables para considerar que nos encontramos ante un verdadero proceso⁶.

El nuevo modelo cambió los paradigmas de enjuiciamiento penal, encargando la función de investigar a un órgano con reconocimiento constitucional denominado Ministerio Público, el cual dirige en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinan la participación punible y los que acreditan la inocencia del imputado. Asimismo, ejerce la acción penal pública⁷.

Metropolitana de Santiago, que concentra la mayor cantidad de población. El sistema se aplica solo para las causas nuevas, es decir, faltas, delitos y crímenes que ocurren en cada región desde la fecha en que se aplica el nuevo esquema.

⁵ MATURANA Y MONTERO (2010), p. 93.

⁶ *Op. cit.*, p. 94.

⁷ Así lo expresa Rubén Romero Muza: "La idea de debido proceso como parámetro básico –es decir mínimos necesarios para entender que un pronunciamiento judicial goza de legitimidad–, se vio reflejada en diversas de las instituciones que se reformaron dentro del proceso: desde el secreto de las imputaciones, las diligencias de investigación y las pruebas contenidas en el sumario, se transitó a consagrar ya en un temprano momento a la formalización como un acto de garantía del imputado.

Desde la privación de libertad como consecuencia casi directa del sometimiento a proceso, pasamos a la necesidad de excepcionalidad, proporcionalidad y subordinación a los fines del procedimiento de la medida cautelar que implique privación de libertad. A su vez, se incorporaron a nuestra legislación tratados internacionales que aseguraron la posibilidad de

Como apunta Javier Castro Jofré en su obra *Introducción al derecho procesal penal chileno*, el “amo y señor” de la etapa de investigación es el Ministerio Público:

“...a quien le corresponde exclusivamente la investigación (instrucción) acerca de la existencia de delito y su responsable, lo que implica que se priva a cualquier órgano judicial de tal función”⁸.

Con respecto a la función de juzgar, ella corresponde a los tribunales de justicia, para lo cual se crearon órganos judiciales inéditos hasta entonces: los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, tribunales colegiados compuestos por tres jueces de derecho que deben conocer la acusación del fiscal, como, de igual forma, la defensa del imputado para, luego de un juicio oral y público, resolver.

El problema es que en estas reformas procesales sustanciales y trascendentes al enjuiciamiento penal no se consideró a la justicia militar. En efecto, el artículo 83 de la Carta Fundamental en su inciso final excluyó expresamente de las atribuciones del Ministerio Público a las causas de competencia de los tribunales militares⁹.

Estimamos que no es sustentable, desde el punto de vista del Principio de Igualdad ante la Ley, la coexistencia de un proceso penal oral, público, acusatorio, controvertido, concentrado, con un sistema probatorio basado en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, con otro completamente opuesto, es decir, inquisitivo, escrito, formalista y en el que se establece un sistema probatorio reglado.

En la práctica nos encontramos que la justicia militar es, en definitiva, una isla jurídica dentro de la normativa que rige en Chile en materia de organización judicial y procedimientos aplicables¹⁰.

Las decisiones que el Estado ha adoptado en esta materia privan a una parte de la sociedad –los militares– de los avances y conquistas que en

defensa del imputado hasta la última etapa del proceso, por ejemplo a través de la garantía del derecho al recurso”. ROMERO (2018).

⁸ CASTRO (2008), p. 55.

⁹ CPR 1980. Artículo 83 inciso final: “El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.

¹⁰ CEA (2009), pp. 404-405.

materia procesal se lograron para el común de los habitantes de la república, para lo cual no se advierte razón alguna que así lo justifique.

Creemos que es tiempo que la sociedad chilena, con criterios propios de la madurez política e institucional que ha alcanzado luego de casi tres décadas de estabilidad democrática, asuma sus tareas pendientes en cuanto al tratamiento legislativo que debe recibir la justicia militar, desembarazado ya el debate de la cuestión histórica y de los hechos del pasado. Estas cuestiones históricas, con sus aciertos y yerros, ya se encuentran en manos del Poder Judicial, y es allí donde deben ser resueltas sin demoras.

Por este motivo, es propio de un debate académico libre de prejuicios, estimar que los militares que actualmente componen las Fuerzas Armadas, deben ser considerados, a la hora de definir sus derechos y garantías procesales, como cualquier otro habitante de la república.

Cierto es que las instituciones armadas tienen un especial tratamiento en virtud de los fines y tareas que le corresponden en el entramado social chileno, pero ello no alcanza para privar a sus integrantes, individualmente considerados, de todas las garantías y derechos que la Constitución Política reconoce a todos los habitantes del país.

Por todos los motivos expresados, algunos estamentos políticos, militares y académicos de la sociedad chilena, en distintos momentos, han evaluado el sistema de organización y funcionamiento de los tribunales militares en tiempo de paz en Chile, con el objetivo de modificarlo completamente, asimilándolo al sistema de justicia penal ordinario¹¹.

Desde el año 2000 hasta la fecha han existido diversas iniciativas de reforma integral a la justicia militar. Entre ellas se cuentan comisiones de trabajo al interior de las Fuerzas Armadas y otras lideradas por el gobierno de Chile, que abordaron todos los aspectos del *Código de Justicia Militar*. Algunas de estas comisiones (2000, 2008, 2010) elaboraron textos detallados sobre procedimiento, composición de tribunales e, incluso, tipos penales militares.

En este contexto, en el año 2008, el primer gobierno de Michelle Bachelet creó una comisión de estudios para la reforma de la justicia militar. Dicha comisión, integrada por representantes de los ministerios de Defensa, Relaciones Exteriores y Justicia y miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros, elaboró una matriz de los lineamientos futuros de una nueva justicia militar. Estos lineamientos los denominó "Principios formativos para el nuevo *Código de Justicia Militar*", los que fueron publicados como un documento en el mes de junio de 2008.

¹¹ CEA (2001), p. 225 y ss.

La formulación del principio número XII denominado “Derecho a juicio previo, oral y público”, implica la necesidad de dotar al sistema de enjuiciamiento penal castrense de un procedimiento y órganos judiciales acordes con el modelo ya impuesto en Chile para el resto de los ciudadanos.

El documento citado señala que la exigencia de que el juicio sea público

“...se encuentra en íntima conexión con un Estado Democrático de Derecho y, en especial, con el principio de publicidad que rige para todos los actos estatales, en virtud del artículo 8 de la Constitución Política de la República. Permite un control ciudadano sobre la corrección de las decisiones judiciales y, en consecuencia, procura aumentar la confianza pública en la administración de justicia de los Estados...”¹².

Más allá de la restricción de competencia respecto de civiles, cuestión que ya fue resuelta, resulta evidente que los ciudadanos chilenos que tienen la calidad de militares se encuentran sujetos a un sistema de juzgamiento penal que es inferior en cuanto a la protección de sus derechos procesales respecto de los imputados por delitos de conocimiento de la justicia penal común.

La desigualdad consecuente es un motivo de reproche por sí sola, aunque ello no resulte de tanta importancia para la sociedad civil. Pese a que la justicia militar fue un actor relevante (y, por cierto, muy cuestionable) en tiempos de la dictadura militar no fue objeto de estudio serio por parte de la Academia, como sí lo ha sido en otras partes del mundo¹³.

La deslegitimación que la justicia castrense experimentó en ese periodo evitó que fuera considerada como parte de los programas de estudio de las universidades o un tema abordado seriamente por estudios académicos desde esa fecha hasta entonces, como sí lo fue en muchos otros países, no solo de América, sino, también, de Europa¹⁴.

Un primer análisis de las normas del *Código de Justicia Militar* en su parte procedimental arroja una discordancia entre los principios que regulan el ámbito procesal castrense respecto de aquellos principios que se consagran en la Constitución Política de 1980 y los estándares internacionales.

La misma antigüedad del *Código de Justicia Militar*, aprobado por el decreto ley n.º 806, de 1925, que entró en vigencia en el año 1926 y que con algunas modificaciones, ha permanecido vigente hasta la fecha (constituyendo el de más antigua data en América Latina) obliga a su estudio y análisis a la luz de las normas constitucionales vigentes.

¹² MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (2008), p. 23.

¹³ MERA (2003), p. 3.

¹⁴ Crf. RED DE SEGURIDAD Y DEFENSA DE AMÉRICA LATINA (2010).

Si cotejamos el *Código de Justicia Militar* de 1926, con los principios de la Carta Fundamental, constataremos que de una u otra forma las normas del *Código Castrense* se contraponen con las que se establecen en el artículo 19 numeral 3 de la Constitución Política y que consagran el principio del debido proceso en todas sus facetas.

En efecto, artículo 19º n.º 3º inciso 1º, asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Esta es la verdadera igualdad ante la ley, aunque de manera errónea se denomine así a la igualdad en la ley prevista en el numeral 2º del citado artículo 19º¹⁵.

Esto es así por cuanto, como hemos señalado previamente, los militares encartados en causas de la justicia militar deben ser juzgados en un procedimiento escrito, inquisitivo y en muchas partes, secreto.

Además, es necesario consignar que, incluso, comparado con el antiguo sistema procesal penal ordinario, los inculpados militares gozan de menos derechos procesales que los inculpados civiles de aquel sistema.

Un ejemplo palmario de ello es el régimen recursivo de la justicia militar, limitado respecto de la antigua justicia penal ordinaria.

El artículo 123 del *Código de Justicia Militar* señala que solo son apelables ciertas resoluciones, restricción mucho más extensa que la contemplada en los artículos 187 y 188 del *Código de Procedimiento Civil*, aplicable de manera supletoria para el *Código de Procedimiento Penal*¹⁶.

El militar se encuentra sujeto a un sistema de vinculación funcionaria con el Estado que es distinto al de todos los otros funcionarios públicos.

Por las especiales características de la función militar, la institución armada exige de sus integrantes un comportamiento más apegado aún a las normas y definiciones de conducta que se fijan como medio para obtener los fines deseados. Por ese motivo al militar se le exige mayor disponibilidad horaria para ejecutar sus labores y está sujeto a un sistema de destinaciones, entre otras particularidades.

¹⁵ FERNÁNDEZ (2004), p. 100. En www.redalyc.org/html/820/82020103/

¹⁶ Art. 123 del *Código de Justicia Militar*.

“Solamente son apelables:

1º El auto de procesamiento;

2º La resolución del Fiscal que deniegue la libertad provisional con posterioridad al cierre del sumario, y, dentro del sumario, cuando la privación de libertad haya durado más de veinte días;

3º Los autos de sobreseimiento, y

4º Las sentencias definitivas e interlocutorias de primera instancia.

Las demás resoluciones serán apelables sólo en los casos en que se conceda expresamente el recurso.

En los casos de los números 1º y 2º la apelación se concederá sólo en el efecto devolutivo. En los demás, salvo regla especial en contrario, procederá en ambos efectos.

En este contexto, el sistema disciplinario militar, como todos los otros sistemas disciplinarios de un ordenamiento jurídico¹⁷, se preocupa de brindar protección al sistema militar, haciendo que la cohesión de la fuerza militar se mantenga y le permita ser eficaz.

La tarea eventual de las Fuerzas Armadas (ganar la guerra, de producirse) debe descansar en una tarea real y contingente (mantener un nivel de alistamiento adecuado).

Pero, si bien al militar se le exige más que al común de los habitantes de la república en ciertos aspectos, ello no significa que ellos deban estar situados en una categoría distinta a la hora de determinar sus derechos fundamentales.

En materia de derechos procesales de los militares en Chile, no se advierte razón para mantener la situación discriminatoria e injusta en que se encuentran.

2.- LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES. DEFINICIÓN DE LOS DELITOS MILITARES

Señalamos que otro motivo que incide en la reforma a la justicia militar es la extensión de su competencia.

Así lo señalaba Jaime Couso en el año 2002, afirmando que la justicia militar tenía una amplitud excesiva, tanto porque utiliza un “hipertrofiado concepto de delito militar” que incluye conductas que solo artificialmente se consideran delitos militares o “militarizados”, como porque, además, incluye derechamente delitos comunes que ocurren ciertos y determinados lugares y circunstancias¹⁸.

Aunque no se ha determinado un consenso sobre la definición de delito militar y se constata la existencia mayoritaria de conceptos meramente formales del mismo, es un hecho innegable que en el derecho comparado los *Códigos de Justicia Militar* han ido restringiendo la competencia que asignan a los tribunales castrenses, principalmente excluyendo o sustrayendo el juzgamiento de civiles.

Por cierto, cada Estado tiene su propia percepción de la forma como debe delimitarse el juzgamiento de civiles por parte de los tribunales militares. En el caso chileno, como se ha examinado, la cuestión fue definida legislativamente mediante una eliminación total.

¹⁷ VILLALÓN (2002), p. 181.

¹⁸ COUSO (2002), p. 79.

Pero la cuestión fundamental continúa siendo la definición de qué debe considerarse como delito militar.

En la brevedad de este trabajo no se pretende ofrecer, sino una descripción sucinta de la cuestión debatida y una proposición inicial del concepto de delito militar.

En concordancia con la doctrina penal de los bienes jurídicos protegidos¹⁹ como factor de tipificación en el ámbito militar, tradicionalmente se ha entendido que los bienes jurídicos protegidos en esta materia son la disciplina y el respeto por la jerarquía.

Sin embargo, la disciplina y la jerarquía no son características exclusivas de las Fuerzas Armadas, sino que se presentan en todos los órganos de la Administración del Estado, incluso de aquellos que integran la administración civil, por lo que podría, de esta manera, existir una confusión entre algunos delitos cometidos por funcionarios públicos con los delitos militares propiamente tales²⁰.

Con todo, la intensidad de la jerarquía y la disciplina constituyen en los cuerpos armados un régimen de sujeción especial de sus integrantes, en especial la disciplina, que es un pilar esencial dentro de la estructura de las organizaciones militares.

Dicho lo anterior, en nuestro concepto la disciplina y el respeto por la jerarquía de los cuerpos armados son bienes jurídicos de segundo nivel, tributarios a un bien jurídico superior, en el cual descansa la razón de ser de las instituciones armadas en un estado social y democrático de derecho.

Este bien jurídico es la eficacia operativa de los cuerpos armados.

Es así que la justicia militar debe estructurarse en torno a su papel de asegurar la capacidad de las fuerzas militares para asumir su papel de acuerdo con la Constitución Política, esto es, el resguardo de la seguridad nacional.

En consecuencia, de acuerdo con estos razonamientos, un delito militar es aquel que lesiona o pone en peligro la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas, esto es, su capacidad cumplir con los mandatos que la Constitución Política les asigna.

Un delito militar, en este orden de razonamientos, es tal en cuanto daña o pone en peligro la eficacia operativa de la institución castrense, ya sea

¹⁹ La teoría de los bienes jurídicos se comprende en el contexto de limitación del *Ius Puniendi* en un estado social y democrático de derecho, como una barrera al abuso del Estado contra los ciudadanos. Cfr. MIR (2010), p. 104.

²⁰ La Ley n.º 18834 establece expresamente en el artículo 61 letra f) que los funcionarios públicos de la administración civil deben obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico, pudiendo ser objeto de medidas disciplinarias si infringen dicha obligación.

porque el delito afecta o pone el peligro los bienes o el personal que conforma esa fuerza o, bien, porque lesiona o pone en peligro la disciplina interna del cuerpo armado, entre otras conductas.

Este mismo argumento justifica la mantención en el ámbito de la justicia militar de los delitos comunes cometidos por militares en ciertas circunstancias muy especiales, como el acto de servicio militar (o con ocasión del mismo) o cometer el delito en el interior de un recinto militar.

En tales circunstancias, aun siendo ilícitos de naturaleza común, contemplados en el *Código Penal* o en leyes especiales, su comisión por militares en los supuestos referidos daña o pone en peligro la eficacia operativa de la fuerza armada al lesionar su disciplina interna.

Asimismo, no puede desconocerse el papel que las Fuerzas Armadas cumplen en la actualidad en función de apoyo a la comunidad en cuestiones específicas que no tienen relación con la guerra o la preparación para la misma. En estos casos, la eficacia operativa sigue siendo fundamental para el adecuado cumplimiento de tales funciones, por cuanto en atención a la naturaleza de los medios puestos a su disposición, un mal desempeño podría resultar aún más grave que el daño que se pretende solucionar con la intervención de las mismas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en la sentencia del caso Palamara:

“El Estado debe adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de tal forma que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares”.

“El Estado debe garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares”.

Creemos que la estructuración del concepto de delito militar a partir de la misión constitucional resuelve de mejor manera las interrogantes que siempre ha planteado la elaboración de ese concepto, y a partir de él, la definición de los márgenes de competencia de los tribunales militares.

3. LA FALTA DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS TRIBUNALES MILITARES

Algunos sectores de la doctrina nacional, en una postura crítica respecto de la justicia militar, han sostenido que los tribunales militares, por su integración por militares en servicio activo, atentan contra la garantía del juez natural.

Señalan que eso sucede por cuanto sus miembros carecerían de independencia e imparcialidad, al estar insertos en un sistema jerárquico que obliga a cumplir las órdenes de sus superiores.

Se afirma que la justicia militar así estructurada es una justicia destinada a proteger los intereses institucionales de las Fuerzas Armadas.

Se afirma, no sin razón, que los tribunales militares están integrados en todas las instancias por militares en servicio activo y “en situación de subordinación y dependencia respecto de la jerarquía militar”.

Tal esquema restaría imparcialidad e independencia a los funcionarios judiciales militares, lo que constituiría “una violación al debido proceso”.

Sin pretender eludir esta cuestión, que, a nuestro juicio, debe ser subsanada en una futura reforma integral, es necesario precisar los alcances del concepto o garantía del juez natural a la que aluden estas críticas y dilucidar si las afirmaciones realizadas se apegan a esa definición.

En efecto, el principio o garantía del juez natural tiene reconocimiento constitucional en el artículo 19 n.º 3 de la Carta Fundamental y consiste en la garantía del ciudadano de ser juzgado por tribunales establecidos por la ley con anterioridad a la perpetración de los hechos que fundamentan su incriminación, es decir, no ser juzgado por comisiones especiales.

La garantía referida no tiene ninguna relación con criterios o medidas de imparcialidad con que cuenten dichos tribunales, ni tampoco con su pertenencia al Poder Judicial. Tal es la razón por la cual existen otros tribunales especiales distintos de los castrenses, de funciones e integración diversas, y no por ello su actuación afecta el principio de juez natural.

Lo relevante es que el tribunal esté fijado por una norma de rango legal con anterioridad a los hechos que van a ser objeto de imputación penal, lo que refleja, a su vez, la operación práctica respecto de ese ciudadano, de la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, en el sentido de que todas las personas pueden saber con la debida antelación, cuál es el tribunal competente en caso de cometer una infracción.

Luego, es preciso hacerse cargo de otra visión que se ha desarrollado respecto del concepto de “juez natural”, a propósito de las discusiones doctrinarias en torno a la restricción de la justicia militar para juzgar a civiles.

En efecto, a propósito de la idea de que la justicia militar no debía aplicarse a civiles, teniendo especialmente presente el fallo de la Corte Inte-

americana de Justicia en el caso denominado Palamara, se argumentó que un juez militar no podía ser el juez natural para juzgar infracciones penales cometidas por un civil, no importando si el delito pudiere afectar intereses o bienes jurídicos propios de las instituciones castrenses.

En ese sentido y de manera opuesta, no podría ser el juez natural para juzgar un delito cometido por un militar si ese ilícito ha afectado bienes jurídicos propios de la institución armada en la que sirve. Ese juez, tanto por la calidad del autor como por la naturaleza de la afectación que el delito produce debe ser también militar.

Con todo, efectuadas estas precisiones, es necesario crear un sistema de justicia militar que permita subsanar las deficiencias que el sistema actual presenta, en cuanto los jueces militares son parte del sistema jerárquico común y por tanto, técnicamente dependen de sus superiores.

En el citado documento “Principios formativos para el nuevo Código de Justicia Militar”, se consideró como otro de esos principios el de la “independencia de los tribunales militares”, señalándose expresamente que todo tribunal militar deberá ser independiente e imparcial²¹.

Como se indicó respecto del tema del juez natural, para lograr el estándar requerido de independencia no es indispensable que el juez deba ser un civil, sino que, a nuestro juicio, bastaría con dotar a ese tribunal militar de los mecanismos necesarios para resguardar su independencia.

No es materia de este trabajo académico, por lo que no ahondaremos en este asunto, pero podemos afirmar que existen fórmulas que permitan una judicatura castrense ejercida por abogados militares que dé cumplimiento a la exigencia de imparcialidad e independencia necesarias.

Solo a vía ejemplar, una de las maneras de obtener ese resultado es garantizar a los jueces militares su inamovilidad, impidiendo que sean removidos de sus cargos por causa de sus decisiones jurisdiccionales.

Otra fórmula para asegurar la independencia de los jueces castrenses es sustraerlos del régimen normal de calificaciones, estableciendo un sistema de calificaciones independiente, mientras cumplan dichas funciones.

Nuevamente en este punto es necesario apelar a la altura de miras y prescindencia de prejuicios en quienes, en los niveles de decisión del Estado, deban intervenir en el eventual diseño e implementación de un nuevo sistema de justicia militar en los términos señalados.

²¹ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (2008), p. 33.

CONCLUSIONES

1. En el proceso de reforma a la justicia militar en Chile es evidente que quedan pendientes modificaciones a un sinnúmero de instituciones jurídicas de la justicia militar, y que no fueron consideradas en la Ley n.º 20477 de 30 de diciembre del año 2010.
2. A nuestro entender, las materias o contenidos que deben ser necesariamente abordados en una próxima ley son:
 - a) Reemplazar el actual procedimiento inquisitivo por uno acusatorio, en el que se resguarde en mejor forma el debido proceso y la presunción de inocencia, considerando las especiales características de la función y profesión militar;
 - b) La correcta determinación material del delito militar, considerándose aquellos tipos penales que se sustentan en un bien jurídico de exclusivo carácter militar que es la eficacia operativa de las instituciones armadas, de acuerdo con los roles y tareas que el Estado de Chile les asigna, y la discusión acerca de la mantención de ciertos delitos comunes en el ámbito de la justicia castrense, teniendo a la vista las ideas expresadas acerca de la eficacia de la fuerza militar y
 - c) La reestructuración de los tribunales militares y su respectiva competencia, respetando el principio de especialidad en ponderación con la adecuada independencia e imparcialidad que requieren dichos órganos y sujetos procesales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CASTRO JOFRÉ, Javier (2008): *Introducción al derecho procesal penal chileno* (2ª edición, Editorial Legal Publishing).
- CEA CIENFUEGOS, Sergio (2001): "Consideraciones Generales de la Justicia Militar en Chile", en *Actualidad Jurídica*, n.º 3, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio (2009): "Reforma de la Justicia Militar de Chile", en *Actualidad Jurídica*, n.º 19, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho.
- COUSO SALAS, Jaime (2002): "Competencia de la Justicia Militar, Una perspectiva político criminal", en *Cuadernos de Análisis Jurídico. Hacia una Reforma de la Justicia Militar* Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2004): "Derecho a la jurisdicción y debido proceso", en *Estudios Constitucionales*, pp. 99-121. Disponible en www.redalyc.org/html/820/82020103/

- MATURANA MIQUEL, Cristián y Raúl MONTERO LÓPEZ (2010): *Derecho Procesal Penal* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot).
- MERA FIGUEROA, Jorge (2003): “Bases Programáticas para la reforma integral del Derecho Penal Militar chileno”, en *Colección Informes de Investigación*, año 5, n.º 16, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Jurídicas. Disponible en http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/16Basesprogramaticas_JorgeMera_tapa.pdf
- MIR PUIG, Santiago (2010): *Derecho penal. Parte general* (8ª edición, Barcelona, Repertor).
- ROMERO MUZA, Rubén (2018): “Propuestas de Cambio para el Código Procesal Penal”, en *93 La Revista de la Defensoría Penal Pública*, n.º 18. Santiago

Otros documentos

- CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (2009): *Examen periódico universal. Informe del grupo de trabajo sobre el examen periódico universal, Chile*, 4 de junio de 2009. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/139/25/PDF/G0913925.pdf?OpenElement>
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL (2008): *Principios formativos para el nuevo Código de Justicia Militar*, junio 2008. Disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/26335.pdf
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2012): *Informe de mitad de período sobre las recomendaciones efectuadas a Chile en el marco de su examen periódico universal de mayo de 2009*, marzo 2012. Disponible en https://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session5/CL/ImplementationReportChile_sp.pdf
- RED DE SEGURIDAD Y DEFENSA DE AMÉRICA LATINA (2010): *La justicia militar. Entre la reforma y permanencia*, 2010. Disponible en www.resdal.org/justicia/libro-justicia-militar-final.pdf

LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

THE VICES OF CONSENT

*Fernando José Rabat Celis**
*Francesca Mauriziano Concha***
*Ignacia Vicuña Alessandri****

RESUMEN: Nos ha parecido relevante en estas notas, sistematizar un capítulo fundamental dentro de la teoría general del acto jurídico, como es el de los vicios del consentimiento, para lo cual hemos revisado la forma cómo los principales autores chilenos tratan los temas o interrogantes que surgen de la regulación legal.

PALABRAS CLAVE: Vicios del consentimiento - Teoría general del acto jurídico - Derecho civil.

ABSTRACT: We have found relevant in these notes, systematize a fundamental chapter within the General Theory of the Legal Act, such as the Vices of Consent, for which we have reviewed the way in which the main Chilean authors deal with the issues or questions that arise from legal regulation.

KEYWORDS: Vices of Consent - General Theory of the Legal Act - Civil Law.

I. ANTECEDENTES

El libro IV del *Código Civil*, a partir de su título II, regula los aspectos centrales de la teoría general del acto jurídico, sin olvidar las normas que sobre la formación del consentimiento se contiene en el artículo 97 y siguientes del *Código de Comercio*, reglas que tienen una aplicación general, tal como se

* Abogado. Universidad de Los Andes. Profesor de Derecho Civil Universidad del Desarrollo.

** Abogado. Universidad del Desarrollo. Master en Derecho con mención en Derecho de la Empresa en la PUC. Ayudante de cátedra Derecho Civil. Universidad del Desarrollo.

*** Egresada de Derecho. Universidad del Desarrollo.

desprende del mensaje del *Código de Comercio*, según el cual estos preceptos llenan “un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil”.

El *Código Civil*, a partir del artículo 1445 pone de realce el papel que la voluntad representa en el acto jurídico, a punto tal que, como dicen los autores, desde la perspectiva de los requisitos de existencia y de validez del acto jurídico la declaración de voluntad es el principal y está implícita en los demás, puesto que ella

- i) debe estar exenta de vicios,
- ii) debe emanar de una persona legalmente capaz,
- iii) debe recaer en un objeto lícito,
- iv) tener su origen en una causa lícita y
- v) cumplir, en su caso, las solemnidades legales.

Como la voluntad es el *motor* del acto jurídico, el legislador ha sido especialmente cuidadoso al tiempo de velar para que la declaración unilateral tanto de voluntad como del consentimiento estén exentos de vicios que afecten la ponderación o consideración que el autor del acto o las partes de la convención analizaron al momento de expresar su voluntad. De lo que se trata, entonces, es de cuidar que la expresión de voluntad sea razonada y fruto de una decisión libre de su autor.

A este respecto, el artículo 1451 del *Código Civil* expresa: “los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo”. Como es sabido, algunos autores agregan la lesión enorme en los contratos que la ley indica, lo que también hacía el *Proyecto de Código Civil* de 1853.

2. EL ERROR

2.1. Concepto

Decíamos en lo precedente, que la declaración de voluntad debe ser el resultado de un razonamiento o valoración efectuada por su autor o las partes en cuanto a si el acto jurídico a celebrarse podrá satisfacer los objetivos buscados y, es evidente, que ese ejercicio intelectual tiene como base el conocimiento que el sujeto tenga de la realidad; a raíz de ello, si ese conocimiento no está bien configurado, la declaración de voluntad será fruto de un equívoco.

Arturo Alessandri R.¹, señala que el error es el falso concepto de la realidad; a su vez Giorgi² lo define como la disconformidad entre las ideas

¹ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005), p. 222.

² Citado por CLARO (1979), p. 139.

de nuestra mente y el orden de las cosas; finalmente Avelino León H.³ señala que es el falso juicio que se tiene de una cosa, de un hecho, de una persona o del principio jurídico que se presupone.

En el lenguaje corriente, no es lo mismo la ignorancia que el error, ya que quien ignora algo no tiene noción de una cosa, la desconoce; en cambio, quien se equivoca tiene una noción, pero errada.

En derecho, esta distinción carece de importancia, ya que se equiparan el error con la ignorancia, por cuanto ambos llevan a lo mismo: una falsa representación de la realidad. Por ello, para el profesor Hernán Corral⁴, siempre que haya ignorancia de algo habrá también sobre ese algo un error.

2.2. *Requisitos generales*⁵

La regla general apunta a que cada uno es responsable de sus propios actos, por lo tanto, solo excepcionalmente podrá admitirse que alguien invoque su propia equivocación para pedir la ineficacia de un acto jurídico, debiendo recordarse al efecto el adagio de que el derecho no protege a las personas descuidadas.

Deberá, entonces, el error cumplir con los siguientes requisitos para que opere como vicio de la voluntad:

- i) Reconocimiento legal: La ley debe reconocer que el error puede viciar la voluntad. Solo en dichos casos se producirá este efecto.
- ii) Excusabilidad: El error solo viciará la voluntad cuando se trate de una equivocación excusable, lo que significa que cualquier persona en las mismas circunstancias, actuando con mediana diligencia, podría haber incurrido en esa equivocación.
- iii) Determinación: El error para viciar la voluntad debe ser determinante, a tal punto que de no haberse producido dicha equivocación no se habría celebrado el contrato o ejecutado el acto.

2.3. *Clases de error*

El error puede recaer sobre hechos o disposiciones de derecho, de ahí la distinción entre error de hecho y error de derecho, que es plenamente reconocida en nuestra reglamentación legal.

³ LEÓN (1963), p. 201.

⁴ CORRAL (2018), p. 541.

⁵ *Op. cit.*, p. 542.

2.3.1. Error de derecho

Arturo Alessandri R.⁶, lo define como la ignorancia o el concepto equivocado que se tiene de una norma jurídica, en cuanto a su existencia, alcance, inteligencia o permanencia en vigor. Carlos Ducci⁷ señala que es el falso concepto de la ley.

A este respecto, el artículo 1452 del *Código Civil* señala que “el error sobre un punto de derecho *no vicia el consentimiento*”. De esta disposición se sigue que no puede alegarse error de derecho para impedir las consecuencias jurídicas de un acto lícito, ni para exonerarse de responsabilidad por los actos ilícitos. En otras palabras, quien presta su consentimiento no podrá más tarde excusarse de cumplir alegando que su voluntad ha sido determinada por un error de derecho. En consecuencia, el contrato celebrado con error de derecho es válido y produce sus efectos.

Desde la perspectiva de los actos jurídicos unilaterales, Hernán Corral⁸, cita el artículo 1058 del *Código* como una ratificación del artículo 1452, puesto que admite que una asignación testamentaria se tenga como no escrita, solo cuando ella aparezca motivada por un error de hecho; *a contrario sensu*, no podría alegarse esta circunstancia cuando la asignación testamentaria se origina en un error de derecho.

Los artículos precitados, para algunos autores, son un reflejo del artículo 8 del *Código Civil* el cual dispone: “nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia”, agregándose que estamos en presencia de la llamada presunción de conocimiento de la ley, cuestión que, atendida su real imposibilidad, nos parece una falacia.

Por otra parte, se sostiene que el artículo 1452 tiene concordancia con el artículo 706 inciso final, en el sentido de que “el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario”. Atentos a la profusa legislación actualmente existente, nos parece una exageración establecer una presunción, que no admite prueba en contrario, en este sentido, señala Hernán Corral

“no todo error de derecho viciaría el consentimiento sino sólo el que, según las circunstancias del individuo que lo padeció, puede ser considerado como razonable y comprensible”⁹

Asimismo, el *Código Civil*, se refiere al error de derecho tratándose del cuasicontrato del pago de lo no debido, específicamente en los artículos 2297 y 2299.

⁶ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005), p. 223.

⁷ DUCCI (2000), p. 258.

⁸ CORRAL (2018), p. 544.

⁹ *Ibid.*.

El primero de ellos señala:

“se podrá repetir aun lo que se ha pagado por un error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural”.

En otras palabras, el legislador admite en este caso que el fundamento de la acción restitutoria esté precisamente en el error de derecho de que ha sido víctima el demandante, como podría ocurrir, según Arturo Alessandri R.¹⁰ con quien paga un impuesto que ha sido derogado o cuando el supuesto de la norma tributaria no se le aplica, es decir, cuando el pago no tuvo por fundamento una obligación, civil ni natural.

El segundo artículo dispone:

“el que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho”.

En este caso, es el demandado quien deberá acreditar que el actor no sufrió un error de derecho sino que –“tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía”– para desvirtuar la acción restitutoria que se ha intentado en su contra.

Víctor Vial del Río¹¹, señala como ejemplo a la persona que efectúa un aporte a una institución de beneficencia en la creencia errada de que la ley contempla para los aportantes un beneficio tributario, es inducida a dicho acto, no por el ánimo de efectuar una liberalidad, sino porque cree acogerse a una franquicia.

Normalmente, se concluye que en ambas normas el legislador persigue que quien recibió el pago no pueda retenerlo asilándose en el error de derecho del que pagó. Nos parece correcto ese aserto, agregándose, como se explicitó en lo que precede, que el error, en estos casos, es, además, fundamento de la acción restitutoria procedente del cuasicontrato, no de una acción de nulidad del pago fundada en que la voluntad hubiera estado viciada por error, como también lo señala Hernán Corral¹².

2.3.2. Error de hecho

El concepto clásico de este error es la falsa representación que se tiene, por ignorancia o equivocación, de una cosa, de un hecho o de una persona, es

¹⁰ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005), p. 223.

¹¹ VIAL DEL RÍO (2006), p. 88.

¹² CORRAL (2018), p. 544.

decir, de la realidad fáctica. Carlos Ducci¹³ lo define como el falso concepto respecto de una persona, de una cosa, de una situación.

El *Código*, siguiendo a Robert Pothier, hace una distinción entre el error de hecho propiamente tal (artículos 1453 y 1454) y el error en la persona (artículo 1455). A su vez, el error de hecho puede ser esencial u obstáculo, sustancial o accidental. Analizaremos todas estas clases de error, a continuación:

a) Error esencial o error obstáculo u obstativo (artículo 1453)

En este caso, el error más que viciar la voluntad, impide la formación del consentimiento, por lo que el acto no logra adquirir existencia jurídica al no haber consentimiento, ya que, en la realidad, no ha existido acuerdo de voluntades. Caracterizando esta situación Pablo Rodríguez¹⁴ señala que las voluntades que se expresan no tienen un punto de encuentro, no se complementan.

Debe tenerse presente que el artículo 1453 dispone que “el error de hecho vicia el consentimiento”, no obstante, como hemos visto, en este caso no hay consentimiento, ya que este error importa la ausencia total de voluntad e impide la formación del acto o contrato y, por ello, se le denomina en doctrina como error obstáculo u obstativo o impediendo.

El artículo 1453, distingue dos situaciones:

- i) Error in Negotio: Cuando el error recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación.
- ii) Error in Corpore: Cuando el error recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

Refiriéndose a este último caso Ramón Domínguez A.¹⁵, señala que el *Código* exige que la *designación misma de la cosa* sobre que recae el negocio sea diversa; de forma tal que si existe una cierta identidad de la cosa y el error recae sobre sus características, entonces el error será sustancial.

La Corte Suprema¹⁶ (rol 4751-2003; 13 de junio de 2005) falló que en esta clase de error existe una discrepancia o un malentendido entre las partes que ha impedido todo acuerdo de voluntades entre ellas; como ocurre en el caso fallado en que una parte cree donar un terreno de 56 m² y la otra recibir un campo deportivo de más de 1 300 m². De lo expuesto, se sigue que el error se produce en la *determinación de la cosa*.

¹³ DUCCI (2000), p. 258.

¹⁴ RODRÍGUEZ (2003), p. 50.

¹⁵ DOMÍNGUEZ (2012), p. 66.

¹⁶ CORTE SUPREMA (2005), considerando séptimo.

En cuanto a la *sanción* del error obstáculo, se ha discutido:

- i) Para algunos autores, la sanción es la *inexistencia*, ya que falta un requisito de existencia del acto jurídico, como es la voluntad;
- ii) Para otros, como Ramón Domínguez A.¹⁷, si bien reconocen que el error esencial impide la formación del consentimiento, estiman que la sanción es la *nulidad absoluta*, ya que el *Código* no recoge la *inexistencia*. La Corte Suprema¹⁸ resolvió que la existencia de este error importa la ausencia de consentimiento y acarrea, por lo mismo, la nulidad absoluta del contrato al faltar un requisito sin el cual no puede generar obligaciones, atendida su naturaleza.
- iii) Para Avelino León H.¹⁹ y Carlos Ducci²⁰, la sanción es la nulidad relativa, ya que:
 - El artículo 1453, comienza señalando que el error es un vicio del consentimiento, es decir, reconoce que el consentimiento se formó y, por lo tanto, no falta la voluntad.
 - El artículo 1454 trata el error sustancial y accidental, respecto de los cuales no hay duda de que la sanción es la nulidad relativa. Pues bien, esta norma comienza señalando que “el error de hecho vicia *asimismo* el consentimiento”, es decir, lo vicia de la misma manera que en el artículo anterior, que se refiere al error obstáculo.
 - El artículo 1691 dispone que el plazo para pedir la rescisión (nulidad relativa) es de cuatro años, el que se contará, en el *caso de error*, desde el día de la celebración del acto o contrato. En este caso, el legislador *no distingue* qué clase de error se trata y, por lo tanto, no es lícito al intérprete distinguir.
 - En nuestro *Código* las causales de nulidad absoluta están establecidas en razón del interés general, la moral y la ley; en cambio, en este caso solo se perjudica el interés particular de los contratantes.
- iv) El profesor Hernán Corral agrega a lo anterior, que el error esencial es, por sobre todo, un error y no una falta de consentimiento, existiendo una apariencia de negocio jurídico que requiere de una declaración judicial que lo invalide, descartando la nulidad de pleno derecho (*inexistencia*)²¹.

La *importancia de determinar cuál es la sanción* aplicable, radica en que si se estima que la sanción es la nulidad relativa, entonces el plazo para

¹⁷ DOMÍNGUEZ (2012), p. 68.

¹⁸ CORTE SUPREMA (2005), considerando séptimo.

¹⁹ LEÓN (1963), p. 225.

²⁰ DUCCI (2000), p. 261.

²¹ CORRAL (2018), p. 546.

alegarla es de cuatro años contados desde la celebración del acto o contrato, en tal caso solo puede alegarla aquel en cuyo beneficio se establece y puede ratificarse.

b) Error sustancial

El artículo 1454 inciso 1 dispone que el error de hecho vicia, asimismo, el consentimiento *cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree*; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. Si bien el ejemplo busca ilustrar la regla, no la agota. Así, la doctrina y jurisprudencia han coincidido en que no se trata únicamente de la materialidad de la cosa.

En este caso, hay un encuentro de voluntades que recae sobre el mismo objeto, pero hay divergencia acerca de la condición o calidad especial de la cosa.

El ejemplo clásico en esta materia es de Robert POTHIER, en su *Tratado de las obligaciones*, y que se refiere a la persona que compra unos candelabros de cobre plateado creyendo que son de plata pura. El mismo autor señala que este error recae sobre la cualidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente en vista y que constituye su sustancia.

El artículo 1454 hace referencia a la sustancia o calidad esencial del objeto.

Arturo Alessandri R.²² define la *sustancia* como la materia de que se compone el objeto; por ello habrá error sustancial cuando la cosa objeto del acto jurídico es de una materia distinta de lo que se cree, o sea, el error recae sobre la cosa misma. Según Víctor Vial²³ se trata de una apreciación estrictamente objetiva y material, así, señala, por ejemplo, la persona que cree comprar vino y, en realidad, está comprando vinagre.

Por su parte, las *cualidades esenciales* son aquellas que dan al objeto una fisonomía propia que lo distingue de los demás como pueden ser su antigüedad o su valor histórico o su origen, como seda proveniente de la India. Agrega Víctor Vial²⁴ que se trata de una cosa eminentemente subjetiva y tiene relación con la intención de las partes, con los motivos que estas tienen para contratar.

La doctrina moderna, como Víctor Vial²⁵, las llama *cualidades relevantes de una cosa*, esto es, aquellas que son determinantes y atrayentes para

²² ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005), p. 224.

²³ VIAL (2006), p. 92.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Op. cit.*, p. 94.

las partes, las que inducen a contratar y sin las cuales una de las partes, al menos, no habría contratado, por ejemplo, la autoría de un cuadro. Además, estima que el artículo 1454 inciso 1 contiene una presunción simplemente legal de que la sustancia-materia, es relevante y que la consideración de que la cosa está hecha de una determinada sustancia normalmente determina a contratar.

La Corte Suprema²⁶ falló que *sustancia* “es la materia concreta que constituye la cosa, esto es, la materia de que se compone el objeto sobre que recae la obligación”; la *calidad esencial*, “en cambio es la que da al objeto una fisonomía propia que lo distingue de los demás”. Jurídicamente ambos conceptos, si bien no son sinónimos, sí son equivalentes, como lo demuestra la conjunción ‘o’ que emplea el artículo 1454 inciso 1. En particular, el caso que conoció el tribunal trató acerca de si el año de fabricación de un camión de trabajo era o no una cualidad esencial; estimándose que sí porque la da una fisonomía propia y es determinante para fijar el precio.

Al reflexionar sobre el concepto de calidad esencial, los autores se han dividido en *dos criterios* para determinarla:

- i) **Objetivo:** Debe estarse a la materia de que la cosa está hecha, independientemente de la pretensión de las partes. Para estos efectos, se tomará en cuenta lo que normalmente se entiende como calidad esencial o atributos principales, que dan a una cosa su fisonomía propia, la que debe ser perceptible para cualquier persona media colocada en la misma situación de las partes. Para apoyar la idea anterior se puede atender, por analogía, al contenido del artículo 1486 inciso 3 del *Código Civil*, el cual, al definir la destrucción de una cosa, habla de “la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina”.

Avelino León H.²⁷ sostiene que la fuente de este artículo se halla en el *Código* de Luisiana el que se refiere a la calidad esencial como “lo que mayor valor da a la cosa”, lo que se determina atendiendo a la opinión general –criterio objetivo- y no a la sola intención del que invoca el error.

Este criterio fue seguido por la Corte Suprema²⁸,

“puesto que si se atiende a la sola intención del contratante que invoca el error, no podrá otorgarse un índice seguro para distinguir la sustancia de la cosa de otra cualquiera, permitiendo con ello la prueba de que

²⁶ CORTE SUPREMA (2010), considerando séptimo.

²⁷ LEÓN (1963), p. 230.

²⁸ CORTE SUPREMA (2010), considerando noveno.

cualquier diferencia en la sustancia viciara la intención del contratante, lo que conllevaría a confusión entre el error sustancial y el accidental”.

- ii) Subjetivo: La cualidad esencial es aquella que ha sido primordial para los contratantes, es decir, deberá ella ser buscada en la apreciación o voluntad interna de las partes, en la intención del que padece el error. Esta tesis es desechada por nuestro *Código*, asunto que en todo caso es discutible, ya que, por ejemplo, es apoyada por Arturo Alessandri R. y Luis Claro Solar.

Siguiendo esta línea Víctor Vial sostiene

“como no es frecuente que las partes en un contrato dejen expresamente establecido qué es lo que constituye para ambas o para una de ellas la calidad esencial de la cosa, corresponderá al juez determinarla, atendiendo las circunstancias del caso concreto sometido a su conocimiento y a lo que a la luz de dichas circunstancias, debe tenerse objetivamente por calidad esencial”²⁹.

A nuestro modo de ver, este problema queda radicado en la *causa ocasional* o propósito que las partes tuvieron en vista al contratar.

Sin perjuicio de lo anterior, encontramos una sentencia, excelente y muy didáctica de la Corte de Apelaciones de Concepción³⁰ que pareciera recoger este predicamento.

La situación consiste en determinar si existe error en la calidad esencial del inmueble objeto del contrato, puesto que la actora afirma que siempre supuso que estaba comprando un predio rústico susceptible de ser forestado con especies exóticas de pino y eucalipto, destinación que no es factible al tratarse de un predio cubierto casi en su totalidad por bosque nativo no sustituible.

Al resolver la Corte dejó asentado:

“hay también error sustancial y, por cierto, un vicio del consentimiento, cuando éste recae sobre otra calidad esencial del objeto, aunque no sea la sustancia misma de la cosa, lo que importa definir caso a caso, por cuanto es preciso determinar cuál es la calidad de la cosa que las partes, al contratar, han considerado esencial”.

La *sanción* al error sustancial es la *nulidad relativa* del acto o contrato (artículo 1682 inciso final), la que podrá demandar la parte que ha incurrido en dicho error.

²⁹ VIAL (2006), p. 94.

³⁰ CORTE DE APELACIONES CONCEPCIÓN (2018), considerando quinto.

c) Error accidental

El artículo 1454 inciso 2 señala:

“el error acerca de otra cualquiera calidad (no esencial) de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte”.

Se concluye de la norma anterior, que las cualidades accidentales son todas aquellas que no tiene el carácter de esenciales; el artículo en comento dice “de otra cualquiera calidad de la cosa...”.

Arturo Alessandri R.³¹ define las cualidades accidentales como aquellas que ordinariamente son indiferentes para determinar la voluntad; Pablo Rodríguez³² agrega: “no afectan la identidad intrínseca del objeto”. Ramón Domínguez A.³³ dice que se trata de aquellas particularidades del objeto que no influyen, por regla general, en la motivación de la voluntad y, por lo tanto, no tienen incidencia en la validez del negocio. En otros términos podemos concluir que la calidad accidental será cualquiera que no constituya una calidad esencial o determinante.

Por regla general, esta clase de error *no vicia el consentimiento*, ya que se trata de calidades que no son relevantes y no determinan a las partes a contratar, por ejemplo, señala Arturo Alessandri R.³⁴ sí compro un libro de edición uniforme creyendo entre otras cosas que es de papel pluma y resulta que es de papel corriente, este error no destruye el consentimiento.

Por excepción, el error en dichas calidades viciará el consentimiento, cuando cumpla con dos requisitos señalados en la misma norma:

- i) Que esa calidad de la cosa haya sido el principal motivo de una de las partes para contratar; y
- ii) Que este motivo haya sido conocido de la otra parte.

En cuanto a la segunda exigencia, señala Hernán Corral³⁵, que la ley no exige que la parte que incurre en el error haya informado a la otra parte de la calidad accidental que lo motiva; basta que la otra parte haya tomado conocimiento de dicha motivación de cualquier forma. Tampoco exige la norma que la contraparte haya estado consciente de que se trataba de un error.

³¹ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005), p. 225.

³² RODRÍGUEZ (2003), p. 53.

³³ DOMÍNGUEZ (2012), p. 73.

³⁴ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005), p. 225.

³⁵ CORRAL (2018), p. 548.

A este respecto, la Corte de Apelaciones de Coyhaique³⁶, tomando lo ya fallado por la Corte Suprema, ha resuelto:

“esta última expresión de que se vale el legislador no debe ser entendida en el sentido que la norma exige que el cocontratante deba saber que su contraparte padece de error caso en el cual, como se dijo, podría imputársele dolo y anularse la convención por este motivo, sino que ese consentimiento debe extenderse al hecho que una cualidad específica ha sido el principal motivo de este último para prestar su voluntad y formar el consentimiento”.

Si bien el artículo 1454 hace referencia a los actos jurídicos bilaterales (“... conocido de la otra parte”), esto no significa que este tipo de error no pueda recaer en actos unilaterales. En este caso habrá que determinar cuál fue el motivo principal que llevó a ejecutar el acto (artículo 1058 del CC)³⁷.

En la medida que se configuren las exigencias del artículo 1454 inciso 2, la *sanción* será la nulidad relativa del acto o contrato (artículo 1682 inciso final).

d) Error en la persona

El artículo 1455 inciso 1 dispone:

“el error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato”.

Por *regla general*, el error en la persona es irrelevante para el fin que se persigue celebrar el acto o contrato. Desde una visión económica, la convención es un medio para obtener la satisfacción de necesidades, así al comprador le da igual quién era el dueño de la cosa y al vendedor solo le interesa recibir el precio, no de quién provenga.

Por *excepción*, en los actos *intuitus personae*, el error sí es relevante, ya que el acto se ejecuta en consideración a una persona determinada, es decir, el contrato solo se celebra en vista de esa persona. No se trata de que el error sea determinante, sino que conforme a la naturaleza y circunstancias del contrato, la persona con la que se contrata es un hecho relevante al momento de decidir si se celebra o no dicho contrato³⁸.

Se ha dicho que por *identidad de la persona* no solo debe entenderse la identidad física, sino que, también, las cualidades o condiciones relevantes

³⁶ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (2017), considerando noveno.

³⁷ CORRAL (2018), p. 548.

³⁸ *Op. cit.*, p. 449.

de la persona; así, dice Avelino León H.³⁹, si se encomienda una gestión a una persona que se le supone especialista en una materia y resulta no ser tal, habrá error en la persona. Así ocurrirá, por ejemplo, en el contrato de sociedad, mandato y arrendamiento de servicios.

A nuestro entender, el contrato será *intuitus personae* cuando así lo señale la ley (por ejemplo, en la tradición –artículo 676– o en la transacción –artículo 2456– o en el matrimonio –artículo 8 n.º 1 Ley de Matrimonio Civil–) o cuando las partes lo han estipulado expresamente, incluso, transformando en *intuitus personae* un contrato que naturalmente no lo era, o cuando emana de la naturaleza de la convención.

En cuanto a la *sanción*, ella puede ser:

- i) Por excepción el error en la persona viciará el consentimiento y el acto o contrato adolecerá de *nulidad relativa*.
- ii) En el caso de ser declarado nulo el contrato, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato (artículo 1455 inciso 2). Por ejemplo, el pintor que incurrió en gastos y no era él realmente la persona a quien se quería contratar.

Para el artículo 1455 la *buena fe* supone que el contratante creía que el contrato quería celebrarse con él. La *mala fe*, en cambio, se configura sabiendo esa persona que el otro contratante no quería contratar con él, sino con un tercero, es decir, hay dolo u ocultamiento.

2.4.- El error común

2.4.1. Concepto

Es aquel error compartido por un gran número de personas; no es exclusivo de la parte que ha incurrido en él. Es esta característica la que hace que la función de la teoría del error común sea justamente la opuesta “asegurar la validez de un acto que dado el error debiera ser declarado nulo”⁴⁰, recogién-dose así el *principio de la apariencia*, en que prima aquello que es ostensible.

La Corte Suprema⁴¹ señaló que el fundamento de este error está constituido por el interés social, en tanto resulta beneficioso confiar en la apariencia de regularidad de un acto, que por causa sobreviniente queda sin efecto.

En otras palabras, un error comúnmente compartido puede ser invocado para impedir la nulidad de un acto jurídico, es decir, el error en lugar de

³⁹ LEÓN (1963), p. 240.

⁴⁰ CORRAL (2018), p. 552.

⁴¹ CORTE SUPREMA (2007), considerando quinto.

viciar su consentimiento, por tener la particularidad de ser común, sanea el acto que debía ser nulo. Por ejemplo, señala Arturo Alessandri R.⁴² es lo que sucede con el funcionario público ilegalmente nombrado por la autoridad competente, el acto que se otorga ante dicha persona es válido porque hay justos motivos para pensar que los funcionarios son legalmente nombrados

2.4.2. Requisitos

- a) Debe existir un error.
- b) Este error debe ser *común*, o sea, compartido o susceptible de ser compartido por un gran número de personas.
 - i. Avelino León H.⁴³: la generalidad de los habitantes del lugar donde se celebra el acto, participan del mismo error.
- c) El error debe ser *excusable*, debe haber un justo motivo, una apariencia legítima que induzca a error.
- d) Debe padecerse el error de *buena fe*, es decir, debe ignorarse la verdadera situación.

2.4.3. Legislación chilena

Si bien nuestro *Código* no contiene una norma general al respecto y la aplicación de la teoría del error común va a estar dada por que se verifiquen los requisitos antes señalados; hay diversas disposiciones que hacen referencia a ella, principio que en el derecho romano se llamaba “error communis facit jus”. A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 704 n.º 4 (no es justo título el meramente putativo), artículo 1013 (testigo del testamento), artículo 1576 inciso 2 (poseedor del crédito), artículo 2058 (sociedad de hecho), artículo 51 de la LMC (matrimonio putativo).

3.- LA FUERZA

3.1. *Concepto*

La Corte Suprema⁴⁴, señaló que es “la presión física o moral ejercida sobre la voluntad de una persona para determinarla a ejecutar un acto jurídico”.

Víctor Vial⁴⁵ la define como los apremios físicos o morales que se ejercen sobre una persona, destinados a que preste su consentimiento para la

⁴² ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005), p. 228.

⁴³ LEÓN (1963), p. 246.

⁴⁴ CORTE SUPREMA (2010), considerando quinto.

⁴⁵ VIAL (2003), p. 104.

celebración de un acto jurídico. Agrega que la fuerza es vicio del consentimiento porque se opone a la libertad.

Carlos Ducci⁴⁶ señala que es el temor que experimenta una persona debido a una presión física o moral, que la obliga a manifestar su voluntad en un sentido determinado.

Para Avelino León H.⁴⁷ es el constreñimiento ejercido sobre la voluntad de un individuo, mediante coacción física o amenazas, que le producen un temor de tal magnitud que le obligan a consentir en un acto jurídico que no deseaba. El mismo autor recuerda que el pretor Octavio estableció la acción “quod metus causa”, para invalidar el acto jurídico impulsado solo por el miedo.

Ramón Domínguez A.⁴⁸, aclara que el acto violento mismo no es un vicio de la voluntad; lo que constituye el vicio es el temor que provoca en una persona, que hace que consienta.

3.2. Clases: la fuerza puede ser física o absoluta y moral

3.2.1. La fuerza física

Consiste en el empleo de procedimientos materiales de violencia, en otras palabras, en actos físicos, como, por ejemplo, señala Víctor Vial⁴⁹ el declarante escribe porque a viva fuerza le es conducida la mano, o asiente porque otro le mueve la cabeza. Hernán Corral⁵⁰ afirma: “es aquella que se ejerce sobre el cuerpo de la persona afectada, mediante golpes que le causan dolor físico”.

La fuerza física nos parece que puede equipararse a la *vis absoluta* en tanto ambas *excluyen o suprimen la voluntad*, es decir, habrá solo un fenómeno aparente que no tiene vínculo de causalidad con la voluntad, de manera tal que esta clase de fuerza *no vicia el consentimiento, sino que lo excluye*, por lo que el acto será *inexistente*.

3.2.2. La fuerza moral

Consiste en amenazas de un mal que será inferido a una persona en caso de no consentir, o sea, es el temor o miedo de la persona que lo sufre de que si no consiente sufrirá un daño mayor. Esta fuerza se ejerce sobre la psiquis de la

⁴⁶ DUCCI (2000), p. 271.

⁴⁷ LEÓN (1963), p. 252.

⁴⁸ DOMÍNGUEZ (2012), p. 97.

⁴⁹ VIAL (2006), p. 105.

⁵⁰ CORRAL (2018), p. 554.

víctima, para intimidarla. Hernán Corral⁵¹ señala que es “aquella que consiste simplemente en una amenaza de un mal propio o ajeno” y la Corte Suprema⁵² resolvió que ella se configura “cuando se le hace saber a la víctima que si no consiente en la celebración del negocio jurídico sufrirá un daño mayor”.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas⁵³ caracterizó la fuerza moral señalando que en ella se presentan dos elementos:

- i) un acto de violencia o de fuerza (*vis*) que constituye su elemento objetivo y
- ii) el temor (*metus*) que es el elemento subjetivo, la conmoción del ánimo que experimenta la persona.

Por ello, concluye que “el vicio está en el temor que en su ánimo producen los actos materiales de presión desplegados”.

Cuando se trata de fuerza moral, la amenaza opera como un motivo en la formación de la voluntad, por lo que esta clase de fuerza *sí es un vicio del consentimiento* y se le llama *vis compulsiva*. En esta situación, hay voluntad, pero ella está condicionada por el temor proveniente de la amenaza (la coacción), o sea, el vicio es el miedo, y la causa la fuerza.

3.3. Requisitos

3.3.1. Grave

A este respecto, el artículo 1456 inciso 1 dispone:

“la fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunda a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”.

Notas importantes:

- a) De la disposición transcrita, se concluye que la amenaza no puede ser baladí o ridícula, sino que debe ser verosímil, es decir, que ofrezca posibilidades de realizarse. La norma se refiere a “una impresión fuerte en una persona de sano juicio”. El profesor Hernán Corral⁵⁴ señala: “la gravedad de la fuerza se mide por el impacto que es capaz de causar en la voluntad del afectado”.

⁵¹ CORRAL (2018), p. 554.

⁵² CORTE SUPREMA (2010), considerando quinto.

⁵³ CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS (2012), considerando cuarto.

⁵⁴ CORRAL (2018), p. 555.

- b) Por otro lado, la enumeración señalada *no es taxativa*, sino que ella solo establece una *presunción simplemente legal*, la norma dice “se mira como una fuerza de este género” Pablo Rodríguez⁵⁵ estima que es de derecho.

De manera tal que, en estos casos, basta probar que se amenazó en forma verosímil al contratante con exponerlo a él, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave, para que se repute que la fuerza produjo una impresión fuerte. En los demás casos, por ejemplo, si la expuesta al daño es mi novia o un muy buen amigo, deberá probarse que la fuerza es grave, no opera la presunción.

- c) Debe considerarse, además, que la gravedad de la fuerza *no debe apreciarse en abstracto*, sino que en relación con la persona que experimenta el temor, o sea, es preciso atender a *las condiciones personales de la víctima*: edad, sexo, condición. Además, debe tratarse de una persona de sano juicio, no de un demente. La Corte de Apelaciones de Punta Arenas⁵⁶ nos recuerda:

“la fuerza como vicio del consentimiento se debe analizar en el caso concreto, es decir, respecto de cada persona en particular y sus circunstancias, pues lo que constituye fuerza para uno, bien puede que no lo sea para otro”.

En el mismo sentido, señala Víctor Vial

“distinta es, por ejemplo, la impresión que produce en una anciana la amenaza de ser golpeada que la impresión que produce la misma amenaza en un hombre fornido, que podría resistir sin esfuerzo el mal con que se pretende intimidarlo”⁵⁷.

- d) Avelino León⁵⁸: La amenaza del mal irreparable y grave puede ir dirigida tanto a la persona misma como a sus bienes, honor o reputación.
- e) Se agrega por Arturo Alessandri⁵⁹ que la fuerza debe ser *actual*, es decir, ella debe presentarse en el momento en que se expresa el consentimiento, aunque el mal haya de realizarse en el futuro.
- f) El artículo 1456 inciso 2, aclara:

⁵⁵ RODRÍGUEZ (2003), p. 71.

⁵⁶ CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS (2012), considerando cuarto.

⁵⁷ VIAL (2006), p. 111.

⁵⁸ LEÓN (1963), p. 255.

⁵⁹ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005), p. 231.

“el temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento”.

En este caso, el temor no proviene de la violencia, sino de los sentimientos que se sienten respecto de ciertas personas y, por ello, el legislador estima que no tiene la suficiente gravedad para ser considerado, por sí mismo, como un vicio del consentimiento.

3.3.2. Injusta o Ilegítima

Será injusta la fuerza, cuando el procedimiento de que se vale la persona que la ejerce no es aceptado por la ley o el derecho, de manera tal que no será ilegítima la amenaza de ejercer una acción judicial en contra del deudor, por ejemplo, la jurisprudencia se ha negado a anular un negocio concluido bajo la amenaza de entablar un juicio de resolución de contrato.

La doctrina está de acuerdo que, en todo caso, el ejercicio de un derecho podrá constituir una fuerza que vicia la voluntad, si se ha ejercido con abuso. Hernán Corral⁶⁰ aclara que en este caso

“la presión ha sido injusta porque los medios que le proporciona la ley al acreedor tienen por finalidad que obtenga el cumplimiento de la obligación y no presionar al deudor para que consiente en otro tipo de actos”.

3.3.3. Determinante

Esto significa que el consentimiento debe ser consecuencia inmediata y directa (causa) de la fuerza o amenaza, de modo que, sin ella, la víctima no habría celebrado el acto para el cual se la forzó. De otra forma, la fuerza, para viciar la voluntad, debe estar encaminada a obtener la manifestación.

Así se desprende de la parte final del artículo 1457, en el sentido de que la fuerza debe haberse empleado “con el objeto de obtener el consentimiento”. La Corte Suprema⁶¹ ha fallado:

“para que la fuerza sea determinante, el consentimiento obtenido con la amenaza debe ser consecuencia inmediata y directa de ésta, de modo que sin la fuerza la víctima no habría celebrado el acto para el cual se la forzó”.

Pablo Rodríguez⁶² entiende que el ser determinante importa que la fuerza ha sido la causa que impulsa a expresar la voluntad. A partir de ello,

⁶⁰ CORRAL (2018), p. 556.

⁶¹ CORTE SUPREMA (2012), considerando séptimo.

⁶² RODRÍGUEZ (2003), p. 75.

agrega un requisito adicional en orden a que la fuerza debe ser *intencional*, es decir, la presión debe emplearse con el fin preciso de obtener la manifestación de voluntad.

3.4. Origen de la fuerza

Para el legislador es *indiferente* que la fuerza provenga de alguna de las partes o de un tercero, de esta manera el artículo 1457 dispone:

“para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona con el objeto de obtener el consentimiento”.

Una aplicación de lo anterior se pone de manifiesto en los actos jurídicos unilaterales, en los cuales la fuerza, necesariamente, debe provenir de un tercero. Así, el artículo 1007 dispone: “el testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza, es nulo en todas sus partes”.

3.5. El Estado de Necesidad

En doctrina se plantea la duda de si solo los actos humanos pueden constituir la coerción, o si también las fuerzas o circunstancia externas la configuran.

Así, señala Arturo Alessandri R.⁶³, el ejemplo clásico es el del ocupante de un barco que en medio del mar tormentoso está a punto de naufragar y ofrece a otro pagarle un precio si lo salva, quien acepta, pero en condiciones leoninas o poco razonables. O que la mala situación económica de una persona lo lleva a cerrar un negocio de una forma que en condiciones normales no habría aceptado. ¿Puede luego pedir la nulidad de ese acuerdo?

En general, se estima que el estado de necesidad no constituye el vicio de la fuerza, ya que no es determinante, es decir, el hecho de que lo motiva no está encaminado a obtener una manifestación de voluntad en cierto sentido, más bien a superar la situación en que se está. Además, la fuerza debe provenir de un hecho del hombre, no de la naturaleza o de las circunstancias o del entorno; en apoyo de esto último debe considerarse que el artículo 1457 dice “cualquier persona”.

Carlos Ducci⁶⁴, estima que sí constituye el vicio de la fuerza, ya que:

- a) El artículo 1456 utiliza la expresión “todo acto”, con lo cual no lo circunscribe a los actos humanos.

⁶³ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2005), p. 232.

⁶⁴ DUCCI (2000), p. 274.

- b) En la fuerza, lo que importa es que se produzca un temor, no la causa de este.
- c) El artículo 1456 inciso 2, excluye solo una clase de temor que no proviene de acto humano, el reverencial, lo que no implica que excluya los demás.
- d) El orden jurídico debe ser coherente. En este sentido, el artículo 1007 admite que el testamento es nulo cuando ha intervenido fuerza “de cualquier modo”.

Ramón Domínguez A.⁶⁵, acepta el estado de necesidad como constitutivo del vicio de fuerza, pero hace hincapié en la situación de la contraparte en tanto ella, conociendo las circunstancias externas, se aprovechó de ellas. En nuestra opinión, el caso que propone el profesor Ramón Domínguez responde más bien a un abuso y, por ende, habría indemnización, no nulidad.

En todo caso, las tesis precedentes tienen en contrario lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Matrimonio Civil, en el cual se admite que las circunstancias externas sean uno de los orígenes del vicio de fuerza. Si en esta regulación el legislador las incluyó, ello obedece a que no forman parte de los artículos 1456 y 1457.

3.6. Sanción a la fuerza

La sanción para la fuerza *moral* que es vicios de la voluntad o del consentimiento es la *nulidad relativa* (artículo 1682 inciso final); para la fuerza *física*, será la *inexistencia o la nulidad absoluta* por la falta de voluntad o consentimiento

4. EL DOLO

4.1. Concepto

El artículo 44 inciso final del *Código Civil* contiene un concepto general de dolo que no se limita a los vicios del consentimiento, al señalar que consiste en “la intención positiva de inferir injuria (daño o agravio) a la persona o propiedad de otro”.

En el derecho civil, el dolo aparece en distintas materias en las que, si bien el concepto de dolo es distinto, tiene una raíz común que es la mala fe. Estas materias son:

- a) Como elemento constitutivo del delito civil, específicamente al integrar el elemento subjetivo del ilícito (artículos 2314 y 2284 del *Código Civil*).

⁶⁵ DOMÍNGUEZ (2012), p. 102.

b) Como elemento agravante en la responsabilidad contractual, caso en el cual el dolo es un elemento del incumplimiento de la obligación (artículo 1558 del *Código Civil*).

c) Como vicio del consentimiento en los actos jurídicos.

El dolo *como vicio del consentimiento* se define:

a) Toda maquinación fraudulenta ejecutada para arrancar el consentimiento del otro contratante, el cual no habría consentido de no mediar el engaño.

b) Avelino León H.⁶⁶ señala que es la asechanza o artificio empleado con el propósito de inducir a error a una persona o de mantenerla en el error en que se encuentra, a fin de decidirla a consentir.

c) Carlos Ducci⁶⁷ afirma que es el que ejercita una de las partes para obtener el consentimiento de la otra o para que ese consentimiento se preste en condiciones determinadas.

d) Corte de Apelaciones de Santiago⁶⁸ falló que

“Lo que constituye la esencia del dolo son los procedimientos o maniobras ilícitas de que una persona se vale para engañar a otra o mantenerla en el error en que aquélla se encuentra a fin de inducirla a celebrar el contrato. El dolo provoca o permite mantener un concepto errado de la verdad en la persona que contrata bajo su influencia, en razón de lo cual, en definitiva, presta su consentimiento”.

En el dolo se produce una falsa representación de la realidad, pero *a diferencia del error*, esta no surge en forma espontánea, sino que es consecuencia de las maniobras fraudulentas fraguadas por otras personas para inducir a error al sujeto, hay mala fe. Además, el dolo tiene un ámbito de aplicación mayor, ya que no todo error vicia el consentimiento, lo que no sucede con el dolo, cuando ha sido determinante.

De lo que hemos señalado, se sigue que *los elementos constitutivos del dolo* como vicio del consentimiento, son:

a) Elemento psicológico: La intención positiva o verdadera de realizar algo contrario a derecho; la intención o propósito de engañar.

b) Elemento material: Hechos concretos, acciones u omisiones, que manifiestan o materializan esa intención.

c) Algunos autores agregan que haya causado daño. La Corte Suprema⁶⁹ falló que no es necesario que se consume el perjuicio o daño que lo

⁶⁶ LEÓN (1963), p. 270.

⁶⁷ DUCCI (2000), p. 275.

⁶⁸ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014), considerando cuarto.

⁶⁹ CORTE SUPREMA (1967), p. 241.

determinó; lo esencial es la intención de dañar. A nuestro juicio esta doctrina es correcta en el caso del dolo vicio del consentimiento; pero para configurar la responsabilidad civil, se requiere daño.

4.2. Clasificación del dolo

4.2.1. Dolo bueno y dolo malo

Esta es una clasificación del Derecho Romano, en el que el *dolo bueno* se entendía como un engaño menor, producto de las exageraciones que son normales en el comercio, a través de las cuales el comerciante promociona un producto, respecto de las cuales todo sujeto está preparado y habituado. Por ende, no constituye un vicio del consentimiento.

La Corte de Apelaciones de Santiago⁷⁰ lo definió como las

“recomendaciones desorbitadas de los comerciantes al ponderar sus mercaderías y en la propaganda que el vendedor hace exagerando la bondad de su producto”.

Agregando:

“no constituye dolo, puesto que fuera de no revelar la intención positiva de engañar a la otra parte, el público sabe que tales alabanzas tienen por objeto atrapar al comprador. Es un engaño que la ley y la costumbre toleran y permiten”.

Con todo, al amparo de la Ley n.º 19946, el “*dolus bonus*” ha perdido tolerancia, ya que se sanciona la publicidad que induce a error o engaño (artículo 28) y la que produce confusión en el consumidor respecto de la identidad de la empresa, de las actividades que desarrolla, productos que confecciona, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores (artículo 28 A).

El dolo *malo* supone un comportamiento ilícito, destinado a engañar a otra persona, y que la induce a una declaración de voluntad que, sin el dolo, no habría realizado.

4.2.2. Dolo positivo y dolo negativo

El dolo *positivo* según Víctor Vial

“es aquel en que el engaño se realiza a través de razonamientos o actos tendientes a representar como verdaderas circunstancias falsas, o a suprimir o alterar las verdad”⁷¹

⁷⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014), considerando quinto.

⁷¹ VIAL (2006), p. 117.

impidiendo a la víctima apreciarla debidamente como, por ejemplo, si vendo un inmueble diciendo que hay yacimientos de carbón y al efecto disemino esta substancia en diversos puntos; el ejemplo de Cicerón, en que consciente de que el comprador es un fanático de la pesca, el día en que visita la finca el vendedor tiene a un número importante de pescadores pescando en la playa vecina, con lo que se obtuvo un valor exorbitante.

El dolo *negativo* consiste en no hacer o disimular deliberadamente ciertas cosas para hacer que la otra parte incurra en error o se mantenga en él, como, por ejemplo, si se vende un animal silenciando que padece una enfermedad. Cuando el dolo negativo se constituye por el silencio, se le llama *reticencia*. Ramón Domínguez A.⁷², señala que habrá dolo omisivo si existía obligación de informar y ella se incumple a sabiendas para capturar una voluntad negocial.

Avelino León H.⁷³, refiriéndose a la reticencia dice que se ha guardado deliberadamente silencio sobre algún hecho o circunstancia que la otra parte merece conocer para formarse un juicio verdadero de la realidad.

Hernán Corral⁷⁴, señala como ejemplo el caso en que una persona cree que un cuadro es de un pintor famoso porque tiene la firma con su nombre y por eso ofrece una suma considerable de dinero y el vendedor no revela que, en realidad, es una imitación con una firma falsificada. En todo caso no es suficiente con que una parte incumpla con el deber de informar, es necesario que el error que provoca esa reticencia haya impulsado a la contraparte a ejecutar o celebrar el acto jurídico.

4.2.3. Dolo principal o inductivo y dolo incidental

El dolo *principal*

“es aquel que induce en forma directa a una persona a realizar una declaración o manifestación de voluntad, que, de no mediar el dolo, se habría abstenido de realizar”⁷⁵.

Cumpliendo los requisitos que veremos más adelante, *este tipo de dolo vicia el consentimiento*.

El dolo *incidental*, es aquel que

“no es determinante para la manifestación de voluntad, ya que la víctima la habría formulado de todas maneras aunque, de no existir el dolo, la hubiera realizado en condiciones menos onerosas”⁷⁶.

No es vicio del consentimiento, pero produce otros efectos.

⁷² DOMÍNGUEZ (2012), p. 89.

⁷³ LEÓN (1963), p. 271.

⁷⁴ CORRAL (2018), p. 563.

⁷⁵ VIAL (2006), p. 118.

⁷⁶ *Ibid.*

4.3. Requisitos del dolo como vicio del consentimiento

El artículo 1458 inciso 1 dispone:

“el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado”.

De la norma transcrita se sigue que estos requisitos deben cumplirse *copulativamente*, siendo ellos:

4.3.1. Determinante

Es decir, cuando aparece claramente que sin el dolo las partes no hubieran contratado. De ello se deduce que el dolo debe ser anterior o simultáneo al consentimiento; ya que el posterior, no es determinante.

4.3.2. Debe ser obra de una de las partes

La mayoría de los autores excluye el dolo que ha sido obra de un tercero.

Con todo, Pablo Rodríguez⁷⁷ señala que, a este respecto, existen tres hipótesis:

- a) Cuando uno de los contratantes ha intervenido en los hechos destinados a inducir o engañar a su contraparte. Aquí hay participación *directa*.
- b) Cuando el engaño se produjo por encargo del contratante que se aprovecha de él. Aquí hay participación por *inducción*.
- c) Cuando conociendo el error que sufre el otro contratante, su contraparte se abstiene de advertir y despejar el error. Esto es un caso de *reticencia* o infracción al deber de lealtad contractual.

A raíz de este último requisito *se ha planteado la duda de si el dolo puede viciar la voluntad en los actos jurídicos unilaterales*.

En general, la doctrina estima que sí, agregando que en este caso, basta que el dolo sea determinante, “necesariamente en esta hipótesis el dolo debe ser fraguado por un tercero, siendo indiferente que dicho tercero resulte beneficiado o no con el acto celebrado como consecuencia de aquel”⁷⁸ como, por ejemplo, en la aceptación o repudiación de una herencia (artículos 1234 y 1237 del *Código Civil*) o en la renuncia a los gananciales (artículo 1782 del *Código Civil*). Hernán Corral⁷⁹, concluye:

⁷⁷ RODRÍGUEZ (2003), p. 83.

⁷⁸ VIAL (2006), p. 121.

⁷⁹ CORRAL (2018), p. 564.

“el dolo puede viciar la voluntad del autor de un acto unilateral y que para ello sólo se exige que se trate de dolo principal o determinante. En estos casos, el dolo siempre será causado por un tercero, ya que, por definición, no hay otra parte en los actos unilaterales”.

4.4. Prueba del dolo

El artículo 1459 del *Código Civil*, dispone: “el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse”.

Esta norma se encuentra en armonía con el artículo 707 del mismo cuerpo legal, según el cual la buena fe se presume, excepto los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse.

Es decir, la *regla general* es que el dolo debe probarse por quien alega haber sido víctima de él, para lo cual se podrá recurrir a todos los medios de prueba.

La circunstancia de que el dolo no se presuma, no significa que no pueda recurrirse a la prueba de presunciones judiciales, que por lo demás es muy útil en esta materia, ya que suele no haber prueba directa. Así lo afirma el voto disidente redactado por el ministra suplente Villadangos, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago⁸⁰, en el cual, citando a Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva, señaló:

“serán las circunstancias de la causa las que permitan a los jueces del fondo formarse un concepto de si existieron o no maniobras destinadas a engañar al otro contratante. Los jueces de la causa deben tomar en cuenta todas las circunstancias que han contribuido en algo, y entre ellas la situación de la persona víctima del dolo; su edad, ilustración, estado mental, etc., porque es más fácil engañar a una persona ignorante, inexperta en negocios, que a un individuo con cultura o hábil en los negocios”⁸¹.

Por *excepción*, se presume el dolo, a modo de ejemplo, en los siguientes casos:

- a) El error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario (artículo 706 inciso 4).
- b) El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto es indigno de sucederlo. Se presume el dolo, por el mero hecho de la detención u ocultación (artículo 968 n.º 5).
- c) En la rescisión del decreto de posesión definitiva, el haber sabido y ocultado la verdadera muerte del desaparecido, o su existencia, constituye mala fe (artículo 94 n.º 6).

⁸⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2013), voto disidente.

⁸¹ ALESSANDRI y SOMARRIVA (1942), p. 156.

- d) Se prohíbe al albacea llevar a efecto ninguna disposición del testador en lo que fuere contrario a las leyes, so pena de nulidad y de considerársele culpable de dolo (artículo 1301).
- e) En la apuesta, hay dolo en el que la hace, si sabe de cierto que se ha de verificar o se ha verificado el hecho de que se trata (artículo 2261).

4.5. Condonación del dolo

En este sentido, el artículo 1465 dispone:

“el pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale”.

De acuerdo con lo dispuesto por este artículo el dolo no puede perdonarse o condonarse *anticipadamente*, es decir, antes de que se cometiere. En tal caso, el acto adolecería de objeto ilícito. Nada obsta, en cambio, a que el dolo sea perdonado una vez que se haya cometido y haya sido conocido por la víctima, siempre que la condonación sea *expresa*.

4.6. Sanción del dolo

- a) Cuando el dolo reúne los requisitos del artículo 1458 inciso 1 del *Código Civil*, vicia el consentimiento y trae aparejado la nulidad relativa del acto o contrato (artículo 1682 inciso final).
- b) En los demás casos, de acuerdo con el artículo 1458 inciso 2 del *Código Civil*, el dolo, constituyendo un elemento del delito civil, da lugar solamente a la acción de perjuicios, la que se dirigirá:
 - i) En contra de la persona o personas que lo han fraguado, por el valor total de los perjuicios;
 - ii) En contra de quienes se han aprovechado del dolo, hasta concurrencia del provecho que han reportado de él.

4.7. Concepto de dolo para Pablo Rodríguez⁸²

El dolo para este autor es la conciencia de que una acción u omisión de que soy autor, es idónea para provocar un daño, unido a la certeza de que este se producirá.

Este concepto, está en estrecha relación con la idea de la *previsibilidad*, esto es, una operación intelectual, mediante la cual el autor del daño descubre la relación de causalidad entre su acto y el daño producido. La

⁸² RODRÍGUEZ (2003), p. 83.

previsibilidad absorbe la intencionalidad, ya que ella está subsumida en la aceptación del daño que, a ciencia y conciencia, aunque no se desea, se sabe que ocurrirá y se admite esta realidad.

De lo anterior se sigue que para este autor, los elementos del dolo son los siguientes:

- a) La acción u omisión del agente que incurre en responsabilidad.
- b) La representación mental del daño que con certeza o probablemente puede provocar su acción.
- c) La aceptación consciente de este resultado y
- d) El daño mismo.

De los elementos anteriores se construye la definición de dolo **directo**, que ya vimos. Por otro lado, este autor trata o reconoce el *dolo eventual*, esto es, aquel que se caracteriza porque el resultado de la acción u omisión voluntaria del agente se representa, pero solo como *posible*, caso en el cual el autor responderá de sus actos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA (1942): *Curso de derecho civil, fuente de las obligaciones* (Santiago, Editorial Nascimento), tomo IV
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA y Antonio VODANOVIC HAKLICKA (2005): *Tratado de derecho civil, partes preliminares y general* (7ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- CLARO SOLAR, Luis (1979): *Derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo XI.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): *Curso de derecho civil, parte general* (Santiago, Thomson Reuters).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2012): *Teoría general del negocio jurídico* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DUCCI CLARO, Carlos (2000): *Derecho Civil, parte general* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LEÓN HURTADO, Avelino (1963): *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2006): *Teoría general del acto jurídico* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Jurisprudencia citada

- CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS (2012) Rol 2-2012 Familia, Paredes con Sepúlveda, 5 de marzo de 2013.
- CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE (2017): Rol 37-2017, Chible con Bórquez, 12 de mayo de 2017.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2014) Rol 201-2013, Bulnes Nuñez Mercedes con H-Network S.A, 11 de agosto de 2014.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN (2018): Rol 2051-2016, Agrícola y Forestal Mallín Colorado Ltda con Benavente Villalobos Gloria, 5 de enero de 2018.
- CORTE SUPREMA (1967): Venegas María del Carmen con Salazar Roberto y otros, 19 de julio de 1967, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 64, n.º 5, sec. 1ª, Santiago.
- CORTE SUPREMA (2005): Rol 4751-2003, Ilustre Municipalidad de Calama con Pereira Beltrán Laura, 13 de junio de 2005.
- CORTE SUPREMA (2007): Rol 4091-07, Vargas Trujillo Luis y otros con Tecnología y Alimentos Ltda. 24 de diciembre de 2007.
- CORTE SUPREMA (2010): Rol 1908-2008, Consorcio Transportes Trancura con Tocale Tuna Romilio, 19 de enero de 2010.
- CORTE SUPREMA (2012): Rol 4610-2010, Garcia Nadal Esteban Jose con Inmobiliaria Las Verbenas S.A, 30 de enero de 2012.
- CORTE SUPREMA (2010): Rol 3.965-2010, Navarrete Carrasco Alejandra con Aravena Gonzalez Argentina, 21 de julio de 2010.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AUSENCIA,
BAJO LA HIPÓTESIS DE INASISTENCIA
DEL IMPUTADO AL JUICIO ORAL.
UN ASUNTO DE OPORTUNIDAD*

THE PREVENTIVE PRISON IN ABSENCE,
UNDER THE HYPOTHESIS OF ABSENCE
OF THE IMPUTED TO THE ORAL
JUDGMENT. A BUSINESS OF OPPORTUNITY

*Fernando Sarriego Egnem***

RESUMEN: Este artículo busca dar a conocer al lector y proponer una vía de interpretación a un problema procesal, que, a pesar de su recurrencia en la práctica judicial, no ha encontrado un criterio definido, ni siquiera preponderante, en las huestes jurisprudenciales. Hablamos de la oportunidad para impetrar la solicitud de prisión preventiva bajo la particular causal de incomparecencia del acusado libre, y debidamente citado a la audiencia de juicio oral, celebrada ante un tribunal oral en lo penal.

PALABRAS CLAVES: Prisión preventiva - Citación - Juicio oral - Oportunidad - Imputado libre - Tribunal oral.

ABSTRACT: This article seeks to inform the reader and propose a way of interpretation to a procedural problem, which despite its recurrence in judicial practice, has not found a definitive criterion, not even preponderant, in the jurisprudential armies. We speak of the opportunity to impetrate the request of preventive detention under the particular cause of failure to appearance

* Este artículo forma parte integrante de otra investigación que el autor actualmente desarrolla.

** Profesor Derecho Procesal, Universidad del Desarrollo. Juez titular del Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Master en Tutela de Derechos Fundamentales, Universidad de Jaen, España.

to the oral trial hearing, held before an Oral Criminal Court, of the duly summoned free defendant.

KEYWORDS: Preventive Detention - Citation - Oral Trial - Opportunity - Free Defendant - Oral Court.

INTRODUCCIÓN

Sabido es que el tránsito desde el sistema de enjuiciamiento criminal de corte inquisitivo al acusatorio adversarial, que inspira el actual modelo de justicia penal, generó no solo cambios estructurales en la organización y funcionamiento del esquema jurisdiccional, sino que, también, y con igual fuerza, la obligación de internalizar o asimilar nuevos lineamientos axiológicos y conceptuales en el ámbito procesal penal. Estas directrices emergentes descansan y se manifiestan tanto en la creación de instituciones (algunas de ellas desconocidas en la tradición jurídica chilena) como igualmente en la transformación ideológica y funcional de elementos subsistentes del vetusto *Código de Procedimiento Penal*, imprimiéndoles una orientación más acorde con el respeto a los derechos y garantías de todas las personas, propio de un estado democrático de derecho.

En ese contexto, el instituto de las medidas cautelares personales fue, sin duda, una de las materias mayormente expuestas a discusiones y modificaciones, cuestión que, para algunos era previsible de acaecer, por cuanto la temática de la coerción *intra proceso* siempre ha sido uno de los puntos álgidos en la arquitectura de todo procedimiento penal. En esa línea, especial importancia cobra el nuevo trato asignado a la prisión preventiva al amparo del *Código Procesal Penal* (en adelante *CPP*), toda vez que su nueva versión significó enterrar múltiples paradigmas medulares del inquisitivo¹. Así, por ejemplo, de la automaticidad en su aplicación, que era observable en el antiguo sistema, se da paso a una cautelar de *ultima ratio*, lo que traduce, como desde luego, limitaciones en su operatividad por poderosos contrapesos tales como la garantía general del proceso relativa a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, proporcionalidad y excepcionalidad. Esta modalidad significó aproximar el escenario cautelar más gravoso que puede sufrir una persona inculpada, conforme los estándares internacionales consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos.

¹ Para un mejor estudio y comprensión sobre el tema véase DUCE Y RIEGO (2007), p. 246 y ss.

A pesar de los primitivos esfuerzos por alinear el diseño de la prisión preventiva a la observancia de las garantías fundamentales mínimas de todo ser humano, las continuas modificaciones introducidas al *Código Procesal Penal* en esta materia, parecen traducir que la intención del legislador se direcciona en una suerte de regresión al pasado. Esto se explica por cuanto no solo se ha ampliado ostensiblemente el radio de procedencia de la prisión preventiva², sino que, también, en forma progresiva se ha visto socavada la posibilidad de ponderación judicial de los presupuestos que la tornan posible, llegando, incluso, a coartar uno de los brazos de la función jurisdiccional como es el poder hacer cumplir lo resuelto³.

Pues bien, es la atmósfera jurídica descrita precedentemente la que justifica y permite decantar el presente artículo, por cuanto se dará a conocer una situación conflictiva de habitual ocurrencia, a cuyo respecto no existe un criterio jurisprudencial afianzado, sino que, por el contrario, un escenario completamente disperso. Hablamos de la controversia suscitada en torno a la oportunidad procesal para decretar la prisión preventiva respecto del acusado que, válidamente citado (notificado), no comparece a la audiencia de juicio oral.

Para estos efectos, imperioso resulta traer a colación dos preceptos de suma trascendencia –insertos en el marco de la regulación que el *Código Procesal Penal* hace respecto de esta cautelar–, por cuanto es de su contenido que se origina el dilema interpretativo. Así se tiene, por una parte, el artículo 141 inciso cuarto parte final del citado estatuto, cuya literalidad demanda disponer la prisión preventiva en la misma audiencia de juicio oral a la que inasistió el imputado (hipótesis que validaría disponerla en ausencia de este). Por otra, está el artículo 142 inciso tercero del CPP, cuyo tenor imperativo condiciona la validez de la audiencia en que se discuta y adopte la prisión preventiva, a la presencia del imputado y su defensor.

Sobre el punto en análisis, este trabajo en caso alguno pretende ofrecer una mirada neutral del problema planteado. Por el contrario, se intentará

² Así, verbigracia, originalmente el artículo 140 del *Código Procesal Penal*, al referirse a la prisión preventiva como indispensable para el éxito de la investigación, no contemplaba la expresión ‘especialmente’ como lo hace en su actual redacción, factor que se debió a la modificación introducida por la Ley n.º 20074 y que buscaba, entre otros objetivos, dejar establecida la posibilidad de fundamentar la cautelar en otros presupuestos distintos a los allí contemplados.

³ Basta recordar que la Ley n.º 20253 modificó, entre otros, el artículo 149 del *Código Procesal Penal*, otorgando al fiscal la potestad de paralizar, vía apelación, el cumplimiento de una resolución judicial que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva de un sujeto imputado por determinados delitos, transformando, en este punto, al juez de garantía y sus pares de Tribunal Oral en Lo Penal en sujetos procesales secundarios.

dar vigor a aquella posición jurisprudencial que, a nuestro parecer, se ajusta en mayor medida a los axiomas y principios genuinos que inspiraron el cambio del enjuiciamiento criminal, esto es, a aquella línea interpretativa que se edifica a partir de la preeminencia al artículo 142 inciso tercero del *CPP*.

A su vez, se buscará demostrar que, más que un conflicto de normas procesales –susceptible de ser resuelto acudiendo a la aplicación de una presunta regla de especialidad– se propondrán argumentos dirigidos a constatar un evidente defecto de redacción del artículo 141 inciso cuarto, parte final del *CPP*. En efecto, quedará en evidencia que considerar el solo tenor literal del citado precepto –únicamente en lo que incumbe al momento procesal para hacer valer la causal– no encuentra apoyo en el ámbito normativo ni menos en instancias de principios informadores del proceso penal, por lo que al estarse en presencia de una mención vacía de contenido, se propone levantar la idea de estar en presencia de un claro error de redacción, variante que obligaría al interprete a indagar otra vía de solución, quedando pospuesto el razonamiento de primacía, por especialidad, de la citada disposición.

Insistiremos en que no se ha afianzado, sobre el punto, un determinado parecer en la estructura base ni superior de la jurisdicción penal, a lo que, además, se añade una escasa producción judicial en alzada, (motivada principalmente por la pasividad, o si se quiere, conformidad de los intervinientes respecto a lo que se resuelve en primera instancia), factores todos que transforman el tema en análisis en un asunto vigente, explorable y muy debatible.

No obstante, asumiendo la divergencia de criterios verificados en la materia, este opúsculo abogará por resaltar la vertiente que pregona la improcedencia de decretar la prisión preventiva en ausencia, esto es, en la misma audiencia de juicio oral a la que el imputado no compareció y, paralelamente a ello, justificar aquella corriente que reclama la presencia de este como presupuesto de validez para disponerla, situación que implicaría, en definitiva, pasar revista a la cautelar en la audiencia de control de su detención.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Lo primero que cabe preguntarse es, ¿por qué esta situación califica como problemática? Lo cierto es que podríamos hacernos cargo de la interrogante simplemente mencionando lo perjudicial que resulta, para la promoción y fomento de la igualdad ante la ley, la existencia de posiciones jurisprudenciales disímiles en un tópico tan sensible como la prisión preventiva. Sin embargo, el asunto es un tanto más complejo de canalizar y estructurar, por cuanto convergen en él múltiples factores, entrelazados unos con otros, los que, en

suma, sitúan al juzgador en la perentoria necesidad de realizar un agudo ejercicio de interpretación, para luego optar sobre la base de dos criterios, a saber: el literal o el sistemático, cada uno con un rumbo procesal diverso y apoyados en artículos matrices distintos.

En ese sentido, cabe expresar que la necesidad de acudir a la interpretación se justifica luego de confrontar los principales artículos en que se sostienen las dos corrientes jurisprudenciales vigentes sobre el tema. Por un lado, el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, que reza (a propósito de los casos de excepción a la improcedencia de la prisión preventiva)

“Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, *resolución que se dictará en la misma audiencia*, a petición del fiscal o del querellante”, (el destacado es nuestro).

A su turno, el artículo 142 inciso tercero del referido estatuto consigna que “La presencia del imputado y su defensor constituye un requisito de validez de la audiencia en que se resolviere la solicitud de prisión preventiva”. En el contexto de la transcripción de estos preceptos se observa de inmediato que el punto álgido de debate lo constituye la oportunidad para impetrar la solicitud de prisión preventiva fundado en la causal “inasistencia del imputado a la audiencia de juicio oral”. Así, para algunos el momento propicio para hacerlo sería la misma audiencia de juicio oral (en ausencia del imputado) aferrándose en la fuerza de su letra (postura a la que adscribe parte del Ministerio Público). Para otros, el instante procesal legítimo para discutir la cautelar sería la audiencia de control de detención del acusado incompareciente, toda vez que la segunda norma exige, sin excepciones, la presencia del imputado como presupuesto de validez para debatir y resolver sobre su prisión preventiva. Desde esa perspectiva, en la audiencia de juicio, al constatar la ausencia del imputado, el Tribunal Oral estaría impedido de abrir debate sobre la prisión preventiva, limitando su campo de competencia solo a la viabilidad de despachar orden de detención en contra del ausente. (posición sostenida recurrentemente por la defensa).

Un segundo rubro de complejidad se manifiesta en que, a diferencia de lo que sucede con el formato tradicional de la prisión preventiva, la situación que se analiza en este artículo, no requiere debatir ni demostrar los presupuestos de procedencia inherentes a la misma, esto es el *fumus boni iuris* y el *perriculum in mora*. Lo anterior, dado que la prisión preventiva se cimenta en una causal específica, consistente en la incomparecencia del imputado (legalmente notificado) a la audiencia de juicio oral, cuestión que, desde la perspectiva del caudal informativo necesario para dotarla de contenido, requiere de fuentes y elementos probatorios distintos a los tradicionalmente conocidos.

Por último, debemos reiterar la evidente desigualdad procesal que experimentan los justiciables a raíz de la disparidad de criterios sobre la materia, puesto que la suerte procesal de cada encartado (inserto dentro de la variable en estudio), dependerá en último término de la integración de turno, antecedente que pugna con las bases mínimas que informan tanto a la seguridad jurídica como la igualdad ante la ley.

En ese orden de ideas, para quienes sostenemos la improcedencia de la prisión preventiva decretada en ausencia, se constata claramente una situación procesal del todo discutible problemática que se abarca desde la colisión con los principios básicos que reglan el engranaje axiológico que distingue al *Código Procesal Penal*, pasando por afectaciones a derechos fundamentales del acusado y culmina con serios cuestionamientos en el ámbito de la certeza jurídica e igualdad ante la ley.

2. ASPECTOS PROCEDIMENTALES

Asentado lo anterior, corresponde a continuación especificar la mecánica procedimental que precede al problema, por cuanto una clara internalización de la misma, posibilitará arribar a una solución sistemática del nudo crítico. Es así como, una vez que el Tribunal Oral en lo Penal recibe el auto de apertura de juicio oral desde el Juzgado de Garantía, se da inicio a la tercera gran etapa del procedimiento ordinario, esto es, la etapa de juicio oral que culmina con la celebración de la respectiva audiencia de juicio oral. Asimismo, para que esta audiencia se verifique con apego a la ley, resulta perentorio el cumplimiento de ciertos trámites dirigidos a dotarla validez (dispuestos en el artículo 281 del *Código Procesal Penal*), entre ellos, citar al acusado, a lo menos, con siete días de anticipación al juicio mismo, bajo los apercibimientos establecidos en el artículo 33 y 141 inciso cuarto del citado estatuto legal. Cabe destacar que el artículo 33 prescribe (en lo pertinente):

“El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva”,

mientras que, como se sabe, el artículo 141 inciso final parte final, refiere:

“se decretará también la prisión preventiva del imputado que no asistiere a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia, a petición del fiscal o del querellante”.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene que la presencia del encartado en el juicio oral constituye un verdadero presupuesto habilitante

para su celebración, de modo que su no comparecencia impedirá el inicio del mismo⁴.

Asociado a lo que se viene diciendo, es dable advertir que los artículos reseñados solo son atingentes al imputado libre. En otras palabras, las disposiciones aludidas no aplican al imputado privado de libertad en un recinto carcelario⁵, por cuanto no dispone de poder de decisión respecto de su libertad de desplazamiento, a lo que se añade que, atendida su condición de preso, aparecen irrelevantes los efectos coercitivos de los apercibimientos transcritos *ut supra*. Bajo ese enfoque, los artículos 33 y 141 inciso cuarto, parte final del *CPP* sintonizan únicamente con el acusado libre, es decir, quien se encuentra en posición de determinar su desplazamiento sin mayores restricciones⁶. De ahí que guarda plena armonía con lo expuesto, el tenor del artículo 281 inciso final del *CPP*, en cuanto obliga al Tribunal Oral en lo Penal a citar al acusado libre bajo tales apercibimientos.

Asimismo, no está de más recordar que el artículo 38 del *Código de Procedimiento Civil* (al cual se remite expresamente el artículo 32 del *Código Procesal Penal*), prescribe: “las resoluciones judiciales solo producirán efecto en virtud de la notificación hecha con arreglo a la ley”. De esta forma, la resolución que cita al acusado a audiencia de juicio oral debe sujetarse a tales directrices para hacerle oponible los apremios indicados, ya que, en caso contrario, no prosperarán.

En ese orden de ideas, fusionando todos los elementos aportados con antelación, se logra establecer que el cuestionamiento jurídico objeto de este trabajo, involucra al inculcado en libertad, que ha sido legalmente notificado de su obligación de comparecer al juicio oral y que a pesar de ello no concurrió a la audiencia en comento, motivo por el que la Fiscalía demanda, en el mismo acto, su prisión preventiva (supuesto de ausencia).

Es necesario explicitar que, si bien algunos fiscales solo demandan la correspondiente orden de detención (frente a la inasistencia del acusado), otros no se conforman con esta cautelar, sino que agregan a su petición la llamada prisión preventiva anticipada (en ausencia), asilándose en el artícu-

⁴ No por nada el artículo 285 del *CPP* exige la presencia del imputado durante toda la audiencia de juicio oral.

⁵ No incorporamos el arresto domiciliario total, ya que, en último término, el acusado cuenta con un mayor margen de autonomía en su desplazamiento. Incluso más, se han verificado situaciones en que una vez impuesta la citada cautelar se autoriza expresamente al encausado para trasladarse al tribunal, por sus propios medios, el día de celebración del juicio oral.

⁶ Refuerza esta idea el propio artículo 33 del *CPP*, cuyo título se denomina “citaciones judicial”, nomenclatura que, según su objetivo, obedece a la categoría “notificación - citación” es decir, aquel llamamiento a un interviniente o a un tercero para que comparezca al tribunal bajo apercibimiento de incurrir en sanciones.

lo 141 inciso cuarto, parte final del *CPP*. Por su parte, en la vereda contraria, la Defensoría se opone constantemente a la imposición de la cautelar personal más gravosa que contempla el enjuiciamiento penal, argumentando que el artículo 142 inciso tercero del *CPP* exige la presencia del imputado y su defensor como requisito de validez de la audiencia en la que se discute la prisión preventiva, motivo por el que, al no constatarse los requisitos establecidos en la ley, resulta improcedente disponerla (sin hacer mayores cuestionamientos a despachar orden de detención al alero de lo prescrito en el artículo 127 inciso 4 del *CPP*). No por nada, uno de los mecanismos procesales de reprobación que habitualmente se intenta contra la resolución que dispone la prisión preventiva en ausencia (dentro del marginal porcentaje de impugnación existente), lo constituye la acción de amparo, la que se fundamenta precisamente en la privación a la libertad personal del amparado fuera de los casos y al margen de los requisitos previstos en la ley.

Pues bien, hecho el diagnóstico y detectado el problema, corresponde, a continuación, desarrollar brevemente la causal especial de prisión preventiva en juego, por cuanto de ella se extraerán elementos relevantes para justificar el enfoque de este ensayo, esto es, la improcedencia de la oportunidad procesal para impetrar la prisión preventiva descrita en el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, por vía de validar la supremacía del artículo 142 inciso tercero del *CPP*.

3. ANÁLISIS DE LA CAUSAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 141 INCISO FINAL PARTE FINAL DEL *CPP*

Antes de entrar de lleno al tópico anunciado, es perentorio remarcar que este prospecto en caso alguno busca cuestionar la legitimidad de este supuesto especial de prisión preventiva. Muy por el contrario, sería absurdo negar su utilidad en aras de asegurar los fines del procedimiento, erigiéndose, en ciertos casos, como el único mecanismo eficaz para la consecución de los tales. En ese sentido, las objeciones que aquí se levantan, apuntan a la oportunidad procesal para discutir y resolver tal causal, postulando a la audiencia de control de detención (en desmedro de la fallida audiencia de juicio oral) como la instancia idónea para hacerlo, según se explicará en su momento

Una vez hecha la aclaración, es dable expresar que el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, contempla, sin lugar a dudas, un motivo especial de procedencia de la prisión preventiva, esto es, la incomparecencia (injustificada) del acusado (válidamente notificado) a la audiencia de juicio oral. Es evidente que se trata de un tópico bastante peculiar cuyos fundamentos se muestran alejados de los requisitos tradicionales que gobiernan

la aplicación de la cautelar. Esto es así, dado que las nociones de “humo o apariencia de buen derecho” y el “peligro en la demora” (cuyas variantes son abordadas de forma minuciosa en el artículo 140 del *CPP*), simplemente no engarzan con el propósito previsto por el legislador al consignar la causal en revisión. En esta dirección, Julián López y María Inés Horvitz explican:

“resulta claro que la prisión preventiva decretada en estas circunstancias solo habilita para dictar la medida con el objeto de asegurar la comparecencia para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación. Esto significa que, en estos casos, sería absolutamente improcedente pretender incorporar criterios de peligrosidad como fundamento de la medida, y que ésta debe cesar, inmediatamente, tan pronto la actuación que requiere la presencia del imputado se haya ejecutado”⁷.

En sintonía con lo expresado, Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López, refieren que en los casos de excepción a la improcedencia de la prisión preventiva

“el elemento que posibilita la aplicación de esta medida no es ninguno de los elementos que positivamente consagra el legislador para decretar la prisión preventiva como medida cautelar, sino, un claro incumplimiento o amenaza de él por parte del imputado”⁸.

Pues bien, haciendo eco de lo indicado por los citados profesores, entendemos que para configurar esta causal, resulta intrascendente discurrir en supuestos como, el éxito de la investigación o el peligro para la seguridad de la sociedad o del ofendido, por la sencilla razón de que tales aspectos en caso alguno podrían coadyuvar a dilucidar su procedencia. Así, en lo que compete al éxito de la investigación, huelga señalar que este supone precisamente una en desarrollo, *ergo*, reluce su improcedencia a simple vista si se tiene en cuenta que el castigo –asociado a prisión preventiva– viene dado por la incomparecencia al juicio oral, es decir, una etapa procesal muy posterior al cierre de la investigación.

Por su parte, no se visualiza de qué forma la sociedad o el ofendido podrían ver comprometida su seguridad con la inasistencia del imputado a la audiencia de juicio oral, ya que debemos recordar que esta causal precisamente adquiere trascendencia respecto del encausado que ha estado vinculado al proceso en libertad. De esta forma, resultaría extraño representarse razonablemente que el encartado que permaneció en libertad y exhibió un normal comportamiento durante todo el proceso, súbitamente se constituya

⁷ HORVITZ Y LÓPEZ (2005), p. 399.

⁸ MATURANA Y MONTERO (2010), p. 543.

en un peligro para la sociedad o para el afectado por el mero hecho de inasistir a la audiencia de juicio oral.

En ese orden de ideas, el único elemento integrante de la necesidad de cautela que podría llegar asociarse al motivo regulado en el inciso cuarto parte final del artículo 141 del *CPP*, se asociaría en un hipotético peligro de fuga⁹. Esto, por cuanto la construcción del riesgo de fuga pone su acento indefectiblemente en la prospección, es decir, en la visión futura de posibles conductas que pueda llegar a desplegar el inculpado, cuestión que, por su propia naturaleza, lleva implícito el riesgo de caer en error.

Sin embargo, para que el ejercicio de prognosis sea jurídicamente aceptable –en la escena cautelar– y paralelamente mitigar el margen de equivocación, se requiere que el enunciado pretendido (fugarse, o nuevamente no comparecer al juicio oral) sea alimentado de bases informativas o, bien, probatorias meridianamente lógicas. En otras palabras, una correcta fundamentación de la prisión preventiva basada en la causal en análisis, se concretará en la medida que existan antecedentes razonables, susceptibles de levantar y sostener plausiblemente una inferencia o predicción, ya que, de no ser así, todo lo que pueda resolverse deviene en meras especulaciones arraigadas en el conocimiento privado del juzgador, aumentando exponencialmente el peligro de error.

En el sentido indicado, si bien el presupuesto de prisión preventiva que exige la norma es del todo concreto y preciso (no comparecer al juicio oral), en la práctica no está exento de complicaciones en su configuración, dado que, a las escasas fuentes susceptibles de nutrirla de contenido, se adiciona la baja calidad de la información aportada por aquellas. Es así como la práctica enseña que tanto el fiscal como la defensa (por lo general únicos intervinientes presentes en el frustrado intento de juicio oral), rara vez tienen noticia de la ausencia del enjuiciado, por lo que, difícilmente podrán

⁹ Sin embargo, a pesar de excepciones completamente atendibles, la dimensión de la expresión ‘fuga’ adquiere real impronta una vez condenado el imputado libre, toda vez que tal acto jurídico procesal será la primera señal potente de puesta en jaque a la presunción de inocencia. De esta forma, si bien la presunción debería permanecer intacta en sus efectos, a ojos del condenado libre, inevitablemente sufrió un golpe certero, susceptible de traerle aparejado potenciales consecuencias negativas *intra proceso*, factores todos que podrían seducirlo a sustraerse de los venideros actos del procedimiento. Pues bien, planteado el asunto desde esta mirada, la situación recientemente descrita no empalma adecuadamente con la hipótesis que se baraja en este artículo, por cuanto el incidente se genera con antelación a la audiencia de juicio oral, es decir, previo a la dictación de la sentencia, *ergo*, hablamos de un momento en el que la presunción de inocencia no se ha visto tambaleada bajo la percepción del acusado libre. De ahí que cobra sentido lo expresado por el profesor Jordi Ferrer (al hacerse cargo de la presunción de inocencia como regla de trato procesal), cuando al tocar el peligro de fuga enseña que el inocente viaja, no se fuga. (FERRER (2012), p. 10.).

argumentar razonable e informadamente respecto de una contingencia que les resulta sorpresiva e imprevista.

A raíz de lo anterior, de comprobarse que el caudal informativo disponible, no solo es escaso, sino que, también, deficitario en calidad, se diluye en intensidad el enunciado “peligro de reincidir en la misma conducta” como argumento predictivo basado en evidencia, quedando solo latente la alternativa de aplicar la prisión preventiva bajo un criterio especulativo, solución que pugna con varios principios informantes de la cautelar. Así, por vía ejemplar, si un imputado ha comparecido regularmente a las actuaciones judiciales, pero a pesar de ello, no concurrió a la audiencia de juicio oral y tanto fiscal como defensor desconocen los motivos de la inasistencia –siendo el único hecho constatable su incomparecencia– sería del todo impropio decretar la prisión preventiva en ese instante (hipótesis de ausencia), en atención a que, frente a la precaria o nula aportación de elementos informativos, el enunciado “volverá a incomparecer” no encuentra piso alguno, transformándose, en el hecho, en una mera conjetura. Otro tanto podría ocurrir respecto del acusado, que desde los inicios de la investigación ha contribuido de forma sustancial con ella para esclarecer los hechos y obtener un castigo justo y, por causas inexplicables, no asistió a la audiencia de juicio oral. En este último caso, valdría la pena preguntarse, ¿de qué forma podría justificarse el enunciado que sustenta la causal de prisión preventiva? La respuesta a la interrogante difícilmente encontrará asilo en una línea argumental lógica ni tampoco meridianamente comprobable –en atención a que no existen elementos de convicción mínimos para cimentar sus base– a consecuencia de lo cual solo podría extraerse el papel prevalente de la especulación en la construcción de la fundamentación de una hipotética prisión preventiva.

Es por tal motivo señalado que abogamos por otorgar al imputado (incompareciente), no solo la oportunidad de ser oído, sino que, también, de probar su excusa de forma previa a la adopción de la cautelar –presupuestos que solo podrán tener cabida en la audiencia de control de su detención– mejorando con ello el caudal informativo que debiese disponer el tribunal antes de pronunciarse sobre la adopción de la medida. Por lo demás, tal como acertadamente explica Jonatan Valenzuela Saldías (al reflexionar sobre la pertinencia e importancia de abrir paso a la actividad probatoria en sede cautelar), la exigencia de “un justo y racional procedimiento” abarca a todo momento procesal y no tan solo a la etapa eventual de un juicio oral, agregando, luego, que cualquier decisión judicial que se pretenda controlar racionalmente supone alguna clase de actividad probatoria¹⁰.

¹⁰ VALENZUELA (2017), pp. 74-75.

Es a consecuencia de todo lo expuesto *ut supra* que sostenemos estar en presencia de una causal de prisión preventiva especialísima, tanto en contenido, arquitectura, como en su acreditación, cuestión que se evidencia en la necesidad de contar con elementos o antecedentes diversos a los empleados habitualmente para ponderar su construcción, sobresaliendo, entre ellos, la versión del imputado como uno de los más importantes (si no el principal) para dirimir el asunto. Lo anterior, por cuanto la información que aquel introduzca y, eventualmente la prueba que pueda allegar, situará al tribunal, a todas luces, en una adecuada posición argumentativa para ponderar y resolver si la excusa ofrecida califica como justificada (o no), y así elevar razonablemente una hipótesis prospectiva –sustentada en la evidencia– en torno a un eventual cumplimiento del deber de comparecer o, en su defecto, de contumacia en abstraerse de los actos del procedimiento.

De igual modo, es necesario resaltar que, a pesar de lo peculiar que resulta ser el motivo de prisión preventiva contemplado en el inciso final del artículo 141 del *CPP*, ello no habilita al adjudicador para desentenderse de los principios que la informan y restringen en su aplicación, es decir, la proporcionalidad, necesidad, legalidad, excepcionalidad, fundamentación, etc., dado que los mismos constituyen verdaderos filtros de procedencia de la cautelar, obligando a ponderarlos cualquiera que sea la causal reclamada. Así, por ejemplo, Claus Roxin (al abordar la prisión preventiva), resalta el principio de constitucional de proporcionalidad dado que exige restringir la medida y sus límites a lo estrictamente necesario¹¹.

Como resultado de lo expuesto, concluimos que, si bien el estándar para disponer la prisión preventiva debe ser inferior en rigurosidad al de una sentencia condenatoria, ello no es óbice para obviar la aplicación de los principios citados, *máxime* si para la causal en análisis, varios de aquellos cobran real vigor con la presencia del acusado, con sus dichos y la eventual prueba de descargo que pudiese aportar.

4. POSTURA DE LA FISCALÍA FRENTE AL PROBLEMA

En honor a la verdad, lo primero que incumbe aclarar tiene relación con que la posición jurídica que se asigna, genéricamente, al Ministerio Público, en la práctica no obedece a un patrón uniforme de actuación de parte de este interviniente. Por el contrario, nos podemos aventurar a decir que no existe sobre el particular, directriz formal alguna a la que deban someterse irrestric-

¹¹ ROXIN (2000), p. 258.

tamente quienes representan, en juicio, los intereses de la Fiscalía, quedando netamente a discreción del fiscal de turno solicitar la prisión preventiva en ausencia. De allí que, incluso, se aprecia, en la práctica, criterios dispares entre fiscales al verse enfrentados a esa situación, instando algunos solo por despachar orden de detención en contra del ausente, mientras que otros, junto con la reseñada cautelar, demandan la llamada prisión preventiva anticipada¹².

Es más, no en pocas ocasiones el mismo fiscal que primigeniamente postuló únicamente la detención del imputado incompareciente al juicio oral, al verse enfrentado a una nueva ausencia, varía su posición, reclamando la prisión preventiva en la misma audiencia de juicio. Para estos efectos, la justificación que usualmente se explicita viene dada por la contumacia del imputado en sustraerse a los actos del proceso¹³.

Desde esa perspectiva, se observa una patente ambivalencia de posiciones al interior del órgano persecutor en torno a la procedencia de la prisión preventiva en ausencia (a diferencia de lo que ocurre en la trinchera jurídica opuesta, en que se advierte uniformidad al argumentar sobre su improcedencia). Esta situación, en caso alguno debiese ser soslayada en atención a la *pseudo* transversalidad que se genera respecto del postulado de la defensa, lo que rompe el esquema de equilibrio que sería esperable.

Por su parte, en cuanto a los fundamentos que descansan tras la petición de prisión preventiva “anticipada”, se ha esgrimido, principalmente, la especialidad del artículo 141 inciso cuarto parte final del CPP, la necesidad de asegurar la presencia del acusado en la audiencia de juicio oral y con ello cumplir los fines del procedimiento. También se ha apuntado a que no habría mayor lesión a las garantías fundamentales del imputado, toda vez que la provisionalidad de la prisión preventiva permitiría instar por su revisión una vez controlada su detención. Igualmente se ha invocado la preclusión

¹² A diferencia de lo que ocurre con la salvaguarda legal dispuesta a propósito de la hipótesis de improcedencia a la prisión preventiva descrita en la letra c) del artículo 141 del CPP, en parte alguna el inciso cuarto del mismo precepto emplea la voz ‘anticipada’. Más bien se trata de una medida cautelar impuesta en ausencia del imputado y que encuentra notorias diferencias con la prisión preventiva reglada en la letra c) del artículo 141. En efecto, este precepto discurre en la improcedencia de decretar la cautelar si su destinatario se encuentra cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad, mientras que la hipótesis consignada en el inciso cuarto del mismo artículo no requiere de tal presupuesto. Por otra parte, el supuesto de improcedencia que habilita la anticipación de la cautelar conlleva la celebración de una audiencia para debatir sobre la misma *en presencia del imputado*, cuestión que no ocurriría en la segunda hipótesis (en caso de ajustarse irrestrictamente al tenor literal de la norma).

¹³ Esta explicación no resulta satisfactoria a nuestro entender por cuanto la hipótesis prevista en el inciso cuarto, parte final del artículo 141 del Código Procesal Penal, no contempla la reiteración como factor que integrante de la causal.

como barrera para solicitar la cautelar en un momento posterior a la frustrada audiencia de juicio oral. Finalmente, se ha traído a la palestra criterios asociados a los costos humanos, económicos y logísticos que implica el reagendamiento de un nuevo juicio, en especial, el riesgo de no contar –en el futuro– con declaraciones tan relevantes como la de la víctima del delito.

5. CRÍTICAS A LA POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Una vez expresados los principales fundamentos sobre los que descansa la posición que avala la petición de prisión preventiva en ausencia, corresponde señalar algunos reparos u objeciones a la misma. Es así como frente al razonamiento reconducido a la necesidad de asegurar la presencia del imputado para cumplir con los fines del procedimiento, huelga decir que, si bien la misma aparece atendible *prima facie*, en realidad no asoma como un argumento aceptable para decretar la prisión preventiva en ausencia. En efecto, no se vislumbra de qué forma los fines descritos se verán entorpecidos si se despacha en contra del imputado incompareciente la correspondiente orden de detención al alero de lo dispuesto en el artículo 127 inciso cuarto del *Código Adjetivo* y, luego, asegurada su comparecencia, debatir (en la misma audiencia de control de la detención) la viabilidad de disponer su prisión preventiva, con el matiz que, en esta oportunidad, sí estará presente el imputado y, por lo mismo, no solo podrá dar explicaciones relativas a su inasistencia al juicio oral, sino que, además, se dará sentido a lo dispuesto en el artículo 33 del *CPP* (cuyo tenor pone el acento en la no comparecencia “injustificada”), así como también al mandato contenido en el ya revisado artículo 142 inciso tercero del *CPP*.

Sobre la base de lo que expuesto, los propósitos que orientan la argumentación de la Fiscalía, pueden verse satisfechos de seguirse el conducto procesal que sugiere este trabajo, razón por la que no es efectivo que exista un momento único para asegurar esos fines y menos que se logre a través de la prisión preventiva en ausencia.

A mayor abundamiento, la segunda posibilidad (debate de la prisión preventiva en audiencia de control de la detención) se erige como la alternativa más fiable, no solo para el respeto las garantías generales de procedimiento –como puede resultar el derecho del imputado a ser oído–, sino que, también, coadyuvará en dotar de mayor eficacia la labor jurisdiccional, minimizando, en consecuencia, las posibilidades de error en la toma de la decisión. Esto es así, en atención a la especialidad que reviste la causal descrita en el inciso cuarto del artículo 141 del *Código Procesal Penal*, desde que gira en torno a una situación puntual, reconducida a la inasistencia del imputado a la audiencia de juicio oral (con independencia del número y

gravedad de delitos por los que se le acusa y su participación en ellos)¹⁴, por lo que la información que pueda aportar el encausado (detenido) en la audiencia, debería ser tenida como el antecedente más trascendental para dirimir el conflicto.

En clara conexión con lo antes expresado, resulta necesario reiterar la baja incidencia de la información que pueda aportar tanto el fiscal como el defensor de turno, para los efectos de argumentar en torno a la causal en comento. Ello, toda vez que estos intervinientes difícilmente podrán hacer frente a un hecho del todo imprevisto y desconocido, como lo es, la incomparecencia del acusado¹⁵. En otras palabras, a diferencia de lo que acontece con los requisitos generales de la prisión preventiva, en los que la Fiscalía y Defensa desempeñan un papel protagónico en la aportación de información y pruebas, en el caso de la causal prevista en el artículo 141 inciso cuarto parte final, aparecen como actores de segundo orden.

En lo que incumbe a aquel argumento que descarta la vulneración de garantías fundamentales del imputado, bajo el amparo de la provisionalidad de la prisión preventiva en conexión con la posibilidad concreta de pedir su revisión en la audiencia de control de detención, es necesario señalar que, si bien desde la retórica no puede desconocerse que tal fundamento coadyuvaría a maquillar las consecuencias (negativas) de disponer la prisión preventiva en ausencia, lo cierto es que el discurso se diluye al aterrizarlo a la realidad. En efecto, a pesar de no disponer de datos oficiales sobre el punto, la experiencia profesional (judicial) de quien suscribe, en concordancia con la información recabada de parte de quienes actúan habitualmente en esa sede (jueces, fiscales, defensores) permiten aventurar –a título de diagnóstico– que en la gran mayoría de las audiencias de control de la detención (con prisión preventiva decretada en ausencia) no se verifica debate alguno relativo a la cautelar, sino que, automáticamente el acusado ingresa a cumplirla, sin siquiera ser oído respecto de los motivos que causaron la inasistencia a la audiencia de juicio oral¹⁶. El argumento que se suele usar se ventila

¹⁴ En ese contexto, la discusión respecto de la imposición de prisión preventiva tendría plena cabida tratándose de un sujeto acusado por amenazas o hurto, como por una acusación dirigida por un ilícito de robo con homicidio o secuestro calificado.

¹⁵ En la práctica, el tribunal otorga un receso prudencial a la espera del imputado, espacio en el que la defensa intenta comunicarse por teléfono –la mayoría de las veces infructuosamente– con aquel, sin encontrar respuesta tanto de la inasistencia como del paradero del acusado.

¹⁶ Son varias las causas que podrían explicar la ausencia de revisión de la prisión preventiva. A modo ejemplar, citaremos dos factores que, estimamos, representan un papel importante en esta situación. La primera, tiene relación con la excesiva conformidad que exhibe la defensa respecto de la primitiva resolución que dispuso la cautelar en ausencia, en circunstancias de que la misma, por esencia, produce efecto de cosa juzgada formal provisional, bastando que

para desestimar cualquier vulneración de garantías del imputado en esta hipótesis, se desvanece ostensiblemente al alero de lo que acaece en terreno, consolidándose el escenario de afectación de garantías y derechos procesales sustanciales del encausado.

De esta forma, para el evento de adherir a la postura jurídica que se detalla en este apartado, inevitablemente se arribará a la paradójica conclusión relativa a que la medida cautelar personal más gravosa y de *ultima ratio* que contempla nuestra legislación procesal (basada en principios cardinales como lo son el de necesidad y proporcionalidad) será decretada en un escenario caracterizado por la desinformación, factor que repercutirá irremediable y negativamente en dos dimensiones de suma importancia. Por una parte, incidirá en el deber general de fundamentación de las resoluciones judiciales (artículo 36 del *CPP*) y, en especial, de la prisión preventiva (artículo 143 del *CPP*), así como también influirá en el aumento de las posibilidades de incurrir en error judicial. En cuanto a la primera arista, será difícil para el tribunal desarrollar la argumentación de rechazo o, bien, sobre la configuración de la causal especial de prisión preventiva, bajo criterios de plausibilidad, si en la práctica no está nutrido de la mínima información para ponderar su necesidad. Cabe resaltar que el artículo 143 del *Código Procesal Penal*, exige que la resolución que dispone la cautelar se sustente en antecedentes calificados que la justifiquen, circunstancia que, atendida la especificidad de la causal regulada en el inciso final, parte final del artículo 141 del citado estatuto, transforma de forma inevitable la versión del encausado en un pilar fundamental a la hora de resolver la procedencia de la prisión preventiva, toda vez que configura el insumo preciso para decidir fundadamente. Incluso más, a la objeción descrita correspondería adicionar

se allegue un nuevo antecedente (a los considerados inicialmente) para renovar el debate y, eventualmente modificarla en la misma audiencia de control de detención. En ese contexto, que mejor antecedente que contar con la versión del imputado para ponderar si su incomparecencia al juicio oral emerge como una justificación atendible o inaceptable. No obstante, son excepcionales las ocasiones en que la defensa solicita en la misma audiencia de control de la detención, debatir respecto a la subsistencia de la prisión preventiva “anticipada”. Por otra parte, y como segundo aspecto a considerar, es dable decir que se aprecia una bajísima iniciativa oficiosa de parte de la judicatura –en la audiencia de control de la detención– en orden a generar una instancia para discutir sobre la mantención de la cautelar, circunstancia que, a nuestro juicio no se aviene a la lógica conceptual que caracteriza al sistema procesal penal chileno. En efecto, si bien el *CPP* está mayormente alineado con los principios dispositivo y de pasividad en la actuación de los tribunales de justicia, no es menos cierto que una clara excepción a la regla se aloja en toda la temática asociada a la cautela de garantías (asunto que precisamente encasilla en el punto expuesto), en cuya virtud el juez detenta amplias facultades oficiosas. De esta forma, bastaría solo con recordar lo que rezan los artículos 10 y 145 inciso primero del *CPP* para justificar la crítica.

que la resolución que dispone la prisión preventiva en ausencia, contiene una fuerte carga de culpabilidad hacia el acusado, en términos de concebir en este una deliberada intención de no comparecer a la audiencia de juicio (de lo contrario no se accedería a la cautelar)¹⁷. A pesar de que la presunción de inocencia debiese enterrar *in limine* tal interpretación –máxime si se trata de un encausado vinculado al proceso penal en libertad– lo cierto es que, de hacer lugar a la cautelar en ausencia, se estaría validando un juicio de desaprobación, con asignación de sanciones procesales. Este criterio estaría caracterizado por la desinformación y se sostendría básicamente en especular (no predecir) acerca de la intencionalidad del imputado en orden a abstraerse deliberadamente de los actos del procedimiento (específicamente audiencia de juicio oral). En ese contexto, creemos que esta fórmula erosiona, no solo el derecho de defensa (bajo su vertiente material), sino que, a la vez, uno los principios cardinales del debido proceso, recogido expresamente por el legislador en el artículo 5 del *Código Procesal Penal*, esto es, el principio de legalidad en materia de medidas privativas o restrictivas de libertad, cuyo inciso primero prescribe:

“no se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes”.

No obstante lo anterior, y el claro tenor de la citada disposición, cada vez que se dispone la llamada “prisión preventiva anticipada” se constata un incumplimiento a la regla, desde que el legislador mandató, sin excepciones, que la presencia del imputado en la audiencia destinada a debatir sobre la prisión preventiva, constituía un requisito de validez de la misma. En estas condiciones, el dar aplicar exegéticamente a lo dispuesto en el artículo 141 inciso cuarto, parte final del *Código Procesal Penal*, implicaría transgredir el reseñado artículo 5, precepto que, dicho sea de paso, está ubicado geográficamente dentro del libro primero del reseñado texto legal, denominado “disposiciones generales” y con precisión en el título primero llamado “principios básicos”, razón por la cual su prevalencia y proyección en todo el desarrollo del proceso, aparece como un tópico indesmentible e incuestionable.

Por otra parte, en cuanto al argumento asociado a los costos (humanos, logísticos y económicos) que irroga el reagendamiento de un juicio oral, es necesario señalar que el mismo no resulta ser del todo plausible, por cuanto

¹⁷ Fórmula que no compartimos, toda vez que lo único posible de concluir en ese momento tiene relación con la inasistencia del imputado, mas no si esta se produjo por factores endógenos o exógenos, voluntarios o involuntarios, etcétera.

si el imputado no compareció a la audiencia de juicio oral, irremediablemente se fijará una nueva fecha para su celebración, de modo tal que la imposición de la prisión preventiva en ausencia, en nada contribuye a evitar la situación. Además, cabe añadir que el propósito previsto por la norma –tal como en el caso anterior– puede cumplirse de igual modo si se decreta la prisión preventiva en la audiencia de control de la detención (en presencia del acusado), razón por la que la fórmula inicialmente sugerida tampoco califica como la única o exclusiva para conseguir el objetivo propuesto.

Para finalizar, cabe referir que no compartimos aquella interpretación que fija a la fallida audiencia de juicio oral (por inasistencia del enjuiciado), como el momento preclusivo para que el Ministerio Público invoque esta causal de prisión preventiva y ello por cuanto una facultad procesal no puede extinguirse si el legitimado para ejercerla no dispone de una oportunidad válida para impetrarla. Bajo ese raciocinio, si considerásemos que la piedra angular en esta materia lo constituye el inciso tercero del artículo 142 del *CPP*, se debiera extraer que el verdadero instante preclusivo estaría dado por la audiencia de control de la detención del imputado, puesto que en ella se respetarán todas las exigencias legales de validez para discutir sobre su procedencia y, por ende, surgirá la primera oportunidad procesal efectiva para ejercer la facultad.

6. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL

Sin perjuicio de las observaciones ventiladas a la posición del persecutor, no puede desconocerse que ella ha sido recogida por un sector importante de la judicatura penal de base, a lo que se adiciona cierta recepción en el ámbito de tribunales superiores de justicia. Cabe reiterar que la intervención en alzada no ha sido de la envergadura esperable por cuanto, como se ha remarcado en este trabajo, se constata un gran nivel de pasividad en los intervinientes a la hora de impetrar mecanismos de impugnación frente a las resoluciones que se pronuncian sobre la temática.

A pesar de lo dicho, debe advertirse que la mayor parte de las resoluciones judiciales dictadas con motivo de apelaciones deducidas por la defensa, se limitan a confirmar la de primer grado (cuyos fundamentos redundan principalmente en dar primacía por especialidad al artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, en conexión con la verificación de los presupuestos de procedencia de la causal). En la órbita de la acción de amparo, sí es posible detectar sentencias dotadas de mayor desarrollo y que respaldan la procedencia de la prisión preventiva en ausencia, por lo que haremos mención de una de ellas, extractando lo pertinente para los fines explicitados.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de fecha 20 de Abril de 2016, causa Rol 101-2016 (acción de amparo rechazada), considerando cuarto. “Que, con el mérito del informe del juez de garantía, y teniendo en consideración lo dispuesto por los artículos 33 y 141 inciso final del Código Procesal Penal, que faculta al Tribunal para decretar la prisión preventiva anticipada en el caso que el imputado, válidamente notificado, no compareciere a una audiencia cualquiera o a la audiencia de juicio, según los casos, sin causa justificada para ello, es que, precisamente, no se vislumbra la ilegalidad o arbitrariedad de la actuación recurrida, en el entendido que la resolución en comentario ha sido dictada por autoridad competente en uso de sus facultades legales, y precedida, a mayor abundamiento, por debate entre las partes y la debida fundamentación. En este contexto, y encontrándose la resolución dictada por autoridad competente, en uso de sus facultades legales y adecuadamente fundamentada, es que el recurso en referencia no puede prosperar”.

7. PLANTEAMIENTO DE IMPROCEDENCIA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN AUSENCIA

Para abordar esta tendencia interpretativa, imperioso resulta destacar la importancia que corresponde atribuir al artículo 142 dentro del espíritu y esquema normativo del *Código Procesal Penal*. En efecto, la aludida disposición ejemplifica palmariamente la intención del legislador en orden a promover el respeto y protección de los derechos fundamentales de todos quienes intervienen en el proceso y, en el caso específico del imputado, en cuanto consagrar una oportunidad efectiva de ser oído y probar sus dichos, con anticipación a la resolución judicial. Por lo demás, la trascendencia del texto parece inobjetable precisamente por su ubicación geográfica, toda vez que se inserta en el seno de la cautelar personal más lesiva en materia de restricción de garantías procesales, esto es la prisión preventiva, lo que lo transforma en un verdadero principio informador de la misma. Por lo mismo, si la ley –conocedora del impacto afflictivo que genera esta medida en el imputado– decidió establecer minuciosamente y en términos absolutos, requisitos de procedencia de la misma, bajo sanción de invalidez, *sin consignar ningún tipo o clase de excepción*, es deber del juez sujetarse de forma estricta a su letra, verificando que se cumplan todas las condiciones exigidas en el artículo reseñado, por cuanto tal regulación se exhibe coherente, no solo con el contenido axiológico que distingue al código en referencia, sino que, también, armónica con un conjunto de preceptos legales insertos en él. Como contrapartida, si el intérprete decide apartarse de su texto, se incurrirá en un vicio que apunta derechamente a

la eficacia de la citada audiencia poniendo en riesgo tal actuación procesal. Esto es así, puesto que el legislador decidió elevar la presencia del encartado hacia una dimensión jurídica excepcional dentro el *Código Procesal Penal*, a saber, postularla como un requisito o presupuesto de validez de la audiencia en que se demande la prisión preventiva, de suerte que, la no sujeción a la forma, implicaría la generación de un vicio de nulidad. Sobre este punto, el distinguido profesor Giuseppe Chiovenda, enseña:

“las nulidades no son penas, sino tan solo la consecuencia lógica del incumplimiento de aquellas formas a la que la ley atribuye determinados efectos”¹⁸.

Cabe también destacar que el citado artículo lleva por título: “Tramitación de la solicitud de prisión preventiva”. De tal enunciado se extrae que en el texto se desarrollan cada uno de los pasos a seguir únicamente para el evento de pedirse la imposición de la cautelar. Debemos remarcar este último punto, ya que el precepto en análisis solo adquiere vigor en la medida que el objeto de la petición sea el de aplicar la prisión preventiva, no siendo extensible a aquellos eventos de substitución, modificación o cesación de la misma, ya que esos supuestos cuentan con regulación propia (artículos 144 y 145 del *CPP*). Sobre la base de lo anterior, parece lógico concluir que los únicos intervinientes legitimados activamente para impetrar la solicitud de prisión preventiva (en el marco del artículo 142 del *CPP*), sean el Ministerio Público y el querellante, si lo hubiere.

Ahora bien, corresponde advertir que la redacción del inciso primero del artículo 142 del *CPP* no es del todo feliz, principalmente en lo atingente a la esfera de atribuciones de resorte del Tribunal Oral en Lo Penal. En efecto, una lectura rápida y periférica de la norma podría conducirnos a estimar que existiría solo una oportunidad para impetrar la prisión preventiva, esto es, en la audiencia de juicio oral. De aceptarse esta fórmula, se seguiría que, por ejemplo, el imputado libre, puesto a disposición del referido tribunal (a la espera de celebrarse el juicio oral) quedaría beneficiado por una *pseudo* inmunidad cautelar, la que se explicaría lisa y llanamente por un vacío normativo. En efecto, como el Tribunal Oral solo tendría competencia para pronunciarse respecto de la prisión preventiva en la audiencia de juicio oral, tal circunstancia habilitaría al acusado para incumplir deliberadamente las medidas cautelares (de baja intensidad) que le fueran impuestas en sede de garantía, sin verse expuesto al peligro de sufrir una agravación en su situación procesal. Así, si el fiscal de la causa toma conocimiento que el encarta-

¹⁸ CHIOVENDA (2005), p. 94.

do no está dando cumplimiento a un arresto domiciliario total y aún resta bastante plazo para celebrar la audiencia de juicio oral, aquel se vería atado de manos para solicitar, ante el Tribunal Oral en Lo Penal la imposición de la prisión preventiva (al no estar en la hipótesis prevista en el inciso primero), frustrándose con ello los fines del procedimiento¹⁹. Pues bien, creemos que en caso alguno fue la intención del legislador generar esta laguna –la que a todas luces es muy controversial–, sino que, más bien, nos inclinamos a pensar que se está en presencia de una errada técnica de redacción, motivo por el que, en definitiva, tal precepto debiese ser interpretado en coherencia con la eficacia de los fines del procedimiento. De esta forma, si soslayamos el elemento gramatical y recurrimos al sistemático, concluiríamos que el Tribunal Oral tiene competencia para pronunciarse respecto de la prisión preventiva desde que el acusado sea puesto a su disposición, ampliando el escenario más allá de la audiencia de juicio oral.

Una vez resuelto lo anterior, cabe igualmente puntualizar que la referencia hecha por el legislador a la audiencia de juicio oral –como momento procesal propicio para impetrar la petición de prisión preventiva– en caso alguno debe restringirse a la variante que se critica en este opúsculo. Por el contrario, con ocasión de la celebración de tal audiencia, perfectamente pueden suscitarse otras conjeturas que habiliten el debate de la cautelar en presencia del imputado. Así, por ejemplo, con motivo de un veredicto condenatorio, previendo, el Ministerio Público un inminente cumplimiento efectivo de la pena y, por ende, surgiendo un peligro de fuga del acusado libre, aquel se encontraría validado para solicitar la agravación o intensificación del régimen cautelar, lo que involucraría, hipotéticamente, elevar la solicitud de prisión preventiva.

En cuanto al inciso segundo del artículo 142 del *Código Procesal Penal*, a decir verdad, solo podemos rescatar aquella mención que obliga al juez de garantía a citar al acusado, entre otros intervinientes, a la audiencia para debatir lo concerniente a la imposición de la cautelar (factor que corrobora la relevancia de su presencia). Sin embargo, no puede desconocerse que la oportunidad procesal que regla este párrafo tiene relación con el desarrollo de la investigación, esto es, un marco contextual completamente ajeno al radio del Tribunal Oral.

Bajo ese escenario, aterrizamos de lleno en el inciso tercero de la norma en estudio, la que se erige como la piedra angular, o si se prefiere, un verdadero punto orientativo en materia de requisitos procesales mínimos

¹⁹ Debemos recordar que el artículo 139 inciso segundo del CPP, discurre en que “la prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento...”.

para avalar la aplicación de la prisión preventiva. En otras palabras, estamos frente a una disposición diferente y única, por cuanto no existe otra –a lo largo de todo el tratamiento que el *Código Procesal Penal* hace respecto de la cautelar– que establezca presupuestos de validez para su discusión y eventual concesión, motivo por el que resulta forzoso instar por su supremacía a la hora de fijar el marco procesal estructural que legitime el debate a su respecto y ulterior aplicación. Asimismo, es necesario resaltar que el inciso en análisis no establece excepción alguna a su tenor, de lo que se infiere que se trata de una regla insustituible e insoslayable a la hora de discutir la procedencia de la prisión preventiva.

Por lo demás, a diferencia de la orfandad y desapego normativo que caracteriza a la oportunidad procesal prevista en el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, el artículo 142 inciso tercero goza de un contundente respaldo, no solo en el ámbito de principios, sino que, además, en diversas normas del *Código Procesal Penal*. De este modo, es perfectamente posible levantar una secuencia lógica y armónica de disposiciones insertas en el estatuto procedimental y, con su mérito, justificar una interrelación entre el artículo 142 inciso tercero con los artículos 33 inciso tercero, 281, e hipótesis de prisión preventiva del 141 inciso cuarto parte final, todos del *CPP*, demostrando con ello que, más que textos dicotómicos, solo se verifica una errada técnica de redacción en un pasaje de la última disposición asociada a la oportunidad procesal para hacer valer la cautelar en análisis.

Desde la perspectiva propuesta, el esquema natural y coherente a seguir principia en la necesidad de citar (notificar) al imputado libre (puesto a disposición del Tribunal Oral en Lo Penal) a la audiencia de juicio oral, citación que debe materializarse en los términos y bajo los apercibimientos indicados en los artículos 33 y 141 inciso cuarto del *CPP* (artículo 281 del *CPP*), esto es, que la incomparecencia “injustificada” del acusado a tal audiencia, constituirá motivo suficiente para disponer su detención o, incluso, su prisión preventiva. Resulta importante hacer notar que el artículo 281 del estatuto procedimental es la primera disposición del título III del libro segundo, denominado “Juicio oral”, transformándose, en consecuencia, en un precepto de suyo atingente para la temática abordada en este artículo. De esta forma, cuando el legislador obliga a citar (notificar) al imputado bajo la advertencia reglada en el artículo 33 del *CPP*, lo que desea transmitir se resume en consagrar un causal específica de prisión preventiva, condicionada en su procedencia a una limitación, a saber: calificar de “injustificada” la inasistencia del encartado. Pues bien, es aquí donde se visibiliza el componente crucial para desentrañar el problema, puesto que para superar tal barrera el legislador puso al juzgador en la perentoria obligación de nutrirse de información precisa y suficiente para estar en condiciones de resolver y aplicar la cautelar

(cuestión que, por lo demás, engarza perfectamente con el mandato especial de fundamentación plasmado en el artículo 143 del *CPP*). Este deber solo se satisfará en la medida que se suministre al juzgador un volumen informativo suficiente y preciso destinado a desentrañar la justificación o no de la incomparecencia, de suerte tal que, frente al incumplimiento de la obligación, el juez quedará en posición de elucubrar o realizar futurología. En ese contexto, resulta esclarecedora la explicación que ofrece el profesor Jordi Nieva Fenoll al señalar (a propósito del riesgo de fuga y su evaluación) que dicho riesgo

“no puede estar justificado, nuevamente, en una simple conjetura. El juez debe ser capaz de explicar en su resolución con qué medios podría eludir la acción de la justicia el preso, puesto que en caso de que no pueda explicarlo, tampoco podrá justificar la existencia del riesgo”,

agregando luego:

“el único parámetro algo más lúcido, en el sentido de que al menos puede relacionarse directamente con el riesgo, es el de la ‘inminencia de la celebración del juicio oral’, aunque valorar si ello es o no determinante en el riesgo vuelve a arrojar al juez más bien al papel de un adivino”²⁰.

Por lo tanto, bajo ese escenario y la necesidad de proveer el juzgador de elementos necesarios para resolver argumentada y razonablemente, surge la persona del acusado como un componente relevante para cumplir tal prescripción, ya que, como se ha dicho a lo largo de este trabajo, es el interviniente que cuenta –por lejos– con la mejor información para zanjar el asunto. De ahí que obviar su presencia al instante de debatir sobre esta causal, acrecienta el perjuicio procesal, dado que no solo se lesionará el derecho de ser oído del imputado, sino que, de paso, tal resolución judicial no cumplirá con la exigencia especial de fundamentación prevista en el citado artículo 143. En ese sentido, refuerza lo que se viene diciendo las palabras del célebre catedrático Perfecto Andrés Ibáñez, quien a propósito de la prueba y su motivación, enseña:

“a estas alturas nadie discutiría que el proceso de formación de la convicción judicial ha de estar presidido por la racionalidad y ajustarse estrictamente a lo que resulte del cuadro probatorio; y que la decisión en que aquélla se concrete ha de contar con justificación explícita y suficiente”²¹.

²⁰ NIEVA (2017), p. 286.

²¹ TARUFFO, IBÁÑEZ y CANDAU (2009), p. 89.

Ahora bien, a nuestro entender la mención que el artículo 281 del *CPP* hace respecto del inciso cuarto del artículo 141 del *CPP*, debe circunscribirse solo al contenido del apercibimiento que contempla (tal como literalmente lo expresa la norma), impidiendo extenderla a otros tópicos tales como la oportunidad para hacerlo efectivo. Si es así, debiese concluirse que los artículos 33 inciso tercero, 281 inciso final y 142 incisos tercero y cuarto, todos del *CPP*, se exhiben y conjugan de forma armónica y congruente, validando con ello una interpretación sistemática, acorde no solo con el instituto de la prisión preventiva, sino que con los principios básicos que informan el sistema de enjuiciamiento criminal, tales como la legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad (artículo 5 del *CPP*) o, bien, el ámbito de la defensa, bajo una perspectiva funcional al derecho de defensa material, expresado para estos efectos en el derecho a ser oído (artículo 8 inciso segundo del *CPP*) y por qué no decirlo, de un derecho a la prueba en sede cautelar.

Como contraste, se tiene que el momento procesal para invocar la prisión preventiva plasmado en el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, se visualiza completamente aislado del marco regulatorio, de suerte tal que solo subiste por razón de su propia letra. Es más, revisada la historia de la ley, nunca emergió una voz que pusiera el énfasis en la necesidad de consagrar esta presunta regla especial de oportunidad, demostrando con ello que simplemente pasó inadvertida.

En esa dirección, si discurrimos en abstracto que una disposición especial debería cumplir una finalidad rupturista del marco legal general establecido, el piso mínimo para validar tal quiebre trasuntaría en exigir que la norma particular esté dotada de contenido, ya que en caso contrario no encontraría respuesta razonable su inserción. Sin embargo, tal variante no ocurre en la especie, lo que hace suponer con fuerza y por vía de descarte, que la inserción del párrafo cuestionado, obedecería lisa y llanamente a un error de redacción por inclusión. Demás está decir que, si bien, en líneas generales, el *Código Procesal Penal* mantiene una notoria coherencia jurídica, por excepción se constata –bajo su arquitectura– un número marginal de disposiciones dicotómicas, atribuibles a una impropia técnica legislativa²².

²² Así, a vía ejemplar podría confrontarse lo dispuesto en los artículos 153 inciso primero y 347, con el inciso segundo del primero de los sindicatos, o bien si se prefiere el artículo 265 con el inciso primero del artículo 74, o tal vez el artículo 290 con el 363, todos *CPP*. Es más, el artículo 332 *CPP* desnuda un sensible error de planteamiento en su redacción, al dejar fuera del ámbito de la confrontación declaraciones previas prestadas ante un Tribunal Oral en Lo Penal en el contexto de un juicio oral anulado. En este último aspecto, véase DUCÉ (2014).

Como corolario de lo anterior, si la mera letra de la disposición se erige como el único elemento que posibilita explicar la cuestionada oportunidad procesal descrita en el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*, cobraría pleno sentido la visión de Agustín Squella Narducci en cuanto a lo que demanda la sociedad de un juez al dictar una resolución judicial. Así, el citado profesor refiere que lo esperable de los jueces no es únicamente que *expliquen* sus decisiones, sino que las *justifiquen*, esto es, que den razones de sus fallos, mostrando la aceptabilidad de lo resuelto. Añade el autor que, por el contrario, el juez solo se limita a explicar una decisión, cuando señala el motivo formal que lo condujo a ella en términos similares a los siguientes “decidí de ésta u otra forma, porque la ley lo dice” o “porque es lo que el tribunal superior confirmará en caso de recurso”²³. Pues bien, a nuestro juicio, esta explicación enlaza plenamente con la discusión que se plantea en este trabajo, ya que la oportunidad procesal prevista en el artículo 141 inciso cuarto, parte final del *CPP*, en el escenario más auspicioso podrá satisfacer un estándar semejante al de una explicación, factor que resulta insatisfactorio si se tiene presente la dimensión legal requerida, esto es la justificación sobre la base de una adecuada fundamentación (artículo 143 del *CPP*).

Así las cosas, frente al cúmulo de críticas que pueden levantarse en relación con el momento procesal plasmado en el citado inciso cuarto del artículo 141 del *CPP*, el enunciado de estar frente a una mención mal introducida, propio de un error de redacción por inclusión, no solo se robustece, sino que paralelamente obligaría al intérprete a escudriñar otra vía de solución al asunto de forma coherente con el engranaje epistémico del *Código Procesal Penal*. En términos empleados por el profesor Eduardo Couture “cuando la letra desfallece, cuando su texto es notoriamente erróneo, cuando coliden un texto con otro texto, o cuando se nos presenta un texto en pugna con un principio, o un principio con otro principio, o cuando el silencio sume al lector en perplejidad, la tarea interpretativa adquiere su jerarquía propia”²⁴. Pues bien, ante el peso de esta situación en consonancia a la necesidad de buscar una adecuada interpretación al problema, emerge con claridad, el inciso tercero del artículo 142 del *CPP* y la audiencia de control de detención, como el conducto normativo-procesal idóneo para debatir lo relativo a la causal especial de prisión preventiva y dirimir su imposición.

Finalmente, a pesar de todo lo manifestado *ut supra*, si llegásemos a concebir que existe colisión entre el artículo 141 inciso cuarto parte final y el principio rector establecido en el artículo 142 inciso tercero del *CPP*, igualmente ella debería ceder en beneficio de la última disposición. Lo anterior,

²³ SQUELLA (2003), p. 477.

²⁴ COUTURE (2010), p. 34.

en atención a que, como dijimos anteriormente, el artículo 142 inciso tercero del *CPP* conecta perfectamente con los principios, reglas y diseño normativo del citado *Código*, a diferencia de lo que acontece con la norma con la que se le confronta, circunstancia que haría prevalecer, en definitiva, al texto que consagra la presencia del imputado y su defensor como un requisito de validez de la audiencia en que se ventile la prisión preventiva. Sobre el particular, el destacado profesor Eduardo Couture otorga una clara orientación a seguir en caso de interferencia de textos y principios, explicando que

“hablar de colisión de texto contra principio parecería una antinomia, porque no puede haber más principio que el que surge de los textos. Sin embargo, si llegáramos a la conclusión de que los principios se extraen de una armonización sistemática de todos los textos, tomando en consideración sus repeticiones sucesivas, sus obstinadas y constantes reapariciones, la tarea interpretativa en este caso debe resolverse por el predominio del principio ya que él es la revelación de una posición de carácter general tomada a lo largo del conjunto constante de soluciones particulares”²⁵.

8. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DE ESTA TESIS

Dando por reproducida la salvedad asociada al escaso aporte jurisprudencial en alza, igualmente fue posible detectar pronunciamientos, en el ámbito de Corte de Apelaciones, en lo que se destaca la prevalencia del artículo 142 del *Código Procesal Penal*, en desmedro de lo dispuesto en el inciso final parte final del artículo 141 del estatuto jurídico reseñado.

a. Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de fecha 15 de Junio de 2016, causa Rol 169-2016 (acción de amparo acogido), considerando Segundo: “Que del mérito de los antecedentes, y teniendo especialmente en consideración lo dispuesto en el artículo 142 inciso tercero del *Código Procesal Penal*, aparece que la presencia de la imputada y su defensora, constituye un requisito de validez de la audiencia en que se resuelve la solicitud de prisión preventiva, y no encontrándose controvertido que la amparada no estuvo presente en dicha audiencia, se advierte que la resolución no se ajustó a derecho”.

b.- Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel. Sentencia de fecha 15 de Junio de 2016, causa Rol 179-2016 (acción de amparo acogido), considerando Segundo “Que en cuanto a la arbitrariedad que

²⁵ COUTURE (2010), p. 36.

se reclama, surge de los antecedentes que el imputado, si bien fue citado a la audiencia de juicio, lo fue con cuatro meses de anticipación a la fecha en que ella se realizó y a la cual no compareció, de lo cual resulta posible concluir que pudiera existir algún motivo para la ausencia, sin que haya sido escuchado sobre el punto, disponiéndose sin más la medida más gravosa para asegurar su comparecencia, en circunstancias que ha existido otra de menor entidad y que puede cumplir el mismo efecto. De lo dicho resulta, por lo tanto, que la medida resulta desproporcionada y por ello, deviene en arbitraria, lo que autoriza la sustitución y, por ende, que sea acogido el recurso”.

Merece un breve comentario este último fallo, toda vez que introduce un elemento bastante interesante para el análisis en tanto discurre –a nuestro entender acertadamente– sobre la pertinencia de tener en vista el principio de proporcionalidad al momento de decretar la prisión preventiva por la causal prevista en el artículo 141 inciso cuarto parte final del *CPP*. En efecto, una primera aproximación a la norma aludida conduce a pensar que su configuración resulta ser bastante sencilla, demandando solo la inconcurrencia del imputado (válidamente notificado) a la audiencia de juicio oral. Sin embargo, no debe perderse de vista que el instituto en juego es precisamente la prisión preventiva, medida que, a pesar de variar en cuanto a su causal de procedencia, mantiene indemnes todos los principios que la reglan y limitan, entre ellos, el de proporcionalidad. Sobre la base de ello, una adecuada aplicación del principio en estudio, involucraría, cuando menos, sopesar ciertos antecedentes mínimos para los efectos de determinar si la cautelar se aviene a la situación acaecida en el caso concreto. Es más, la propia sentencia destacada, ofrece ciertos elementos que siempre deberían ser considerados por el tribunal al ponderar la proporcionalidad de la prisión preventiva solicitada, entre ellos, la necesidad de oír previamente al imputado.

No está demás insistir en la idea relativa a que el estándar requerido por el legislador para acceder a la prisión preventiva viene dado por un adecuado nivel de fundamentación de la resolución judicial, bajo la concurrencia de antecedentes calificados que la justifiquen (art. 143 del *CPP*), lo que se conseguiría –al alero de la causal específica en estudio– no solo oyendo al imputado, sino que además permitiéndole refrendar sus dichos y generando, si es posible, una instancia de prueba. Sobre este punto, Jonatan Valenzuela Saldías postula

“ser más o menos evidente que al estar frente a una decisión racional, de relevancia en el contexto del procedimiento, se puede sostener la sujeción a algún grado, aunque sea mínimo, de corroboración”²⁶.

²⁶ VALENZUELA (2017), p. 75.

9. SOLUCIONES ATENUADAS

A pesar de estar en desacuerdo con la postura que pregona la validez de decretar la prisión preventiva en ausencia, no podemos desentendernos del respaldo que ostenta en el ámbito jurisprudencial. Por lo mismo, asumiendo esa realidad, estimamos que las objeciones jurídicas levantadas pueden verse mitigadas en intensidad, en el evento de acogerse alguna de las salidas intermedias que se barajan y que detallan a continuación.

La primera, discurre en asignar al tribunal un papel protagónico en la audiencia de control de la detención del imputado (cuya orden fue despachada al alero de lo previsto en el artículo 127 inciso cuarto del *Código Procesal Penal*). En efecto, a pesar de que la cautelar de prisión preventiva fuese resuelta (en ausencia) en la primigenia audiencia de juicio oral, lo cierto es que su cumplimiento recién viene a materializarse una vez culminado el control de la detención. Sobre el particular, debe recordarse que, hasta ese momento, la privación de libertad encuentra su fundamento en la detención, por lo que, a pesar de haber sido decretada la prisión preventiva, esta aún no ha principiado a cumplirse materialmente. Así las cosas, a juicio de quien suscribe, cobraría suma importancia instar por reexaminarla, esta vez escuchando al encausado de acuerdo con los lineamientos trazados en el inciso segundo del artículo 8 del *CPP*.

Sin embargo, la práctica enseña que, una vez aprehendido el imputado incompareciente, conducido a la justicia y controlada su detención, rara vez la defensa solicita revisión de la prisión preventiva adoptada en ausencia, generando la impresión de vernos enfrentado a una resolución con autoridad de cosa juzgada en los términos explicados por el profesor Enrico Tullio Liebman²⁷, por lo que, salvo particulares excepciones, se produce un fenómeno automático y pacífico de sujeción a la cautelar, sin siquiera imponerse el tribunal de él o los motivos que tuvo el acusado para no asistir a la audiencia de juicio oral. No está demás recordar que la resolución que dispone cualquier cautelar (con mayor razón tratándose de la más lesiva) en caso alguno esa decisión produce cosa juzgada formal propiamente tal, ni menos su variante substancial, sino que, por el contrario, hablamos de una decisión cuyos efectos son esencialmente provisionales, lo que se traduce en

²⁷ En efecto, el destacado profesor define la autoridad de la cosa juzgada como la “inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia”, agregando: “la misma no se identifica simplemente con la definitividad e intangibilidad del acto que pronuncia el mandato; es, por el contrario, una cualidad especial, más intensa y más profunda, que inviste el acto también en su contenido y hace así inmutables, además del acto en su existencia formal, los efectos cualesquiera que sean del acto mismo”. LIEBMAN (1946), p. 71.

que subsistirá la prisión preventiva solo en la medida que no se hagan valer nuevos antecedentes que la desvirtúen.

Bajo ese diagnóstico, el remedio procesal que se sugiere viene dado por dotar al juzgador de facultades oficiosas para abrir debate en lo relativo a la mantención o modificación de la cautelar, inmediatamente después de controlada la detención. Es dable puntualizar que esta opción encuentra soporte en la órbita de la cautela de garantías (artículo 10 del *CPP*), precepto que abre la puerta a la oficialidad en aquella hipótesis en que el imputado no se encuentre en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La segunda salida que se postula en este ensayo, consiste en internalizar que la prisión preventiva, dispuesta en ausencia, lesiona flagrantemente el inciso tercero del artículo 142 del *Código Procesal Penal*, precepto que, como se dijo, es el único que fija presupuestos de validez para discutir y eventualmente, imponer la cautelar. Bajo esa perspectiva, de aplicarse exegéticamente la oportunidad procesal fijada el inciso cuarto parte final del artículo 141 del *CPP* y, como corolario de ello, de disponerse la prisión preventiva en ausencia del imputado, se originaría un vicio de invalidez que habilitaría la declaración de nulidad procesal. En efecto, el artículo 159 del *CPP*, titulado “procedencia de las nulidades procesales”, prescribe:

“sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”.

A mayor abundamiento, en el caso en examen, la infracción se manifiesta en impedir que el acusado ejercite las garantías y derechos que le reconoce la Constitución y las leyes, en particular el derecho de ser oído previamente, razón por la que se configura la presunción de derecho del perjuicio, en los términos indicados en el artículo 160 del *CPP*. Esta circunstancia cobra suma trascendencia para los fines abordados en este artículo, toda vez que es la ley la que califica de antemano y sin posibilidad de objeción, el perjuicio experimentado, posibilitando la actuación oficiosa del tribunal (parte final del art. 163 del *CPP*) para remediar el defecto. En ese contexto, si el propio legislador –en el artículo 142 inciso tercero del *CPP*– quiso elevar la presencia del imputado a la categoría de requisito de validez de la audiencia en que se discuta la prisión preventiva, una vez constatada la consumación del vicio de invalidez (ausencia del imputado), de cuyo resultado, además, se presume de derecho el perjuicio para este, bastaría que el tribunal llamado a controlar su

detención, actuase en conformidad con el artículo 163 del *CPP*, declarando oficiosamente la nulidad de todo lo obrado en aquella audiencia en que se decretó la prisión preventiva en ausencia y, acto seguido, abrir debate de la misma, pero en esta oportunidad, con la presencia del encartado.

10. CONCLUSIONES

La prisión preventiva constituye la medida cautelar personal más lesiva que contempla nuestro ordenamiento procesal penal. Por lo mismo, si el constituyente validó, por vía excepcional, restringir la libertad personal de cualquier sujeto –supeditado a la observancia de los requisitos o formas mínimas legales– es deber del juzgador verificar que dichas cortapisas sean respetadas para los efectos de otorgar legitimidad a la privación de libertad.

Es en el contexto recién señalado que surge el artículo 142 inciso tercero del *Código Procesal Penal*, disposición que no solo armoniza con el espíritu que imprime el citado estatuto jurídico en cuanto a resguardar las garantías fundamentales de todos quienes intervienen en el proceso, sino que, además, reguló los presupuestos de validez para discutir y eventualmente, imponer la prisión preventiva. Es así como el aludido inciso exige, como requisito de validez, la presencia del imputado en la audiencia en que se solicite la aplicación de la citada cautelar, de suerte tal que su inobservancia –como ocurre con la prisión preventiva dispuesta en ausencia– no solo constituye una fórmula desapegada a los principios básicos que inspiran el *Código Procesal Penal*, sino que, también, emerge como un vicio procesal susceptible de ser reparado –oficiosamente– vía nulidad.

Sostenemos que en lo relativo el momento procesal –para impetrar la cautelar– de acuerdo con la regulación contenida en el inciso cuarto parte final del artículo 141 del *CPP*, no debe determinarse sobre la base de una interpretación meramente literal del texto, ni menos concebirlo como una manifestación de especialidad. Por el contrario, se trata de una norma desprovista de contenido, además de estar aislada normativa y axiológicamente del *Código Procesal Penal*, factores todos que llevan a inferir que la referencia obedece a un error de redacción provocado por la inclusión de una desafortunada mención.

En paralelo, destacamos la importancia del inciso tercero del artículo 142 del *CPP*, por tratarse de una regulación general carente de excepciones, a lo que debe agregarse su estampa de regla procesal de legitimidad, insoslayable al instante de debatir y resolver sobre la imposición de la prisión preventiva del encausado.

En ese escenario, no cabe duda que la relevancia del artículo 142 inciso tercero del *CPP*, hace prevalecer ese texto por sobre cualquier otra

disposición que incida en la prisión preventiva. Por tal razón, postulamos la presencia del imputado y su defensor como requisito *sine qua non* para cualquier hipótesis en que se requiera la imposición de la cautelar, desestimando la posibilidad de decretarla en ausencia.

Como colofón a lo razonado, pregonamos –como fórmula procesal idónea a aplicar frente a la incomparecencia del acusado a la audiencia de juicio oral–, que se despache de la correspondiente orden de detención y luego, en la audiencia de control de la aprehensión, abrir debate respecto a la causal especial de prisión preventiva consignada en el artículo 141 inciso cuarto, parte final del *Código Procedimental*.

Con todo, admitiendo que la jurisprudencia nacional se ha mostrado dividida en cuanto a dar primacía al artículo 142, por sobre el 141 inciso cuarto parte final, se proponen como soluciones atenuadas o eclécticas (dirigidas a mitigar los efectos perniciosos de la prisión preventiva dispuesta en ausencia), la revisión oficiosa de la cautelar, en la audiencia de control de detención del acusado, justificando la intervención en la cautela de garantías (art. 10 del CPP) o, bien, intentar una salida más audaz, cimentada en la declaración oficiosa de nulidad de la prisión preventiva en ausencia (en la audiencia de control de detención), al alero de lo consignado en los artículos 160 y 163 del *Código Procedimental*, para luego, inmediatamente, abrir debate sobre su procedencia, esta vez con la asistencia del imputado, con lo que se cumple a cabalidad el mandato previsto en el inciso tercero del *Código Procesal Penal*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CHIOVENDA, Giuseppe (2005): *Instituciones de derecho procesal civil* (Buenos Aires, Valletta Ediciones).
- COUTURE, Eduardo (2010): *Estudios de derecho procesal civil. Vol. III. El juez, las partes y el proceso* (Buenos Aires, Editorial Thomson Reuters,).
- DUCE JULIO, Mauricio y Cristián RIEGO RAMÍREZ (2007): *Proceso penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FERRER, Jordi (2012): “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en José Juan Moreso, y José Luis Martí (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010* (Madrid, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales).
- HORVITZ LENNON, María Inés y Julián LÓPEZ MASLE (2005): *Derecho procesal penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LIEBMAN, Enrico Tullio (1946): *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada* (Buenos Aires, Ediar. S.A. Editores,).

- MATURANA MIQUEL, Cristián y Raúl MONTERO LÓPEZ (2010): *Derecho procesal penal* (Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing), tomo I.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2017): *Derecho procesal III. Proceso penal* (España, Ediciones Marcial Pons).
- ROXIN, Claus (2000): *Derecho procesal penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto).
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2003): *Filosofía del derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- TARUFFO, Michele, IBAÑEZ, Perfecto y Alfonso CANDAU PÉREZ (2009): “Motivar qué, cómo y para qué”, en *Consideraciones sobre la prueba judicial* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).
- VALENZUELA SALDÍAS, Jonatan (2017): *Hechos, pena y proceso. Ensayo sobre racionalidad y prueba en el derecho procesal penal chileno* (Santiago, Rubicón Editores).

APLICACIÓN DE LOS TÓPICA A LAS DECISIONES JUDICIALES

APPLYING TÓPICA TO JUDICIAL DECISIONS

*Santiago Zárate G.**

RESUMEN: El presente trabajo trata de cómo la tópica, parte del ‘Ars Rethorica’ de Cicerón, puede servir como una herramienta jurídica útil para resolver casos sometidos a la decisión de los tribunales de justicia, cuestión que entendemos, ya ha sucedido sin la conciencia del uso de este arte, sino con una mirada centrada en la utilización de aforismos cuyo contenido proviene de otro *locus* jurídico, por ejemplo, del *Digesto*. Observamos que el uso de estas expresiones proviene de una concepción muy reducida de la tópica desarrollada primero por Aristóteles en su *Lógica*, luego por Cicerón, y retomado posteriormente por Theodor Viehweg en 1953, y agotado en nuestro tiempo por Juan Antonio García Amado.

PALABRAS CLAVES: Tópica - Rethorica - Juicios - Sentencias.

ABSTRACT: The present work deals with how the Topic, part of the ‘Ars Rethorica’ of Cicero, can serve as a useful legal tool to solve cases submitted to the decision of the courts of justice, an issue that we understand has already happened without the awareness of the use of This art, but with a focus on the use of aphorisms whose content comes from another legal locus, for example, the Digest. We observe that the use of these expressions comes from a very reduced conception of Topical developed first by Aristotle in his Logic, then by Cicero, and later taken up by Theodor Viehweg in 1953, and exhausted in our time by Juan Antonio Garcia Amado.

KEY WORDS: Topica – Rethorica – Judgments - Sentences.

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; docente jornada de la Universidad Central de Chile; docente hora de la Universidad del Desarrollo. Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Lord Cochrane 417 A, Santiago de Chile. Correo electrónico: santiago.zarate@ucentral.cl y s.zarate@udd.cl

INTRODUCCIÓN

Ya en la antigüedad clásica, Aristóteles¹ señaló que el objeto de su estudio de los tópicos, era encontrar un método a partir del cual pudiéramos razonar sobre todo problema que se nos propusiera, a partir de cosas plausibles, aludiendo a proposiciones dialécticas y también retóricas². En ese sentido, podemos decir que los tópicos se nos presentan como especies de recursos dialécticos (o retóricos) que ayudaban a fundar y mantener una posición determinada frente a un auditorio³, esto último debido a la marcada influencia que la práctica del debate público tenía entre los griegos⁴.

Se entiende, por tanto, que la tópicos se considere como una *techné* por el Estagirita, al enunciar el tratamiento que hará de ella en su libro homónimo⁵. Así expuesto, consintamos en que la atención hacia la temática de la argumentación⁶, propia de las tendencias modernas posteriores a Theodor Viehweg (quien resucita esta olvidada técnica), devela la necesidad, creciente hoy, de motivar las decisiones, sobre todo cuando ellas provienen de la judicatura. De esa forma, y gracias a los estudios realizados por el autor alemán en relación con los tópicos⁷, se han conformado hoy estas teorías sobre la argumentación jurídica.

El elemento central del planteamiento del autor germano, lo encontramos en la noción de *aporía*⁸. En efecto, Theodor Viehweg habla de la existencia de un problema cuya manifestación práctica se da en la búsqueda de argumentos o recursos que apoyen una determinada decisión. Esos recursos provienen, a su turno y en su mayoría, de puntos de vista aceptados por todos, o por los más famosos o por los más sabios, y que, por consiguiente, contienen un núcleo de conocimiento humano condensado en siglos de evolución. Sirven ellos para reforzar una idea planteada en un debate, lo que redundará en la necesidad de distinguirlos de otros argumentos, que, si bien también sirven al propósito de la discusión, sin embargo, se inclinan más hacia el convencimiento de un foro o auditorio⁹ y, a veces, en su faceta más extrema, a vencer al contrincante en el debate mismo. Lo anterior, se corresponde con el campo del *Ars Rethorica*, por lo que, en los términos en-

¹ ARISTÓTELES (1982), p. 89.

² *Op. cit.*, p. 105.

³ PERELMAN (1979), p. 141.

⁴ GARCÍA (1988), p. 45.

⁵ ARISTÓTELES (1982), pp. 89-90.

⁶ GARCÍA (1988), p. 312 y ss.

⁷ VIEHWEG (1968), pp. 48-49.

⁸ *Op. cit.*, p. 49.

⁹ PERELMAN (1979), p. 141.

tendidos por el propio Cicerón¹⁰, en su opúsculo dirigido a Cayo Trebacio, la tópica es una técnica aplicable tanto al debate o discusión indefinida de cuestiones –dialéctica–, como a aquella que busca convencer o persuadir al adversario –retórica–.

En el debate, se pueden alcanzar solo verdades plausibles o probables, no apodícticas, sin embargo. Los argumentos apuntan a la tópica que, en ese especial sentido, viene a ser el lugar (*locus*) de donde se extraen esos argumentos¹¹.

¿Con qué alcance, entonces, podemos entender que se de esta utilización por parte de estas formas de razonamiento práctico (dialéctica y retórica), si no es posicionando a la tópica como una *techné* más?

A nuestra manera de ver, la tópica ocupa un lugar junto a estas técnicas del entendimiento práctico¹², proposición que puede distar un poco del pensamiento de algunos autores. Lejos se encuentra el tiempo en que la enseñanza de las personas pasaba por el aprendizaje de estas técnicas discursivas, las que al caer en el olvido, fueron radicalmente extirpadas del sistema educativo a comienzos del siglo XX.

El *trivium* como se le denominaba, incluía entre sus materias a la dialéctica, pero no así a la retórica ni a la tópica, porque tal vez se entendía a estas últimas como cuestiones prácticas y no como un método destinado a obtener una verdad necesaria o básica como sí ocurre en otras formas de conocimiento analítico, como la lógica¹³. Esto permite, a su vez, explicar por qué el tratamiento de ella se hace al final de la obra aristotélica, después de los textos analíticos y, por cierto, antes de los argumentos sofísticos¹⁴. De hecho, si bien la estructura del *Órganon* nos viene dado por la tradición helenística posterior al Estagirita (pasando por peripatéticos¹⁵ y estoicos¹⁶), llama la atención que el orden de los libros dé la impresión de que se ubicaron intencionalmente, desde aquello más analítico (la lógica) y, por tanto, en algún sentido, más cerebral, más complejo; hasta aquello de orden más práctico, no por ello menos importante.

¹⁰ CICERÓN (1879-1919), pp. 187-205.

¹¹ *Op. cit.*, p. 188.

¹² En el mismo sentido EVANS (1999), p. 28.

¹³ VIEHWEG (1968), p. 79.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 33.

¹⁵ Con este nombre derivado del griego, se conoce a los discípulos de Aristóteles, quienes le sucedieron en su método de enseñanza. El nombre proviene de la palabra *peripatein* que significa caminar en griego, lo cual apunta al método seguido por el Estagirita para enseñar (el *Lycé*).

¹⁶ La escuela estoica debe su nombre a la *estoa*, palabra griega que refiere a una puerta o pórtico de columnas decoradas por Polignoto, el famoso arquitecto. Se dice que incluso Marco Tulio Cicerón pudo haber pertenecido a esta escuela, lo cual no ha sido comprobado. Lo que sí es muy probable es que este pensamiento pasara al Cristianismo que tomó esas enseñanzas como propias.

En consecuencia, pensamos que tanto la dialéctica como la retórica –y también la rópica–, se pueden considerar como técnicas que se encuadran dentro de la noción de entendimiento práctico¹⁷.

Ahora bien, la necesidad de motivar las decisiones se nos presenta como una especie de requerimiento del intelecto práctico, pero que no alcanza por sí sola para dar solución más o menos adecuada a un caso concreto, que, amén de lo dicho, necesita de cierto nivel de aceptación por el grupo, pues se trata solo de un aspecto de esa solución que puede perfectamente contener errores, los que, en muchos casos, pueden inducir al juez a aplicar una norma, en forma inadecuada.

Es decir, puede el juez verse enfrentado a todo un estado de necesidad que signifique fundar su decisión tomando como único argumento la ley, lo que, si bien pudiere representar una salida a la presión ejercida sobre él, no hace que ella –la decisión– sea justa *per se*, sino que, por el contrario, solo y superficialmente, ajustada a la ley, que es el aspecto que en última instancia parece primar.

Tal vez sea en los sentidos expresados, que se encuentre la razón para estimar que la motivación de las decisiones no sea considerada una cuestión de relevancia capital, pues lo que realmente importa es encontrar una solución adecuada al problema concreto planteado y, por lo demás, “justa, aquí y ahora”¹⁸.

En la hipótesis planteada, si tomamos a la ley como argumento¹⁹, no podemos sugerir aplicarla tomando solo en consideración sus palabras o los términos en que ella se expresa, por cuanto dejamos fuera del análisis su sentido, que es, en definitiva, el rasgo más significativo y que le otorga contenido y validez a la misma. Esto, porque para algunas posturas teóricas, como aquella del Positivismo, los órganos legislativos se encuentran predeterminados (o determinados con antelación, si se quiere), solo a la creación de normas a partir del cumplimiento o adecuación a aspectos formales en su elaboración, sin que por ello pueda tildárselas de injustas o inválidas *a priori*, en tanto y en cuanto, han seguido el proceso de formación descrito en la Constitución.

Sin embargo, a la hora de darle contenido a esa norma, nos encontramos con que es otra regla, de mayor categoría en la estructura jerárquica del

¹⁷ VIEHWEG (1968), p. 53.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 128.

¹⁹ GUZMÁN (2000), p. 398. Indica: “para la retórica, pues, las leyes eran un argumento más, que quedaba a disposición del orador y del que hacía uso discrecional según las conveniencias de sus causas”.

ordenamiento, aquella destinada a dárselo²⁰. Esa norma, según Hns Kelsen, puede ser la Constitución. En tal predicamento, no tiene importancia crear normas vacías o sin contenido, pues este se lo da una regla superior.

Pero ¿y si la norma superior es tan vacía, vaga o ambigua, incluso, que la norma inferior a la cual la primera refuerza? ¿Se puede asegurar que esa norma superior vaya a otorgarle contenido y validez a la norma inferior que de suyo ya es vacía? Pensamos que ello no es posible. *V.gr.*, observemos un poco nuestra Constitución, que en 1980 fue el fruto de un arduo trabajo y deliberación al interior de una comisión creada especialmente para ese cometido (Comisión Ortúzar), sin embargo, de lo cual existe hoy consenso en estimar que la misma carece de legitimidad. Se respeta, evidentemente, pero su legitimidad no existe en cuanto contenido²¹, rasgo que, a su turno, se lo otorga el propio órgano que le dio vida –una comisión–, y que resulta ser, en definitiva, la causa eficiente de toda otra norma emanada del mismo y singular órgano.

Consensuemos en que la potestad legislativa natural, por así llamarla, solo la tiene el Congreso Nacional (o Parlamento). De esa forma, parece del todo apropiada la pretensión de estimar que nuestra Carta Fundamental es una regla vacía desde la perspectiva de su legitimidad. No obstante, Hans Kelsen extrae del propio sistema, una norma que le da equilibrio y coherencia al edificio jurídico: la norma hipotética fundamental, que, en el caso de nuestra Carta Constitucional vendría a ser el bando n.º 1 de fecha 11 de septiembre de 1973. Pero, y hacemos la prevención, ello podrá o no ser así, dependiendo de que la misma sea, a su turno, válida y legítima²².

Pensamos que la tópica, en el sentido anotado, puede informar a las instituciones jurídicas, sea con la finalidad de fundamentar una posición frente a un tribunal de justicia (que es el tema que nos ocupa en este trabajo), sea haciendo entender a los operadores del derecho, que el ordenamiento jurídico permite la aplicación legítima de nociones, brocardos, apotegmas, principios, aforismos, adagios o meros puntos de vista universalmente aceptados, por todos, por algunos, por los más sabios o por los más conocidos y reputados²³.

De esta manera, coincidimos con Theodor Viehweg –citado por Juan A. García Amado en su libro²⁴– en que los tópicos pueden ser entendidos

²⁰ KELSEN (1994), pp. 163-164.

²¹ Durante la Colonia en Chile, los criollos al recibir una nueva norma emanada del Rey y la misma ser considerada injusta, se colocaba en la cabeza y se expresaba: “se acata, pero no se cumple”.

²² Desafortunadamente, esa norma supuesta puede ser una regla inferior, lo cual nos hace cuestionarnos su legitimidad y validez.

²³ ARISTÓTELES (1982), p. 90.

²⁴ GARCÍA (1988), p. 123.

desde una perspectiva pragmática, y que pueden, por ende, “ayudar a una mejor comprensión y aplicación de las normas, al imponerse en la vida cotidiana”²⁵, como un elemento esperanzador, a través, por ejemplo, del lenguaje. En definitiva, esa comprensión que el sujeto logre de las mismas, –a partir de la propia ley, del lenguaje, o del saber humano condensado en ellos–, puede determinar que él, y el grupo al cual pertenece, cumpla con el imperativo a que obliga la convivencia humana, todo lo cual amerita y respalda el esfuerzo desplegado por los autores que han teorizado a su respecto.

Pues bien, en nuestro país, receptor de gran parte del derecho romano, plasmado en textos jurídicos como el *Corpus Iuris Civilis*, y transmitido a nosotros por la legislación española de los siglos XV al XIX en *Las Partidas* del Rey Sabio, y otros ordenamientos de *Ius Commune*; resulta legítimo preguntarse: ¿se encuentran rastros o indicios del uso de elementos tópicos en las decisiones de nuestros tribunales superiores de justicia? Y en ese evento, ¿ha aplicado nuestra judicatura apotegmas jurídicos de contenido tópico en sus decisiones o sentencias?

Pensamos que sí, y ello por varias razones que se verifican, no necesariamente desde la perspectiva del saber jurídico romano, a que hemos aludido, sino que a partir del estudio que de la lógica –no como la conocemos hoy, sino como analítica en la obra de Aristóteles–; ya de la dialéctica; ya de la retórica y, por supuesto, de la tópica.

No podemos olvidar que ese influjo cognoscitivo fue también, en mayor o en menor medida, un elemento generador de los acontecimientos independentistas americanos de principios del siglo XIX, en contra de la Corona (o de las Casas Europeas²⁶), de las cuales nuestros países eran consideradas colonias.

Una vez constituida la República, y cesado las guerras de separación entre la Corona y sus colonias; los hijos del nuevo orden fueron enviados al viejo continente a proseguir estudios (Francia e Inglaterra, preferentemente), lugares estos donde se alimentaron de este saber universal enseñado en las aulas de sus antiguos y prestigiosos centros universitarios, y acercándonos, en consecuencia al mismo, que a su debido tiempo influiría en el desarrollo de las instituciones jurídicas más notables de América y, por supuesto, de nuestro país.

Al respecto, nótese que Andrés Bello López, redactor del *Código Civil* chileno, estudió para ese entonces los textos jurídicos más importantes de su época, incluyendo aquellos cuerpos normativos del derecho romano, de

²⁵ HASSEMER (2003), p. 13.

²⁶ Entendida esta expresión como referida a las monarquías europeas como la inglesa, francesa, alemana, rusa, y, muy especialmente, la española.

modo que esa circunstancia benefició e inyectó de sapiencia a nuestros jóvenes e incipientes jurisprudentes²⁷.

Por lo tanto, es de toda evidencia, que ese conocimiento condensado del saber humano, en su más amplia expresión, arribó a nuestras tierras y ha sido, desde entonces, una fuente permanente de recursos estimulantes o de concreción de los modos de pensar propios, los que, sin embargo, no presentar muchas diferencias con aquellos desarrollados en otras partes de América o de Europa; han permitido el fomento de formas propias de decidir a partir quizá de un ideal nacionalista exacerbado.

Es cierto que muchas formas o modos de pensamiento 'nacional' son, por decirlo de alguna manera, especiales y, por ende, inaplicables en otros lugares distintos de nuestro país, cuestión que plantea una necesidad urgente de llegar a consensos que permitan aplicar algunos *locus communis* a decisiones políticas, económicas o jurídicas, con la finalidad última de ser consideradas adecuadas, y equitativas, si se quiere, por el resto del cuerpo social.

En ese entendido, pensamos que la jurisprudencia judicial de nuestros tribunales superiores ha logrado sostener decisiones fundadas en esos lugares comunes, los que, provenientes de ese saber universal condensado y transmitido a una realidad como la nuestra, se manifiestan en argumentos o recursos, a favor o en contra de una posición determinada, y que consensuados entre los intervinientes, los más sabios o famosos, o por todos o por algunos²⁸; logran no solo dar una solución a un problema de naturaleza jurídica concreta sino que permiten alcanzar la añorada paz social.

Centraremos, en consecuencia, nuestro análisis en la labor jurisprudencial aplicada a casos concretos del ámbito civil chileno, referidos a la temática de las obligaciones y contratos, elegidas al azar, contenidas en el libro IV del *Código Civil* (en adelante también CC), y a la aplicación de algunos recursos o argumentos de origen tópico, encaminados a motivar las sentencias y dar solución a casos concretos de la vida cotidiana, con autoridad de cosa juzgada, preferentemente de nuestros tribunales superiores de justicia, esto es, de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, conociendo esta última, del recurso de casación en el fondo.

²⁷ Véase POTHIER (1993), p. 83. Andrés Bello se habría basado en este texto del jurista francés para guiar sus pasos en la redacción del libro IV de nuestro *Código Civil*, cuestión que se manifiesta, por ejemplo, en las reglas sobre interpretación de los contratos (pp. 60-65).

²⁸ ARISTÓTELES (1982), p. 105.

1. ANÁLISIS DE ALGUNAS SENTENCIAS EN LAS CUALES SE HA APLICADO LA TÓPICA COMO NORMA DECISORIA *LITIS*

1.1. A propósito de un recurso de casación en el fondo, pensamos que nuestra E. Corte Suprema aplicó el apotegma del *género*, el cual refiere en esta materia a ciertas obligaciones referidas a un individuo indeterminado de un género determinado. Dicha sentencia²⁹ expone lo siguiente en aquella parte dedicada a la doctrina: “El género está formado por cosas que en esencia no acusan diferencia alguna”³⁰. En sus tópicos, Aristóteles señala que “el género se predica de todas las cosas que caen bajo la misma especie”, por lo que la aseveración de la Corte nos parece acorde al texto del brocardo³¹.

Si observamos bien la redacción de los considerandos, los ministros comenzaron por expresar su parecer basado en lo dispuesto en el artículo 1508 del *Código Civil* (primer argumento: la ley). Sin embargo, y a poco andar, estiman que lo que realmente debe aplicarse al caso y, por cierto, motivar la decisión, no es el apego irrestricto al texto de la ley, sino a la aplicación de la noción de género, que resulta ser un tópico.

Señala la sentencia en otro de sus considerandos:

“En el caso resuelto, la obligación del vendedor no era de género, porque consistía en la entrega de ciertos quintales de trigo ‘capelli’, de la cosecha del fundo del vendedor. No se adeudaba cierto número de quintales de trigo, sino de una especie de trigo. No se trataba de 500 quintales de trigo ‘capelli’, sino de la cosecha del vendedor”³².

A pesar de lo expuesto acerca de las obligaciones de género en el artículo 1508 del CC, el fallo se funda en un tópico que la ley replica en la norma citada.

Al respecto, señala el artículo 1508: “obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado”. No obstante, si bien el apotegma es el género, su aplicación se hace *a contrario*. O sea, se parte por señalar que el asunto plantea una dicotomía entre el género y la especie. Por ello, y a continuación, se argumenta en relación con la noción de especie en la sentencia, analizándose el caso desde esa óptica: desde el género, pero *a contrario*³³. Esto que parece poco claro en una primera lectura, admite una segunda mirada basada en la

²⁹ CORTE SUPREMA (1954), p. 265.

³⁰ *Ibid.*

³¹ ARISTÓTELES (1982), p. 161.

³² CORTE SUPREMA (1954).

³³ PERELMAN (1979), p. 78.

posibilidad de analizar cada tópico en una doble dimensión a partir de otro brocardo. Esto es, que se puede decir que algo pertenece al género y argumentar en esa línea que la solución debe ajustarse a esa noción, que además es replicada por la ley. El argumento resultante, debe, entonces, referirse a la noción de especie.

Esto puede comprenderse revisando lo que el propio *Digesto* señala al respecto en *D.* 50, 17, 80 (Pap., 33 quaest.): “In toto iure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est” (En todo el Derecho, la especie deroga al género, y prevalece siempre lo que está dirigido a la especie)³⁴.

De esta forma, queda claro que el brocardo ha sido extraído del *Digesto* y aplicado, luego, al caso concreto de manera tal de decidir la cuestión controvertida conforme a una regla de invariabilidad de más de mil años. Dese cuenta el lector que para fundar el fallo, la Corte ha invocado la ley, pero el contenido de la misma se encuentra en otro lugar jurídico mucho más antiguo. La decisión es entonces *a contrario*, pues se termina por aplicar a través del concepto de especie, más que del de género.

1.2. En otro caso³⁵, la Corte de Apelaciones de Chillán aplicó el tópico de lo accesorio, a partir del aforismo jurídico *accessorium sequitur principale* (lo accesorio sigue a lo principal). La noción de *lo accesorio*, se adecua, en este caso, a la figura de un tópico en los términos estudiados.

En efecto, existen actos del hombre que poseen una dependencia respecto de otros actos que, por un lado, sirven de motivación o de razón de ser³⁶ al mismo y, por otro, producen el efecto o resultado de extinguirse consecuentemente al acto del cual dependen, estructural como funcionalmente³⁷. De ahí que la accesoriedad sea comprendida como una relación de dependencia, por lo que pensamos que habría que buscar el argumento que subyace a ella.

En el caso expuesto en la sentencia, se sostiene como norma *decisoria litis* que si el acto principal es nulo (una promesa de contrato); lo es también la cláusula penal contenida en ella. Desde la perspectiva de lo accesorio, debemos consentir en que si la cláusula penal es un elemento o cosa accidental del acto (artículo 1444 del CC), la conclusión inevitable del entimema es que esta –la cláusula penal– debe verse afectada también por el vicio de nulidad que concierne a la promesa (acto principal).

³⁴ GUZMÁN (2000), apéndice II, p. 330.

³⁵ CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN (1948), p. 79.

³⁶ SOMARRIVA (1984), p. 27.

³⁷ Debemos entender excluidas del planteamiento señalado, a las falacias de la *composición y post hoc ergo propter hoc*, referidas a la causalidad.

Pensamos que ello resulta así, desde que la relación de dependencia que existe entre ambos actos, es determinante. Es decir, la accesoriedad de una cláusula penal implica la dependencia de ella al acto al cual accede, lo que se explica por el tratamiento que le da a la misma el artículo 46 del CC.

En definitiva, si se estima que la cláusula penal es accesorio en el sentido de caución, la misma, entonces, depende en su existencia y en su subsistencia, de lo que suceda con la promesa.

Así, si la promesa deja de producir efectos jurídicos, la cláusula penal necesariamente dejará de producirlos también.

Por ello, es posible que la temática planteada pueda ser analizada desde la perspectiva de la causa y del efecto, o sea, desde el principio de la causalidad presente en el acto. Si conviniéramos en que la cláusula penal fuere independiente, no podríamos aplicar el brocardo en toda su extensión. Pero si entre la promesa y la cláusula penal se diere una relación de causa a efecto (una relación de causalidad), podemos sostener que si la primera es causa de la segunda, y esta es efecto de la primera, la promesa debiera ser causa de la segunda. En ese evento, entonces, es posible sostener que siendo nula la promesa, lo será también la cláusula penal, ya que es su efecto. Es decir, si la promesa no produjo efecto, la cláusula penal, tampoco.

Esta operación podría despejar las dudas concernientes al tratamiento de caución que le otorga la ley a la cláusula penal, que dicho sea de paso, se ubica en el CC a propósito de la compraventa, en el párrafo destinado a los demás pactos que se pueden acordar en dicho contrato, por lo que no se advierte en qué pueda el tratamiento tópico, obstruir su entendimiento en relación con el acto al que accede. Esto, por cuanto si la ley no le diera ese trato, podríamos aplicar el aforismo jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

1.3. En otro fallo, emanado, esta vez de la Corte Suprema, se da una importante discusión entre la noción de culpa lata y la de dolo, respecto de su equivalencia o asimilación³⁸.

Según la doctrina, esta asimilación entre culpa lata y dolo, provendría de lo que Robert Pothier³⁹, autor que alude a dichas instituciones jurídicas en su *Tratado de las obligaciones* de 1824, y que, por su parte, y debido a lo anterior, Andrés Bello al estudiarlas y redactar el proyecto de *Código Civil*, las habría incluido en la definición que se da de la culpa lata en el inciso 2º del artículo 44⁴⁰, que resulta ser del siguiente tenor:

³⁸ CORTE SUPREMA (1920), p. 415.

³⁹ POTHIER (1993), p. 83.

⁴⁰ SOMARRIVA (1984), p. 42.

“culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo”.

La verdad es que Robert Pothier trata en su obra de la teoría tripartita de la culpa en la parte final del texto citado (*Observación general sobre el precedente tratado y sobre los siguientes*)⁴¹, a propósito de lo que M. Lebrun⁴² expone como crítica a esta doctrina en una disertación publicada en 1764 que trata de la denominada prestación de las faltas (culpa), lo que motiva la inserción al final del tratado de Robert Pothier de esta observación general, a fin de explayarse respecto de su idea de división de la culpa.

Sabemos, por otra parte, que esta división tripartita de la culpa no tiene su raíz en el derecho romano, propiamente, sino en la adecuación que los compiladores del *Digesto* habrían hecho del texto latino con el objetivo de darle cabida a la teoría del interés o de la utilidad en los negocios jurídicos, ampliando esa noción y agregando a los conceptos de culpa leve *in abstracto* y culpa leve *in concreto*, la mencionada culpa levisima⁴³. De hecho, los romanos solo conocían la culpa lata o grave y la leve, en las dos dimensiones señaladas, mas no así, la culpa levisima⁴⁴. De hecho, Hans-Joachim Hoffmann señala que la única referencia que aparece en los textos romanos es *Ulp. D. 9, 2, 44 pr. (in lege Aquilia et levissima culpa venit)*, que es un fragmento referido no a la responsabilidad contractual, sino a la aquiliana⁴⁵.

La mención que hace Robert Pothier en su obra, es obtenido a partir de lo que aparece en el *Digesto*, texto en que puede encontrarse, aparentemente, una vinculación entre la tripartición de la culpa y la teoría de la utilidad, en referencia al contrato de comodato⁴⁶. Por ello, para aplicar la teoría del interés o de la utilidad, se debe distinguir si el contrato beneficia a una de

⁴¹ POTHIER (1993), p. 553.

⁴² *Op. cit.*, p. 555. En el segundo párrafo de este texto, el autor hace mención a M. Lebrun como un “abogado del Parlamento de Paris” [sic], institución que se refiere al *Antiguo Régimen* [sic], previo a la Revolución francesa, órgano que fue también criticado por diversos autores de la época, entre ellos Denis Diderot y Voltaire, a causa de la censura y las prácticas ilegales que llevaban a cabo. También RODRÍGUEZ-ROSADO (2014), p. 178.

⁴³ ALESSANDRI (1988), p. 88.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ HOFFMANN (1968), p. 14 y ss. También KASER (1971), p. 352 y ss. Hay otra edición de 1975. ÉL MISMO *Derecho Romano Privado* (2ª edición, 1982); MAGANZANI (2006), pp. 7-10.

⁴⁶ *D. 5, 2 De Commodat*, citado por Robert Pothier en su *Tratado de las obligaciones* ya mencionado. Según trad. del prof. M. C. de Las Cuevas (p. 8), la verdadera alusión de Robert Pothier al *Digesto* es 13, 6, 5, Ulpiano, libro XXVIII, *Ad Edictum*, p. 738, en KRIEGLER, HERMANN Y OSSENBRÜGGEN (1889).

las partes (acreedor o deudor), o, si beneficia a ambas. En una nota del editor al tratado de Robert Pothier advierte justamente de este problema, cuando el autor incorpora estos comentarios en sus referencias al *Digesto*, como si las mismas hubieren sido extraídas de la fuente directamente, cuestión que al parecer, no es así⁴⁷.

Ahora bien, la sentencia analizada se basa en la equivalencia de las nociones de culpa lata o grave y dolo, por lo que podría entenderse que la Corte Suprema persiguió con ello argumentar a partir del apotegma *a simile* y de esa manera, respaldar su decisión. Si bien la sentencia se pronuncia respecto de esa equivalencia, se inclina finalmente por la falta de prueba de una y otra, evidenciando de paso un desconocimiento de ambas instituciones⁴⁸. Es decir, la Corte estimó que, si bien es la ley la que equipara la culpa lata al dolo, ello no significa que la primera deba probarse de la misma forma o manera, o por los mismos medios, si se quiere, que el segundo. De hecho, René Abeliuk⁴⁹ sostiene que la culpa grave al igual que el dolo, en materia contractual, no se presume y que, por ende, debe probarse.

Apartándose de este predicamento, Arturo Alessandri Rodríguez alude a que los efectos de ambas instituciones⁵⁰ serían idénticos, no así sus conceptos.

Por su parte, Luis Claro Solar adhiere a la misma postura en un artículo en que comenta una sentencia de la Corte Suprema, pero poniendo énfasis en que el tratamiento de equiparación entre la culpa y el dolo⁵¹ se ve reflejado en el ámbito de la prueba, manteniendo, no obstante, su posición respecto de los efectos de ambas que también observamos en Arturo Alessandri R.

Sin embargo, nos parece que la postura de la Corte no es la correcta, ya que, en realidad, no se cumple en la revisión del pleito en función de *decisoria litis*. Con ello, debemos entender que la prueba no es primera opción en el análisis judicial, el que resulta ser, en tal sentido, muy pobre.

Lo que procede analizar en el caso es si la fundamentación *decisoria litis* puede aplicarse desde la perspectiva del tópico *a simile* o desde la del

⁴⁷ ALESSANDRI (1988), p. 88. Se hace referencia directa a los escolásticos y jurisperitos de la Edad Media en los siguientes términos: "No conocieron los romanos la culpa levisima. Pero en la Edad Media los escolásticos y los jurisperitos, amigos de distingos y sutilizas, creyeron encontrarla en una mala interpretación de los textos romanos" [sic].

⁴⁸ JOSSERAND (2008), p. 382. El autor señala que tal equivalencia es de dudoso origen romano y que se trataría de interpolaciones hechas por los compiladores del *Digesto*.

⁴⁹ ABELIUK (2008), p. 824.

⁵⁰ ALESSANDRI (1988), p. 95.

⁵¹ CLARO (1920), pp. 415-428.

argumento *a pari*⁵². En efecto, como la igualdad es la identidad en todo sentido, debemos advertir que la diferencia entre ambos argumentos radica en si sus relaciones son, o no, transitivas, asimétricas y reflexivas⁵³.

En tal sentido, nuestro caso responde más a la construcción argumentativa *a pari*, pues se trata de una relación de equivalencia entre dos nociones o institutos jurídicos: la culpa y el dolo, esto es, por ejemplo, cuando se señala que la culpa grave o lata equivale al dolo. Podemos atender, de esta manera, a lo que el propio Aristóteles pretendió cuando otorgó varios significados a *lo idéntico* (número, especie y género), impidiendo de alguna forma que temas como el presente pudieren obnubilar los sentidos⁵⁴.

Por su parte, el argumento *a simile* posee otras variantes de aquella referida a la identidad de conceptos⁵⁵. Esto ocurre, por ejemplo, con la división tripartita de la culpa, pues se comienza, en cada caso, desde lo general hasta lo particular en cada caso, o sea, desde la noción general de culpa hasta su graduación en levísima, leve y lata. En ese sentido, el argumento puede implicar una similitud de objeto, de concepto, de sujeto o de circunstancias (o accidentes), de lo que colegimos, por consiguiente, que la aplicación del tópico en esta faceta puede conducirnos a conclusiones equívocas.

Como señala José Luis Villar Palasi: “si hay una identidad de ratio [de razón] para supuestos diferentes, tiene que haber una misma disciplina normativa”, con lo cual hace posible la *extensio a similia*, y con ello, la imposibilidad de aplicación del argumento. Por ello también se confunde a este apotegma con el argumento *a pari*, como ya dijimos. En este último caso, más cercano al concepto de ficción (*fictio ex aequitate*).

La sentencia lo que hace es partir de una premisa falsa, equiparando algo que de suyo no es equiparable y, de esa forma, arribar a una conclusión también falsa. Para ello se sirve del texto de la ley, que define expresamente la culpa en el artículo 44 del CC que, además, divide la misma en tres tipos⁵⁶.

Sin embargo, creemos que no existe similitud entre la culpa y el dolo –en el sentido ya anotado de equivalencia, ni tampoco en el de identidad–, ya que el sentido de la norma es otro y diverso del conocido, lo cual no es, en caso alguno, atribuible a Robert Pothier. En la medida señalada, y siguiendo a Manuel Somarriva⁵⁷, el artículo 44 no hace distinciones, sino que equipara

⁵² VILLAR (1975), p. 229.

⁵³ *Op. cit.*, pp. 226-231.

⁵⁴ ARISTÓTELES (1982), pp. 99-101.

⁵⁵ VILLAR (1975), pp. 187-190.

⁵⁶ Dice el aforismo *Dura lex, sed lex* (la ley es dura, pero es la ley).

⁵⁷ SOMARRIVA (1984), p. 42.

en forma absoluta ambos conceptos. Por su lado, Arturo Alessandri R.⁵⁸, refiriéndose a esta identidad conceptual, señala que la similitud no se da en esa identidad, sino que en relación con los efectos de ambas, esto es, que tanto la culpa lata como el dolo producen los mismos efectos jurídicos, cuestión que no resulta ser tampoco de esa manera.

Creemos, por el contrario, que no existe posibilidad alguna de que se dé una identidad absoluta de conceptos ni una identidad de efectos. Esto proviene del mal entendimiento de las instituciones, por una parte, hecho que encuentra su fundamento en la inexistencia del concepto de culpa levísima en el derecho romano, y que, por otra, la conducta descrita en el inciso 2º del artículo 44, que define la culpa lata, puede ser incorporada perfectamente en las nociones de culpa leve *in concreto* y de culpa leve *in abstracto*, diferenciando en ambos casos de acuerdo con la teoría del interés, con el objetivo de reafirmar su contenido. Por esto, se comprende que las nociones de culpa lata y de dolo difieran no solo del rasgo de la identidad, sino, también, respecto de sus efectos⁵⁹.

Como corolario del entimema planteado, debemos consensuar, sin embargo, que las Cortes han aplicado el brocardo en estudio, equiparando las nociones estudiadas a partir de una identidad inexistente, quedando de manifiesto una laguna doctrinaria en torno al verdadero sentido de tal alegoría atribuida erróneamente a Robert Pothier, y que por espacio, no podemos hacernos cargo en este artículo⁶⁰.

1.4. Otra sentencia de la Corte Suprema⁶¹, sostiene que las nociones de daño emergente y de lucro cesante se contienen en la noción de perjuicio o daño, lo cual alude al tópico *a toto*, es decir, al todo y la parte⁶².

En el fallo se señala:

“la voz daños empleada en el artículo 928 del Código Civil, al referirse a la acción de despojo violento, está tomada en la acepción de perjuicios indicada por los artículos 926 y 1.556 del mismo Código y, artículo 173 (actual artículo 196) del Código de Procedimiento Civil (en adelante también CPC) y comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante”.

Es decir, a partir del significado atribuido a la palabra daño en la ley (en cuanto asimilada por nuestro *Código* al perjuicio), se centra la función *decisoria litis*

⁵⁸ ALESSANDRI (1988), p. 96.

⁵⁹ Véase SOMARRIVA (1984), p. 42. También ALESSANDRI (1988), p. 96, respecto de la culpa lata y del dolo como conceptos.

⁶⁰ Véase RODRÍGUEZ-ROSADO (2014), pp. 178-179.

⁶¹ CORTE SUPREMA (1919), p. 242.

⁶² GUZMÁN (2000), apéndice II, p. 331.

en entender que en dicha relación (daño igual perjuicio), se entiende comprendido tanto el daño emergente (perjuicio directo proveniente del hecho dañoso), como el lucro cesante (proveniente de la pérdida de una ventaja o beneficio futuro).

Aplicando el tópico *a toto*, podemos concluir que lo que el fallo busca fundar es la pertenencia de las nociones de daño emergente y de lucro cesante al macro concepto de daño o perjuicio que nuestro *Código* asimila.

Ahora bien, según el argumento *a toto*, la parte debe entenderse comprendida en el todo. En otras palabras, la parte se contiene en el todo, como, *v.gr.*, cuando se dice que entre el corazón y el cuerpo existe una relación entre el todo y la parte. Así, si el cuerpo es el todo, el corazón es la parte. En primer término, porque el corazón no puede subsistir por sí solo, y en segundo término, porque el cuerpo contiene otros órganos de igual o mayor importancia que aquel. De esta forma, se advierte que el todo tiene una estructura integradora de la parte, ya que no puede ser entendido, sino en razón de los órganos que lo componen. En cambio, el corazón, siendo parte, podría ir a dar a otro cuerpo (como en los trasplantes de órganos), y allí permanecer y funcionar adecuadamente, a pesar de encontrarse en otro cuerpo.

Bueno, esa relación (o familia semántica como se conoce en gramática), inicia desde un conocimiento contextual para alcanzar una consecuencia atribuible a la parte. O sea, para saber si algo pertenece al todo, es necesario, antes, conocer el todo. Por ello, si preguntamos, ¿a qué familia semántica pertenece el corazón humano –según el ejemplo–? Debemos consensuar en que el mismo pertenece al cuerpo humano. Siempre, entonces, en un determinado contexto.

De esa manera, podemos comprender que, en el caso que analizamos, ambos tipos de daños forman parte de un todo llamado daño o perjuicio. La aplicación del brocardo ha sido por ello correcto, pues debemos entender comprendidos dentro del concepto de daño a subconceptos como el daño emergente y el lucro cesante.

1.5. Por último, una sentencia de la Corte Suprema⁶³ argumenta su decisión a partir del tópico *a fortiori*.

Según este brocardo, se dice que quien tiene la facultad para hacer algo de mayor entidad, *v.gr.*, enajenar una cosa, tiene la misma posibilidad de hacer algo de menor entidad, *v.gr.*, arrendar una cosa, y se expresa generalmente como: quien puede lo más, puede lo menos⁶⁴.

⁶³ CORTE SUPREMA (1940), p. 535.

⁶⁴ GUZMÁN (2000), apéndice II, p. 332. Señala el autor que en el *Digesto*, el *loci a fortiori* aparece formulado de la siguiente forma: “Qui potest invitis alienare, multo magis et ignorantibus et absentibus potest” (el que puede enajenar contra la voluntad de otro, mucho más puede hacerlo si éste lo ignora o se halla ausente).

En el fallo en análisis, se trata de un contrato de arrendamiento en el que es la ley, en el artículo 1946 del *Código Civil*, la que niega la posibilidad al arrendatario de subarrendar la propiedad. En efecto, dicha norma del *Código de Bello* niega al arrendatario la facultad de ceder el arriendo y de subarrendar, ya que como se sabe el contrato es de aquellos que se celebra en consideración al individuo al cual se le arrienda la cosa (*intuitu personae*) y, por ende, existe una cualidad de él que inspira confianza al arrendador y que ya no existe cuando se cede el contrato, o se subarrienda la cosa. Por ello, la ley establece esta limitación con la finalidad de evitar que un sujeto ajeno a la relación contractual originaria, pueda usar de la cosa sin este elemento de la naturaleza del arrendamiento (la confianza).

Entonces, cuando el arrendatario se transforma en arrendador por efecto del subarriendo, la ley y el juez lo sancionan con la inoponibilidad, ya que los actos realizados en contravención a la norma no producen efectos respecto del arrendador. Esto, debido a que entre el arrendador y el subarrendatario no existe ningún vínculo jurídico que los ligue. De ahí, entonces, que aplicando el tópicico *a fortiori* a la solución del problema, se pueda arribar a ella sin mayores dificultades.

La formulación del aforismo parte de la expresión ‘quien puede lo más’, conducta que es atribuible, en este caso, al arrendador (quien por lo general es el dueño de la cosa que se arrienda). En cambio, ‘quien puede lo menos’, es, por cierto, atribuible al arrendatario. Así, si el arrendador quisiere ligarse contractualmente con el subarrendatario, la ley permite que contrate directamente con él, o, en su defecto, autorice a su arrendatario a subarrendar, momento en el cual recién el arrendatario (ahora subarrendador), se encontrará en la posibilidad de (sub) arrendarle a un tercero (subarrendatario) una cosa.

En consecuencia, y aplicando el apotegma completo: quien puede lo más (cuando el dueño es capaz de ceder el uso y goce de la cosa, es decir, la vende o la arrienda), puede también lo menos (permitir que su arrendatario subarriende a un tercero, autorizándolo expresamente para ello). Sin embargo, quien puede lo menos (el arrendatario, que es un mero tenedor), no puede lo más, es decir, no podría este enajenar el bien ni menos subarrendarlo, pues reconoce en su tenencia, dominio ajeno.

2. CONCLUSIONES

Resulta necesario dejar en claro que el querer fundamentar una decisión o sentencia, ya sea en la ley, ya sea en los principios generales del derecho, ya sea en los tópicos, como nos hemos tratado de abocar en este opúsculo, o de cualquier modo en que se presente; obedece al imperativo de dar coherencia

y estabilidad a un sistema cuyos órganos decisionales afectan día a día bienes jurídicos o derechos muchas veces protegidos constitucionalmente, sobre todo pensando en que esta circunstancia se predica de los seres humanos (necesidad propiamente humana), la que, arraigada en cada decisión, fundamenta una regla que ha permanecido inalterable durante cientos de años, y cuya aplicación viene dada por el respeto que se le ha otorgado a la misma por el cuerpo social en su conjunto, no formalmente hablando, como ocurre en la creación serial de las leyes, sino por el contrario, en apotegmas definidos por el contenido de equidad subyacente en ellos, cuestión que solo puede provenir de la decantación del saber humano más prolijo y perfecto jamás creado.

Una decisión injusta, en tal evento y cualquiera que sea la oportunidad en que ella se pronuncie, provoca en el afectado un resultado pernicioso que luego se puede expresar en las urnas, de la manera más pacífica, o, en el peor de los casos, en una violenta revolución cuya única finalidad será, por consiguiente, poner de relieve el desequilibrio que la inestabilidad normativa genera de vez en cuando en nuestras sociedades.

No por nada el barón de Montesquieu (Charles Louis de Secondat, señor de la Brède), Voltaire (François-Marie Aroue) y Jean-Jacques Rousseau en el siglo XVIII, enfatizaron la circunstancia de que los jueces no se ajustaban en sus fallos a la ley, en aquello que los autores citados denominaron ‘antiguo régimen’⁶⁵, para separarlo del que ellos propusieran y, que finalmente se adoptó tras la Revolución francesa⁶⁶.

Por ello, resulta imprescindible que todo ese conocimiento universal comprimido en la tópica, y que, como hemos dicho, ha sido recopilado tras cientos de años de rica cultura social y jurídica, comenzada por griegos y romanos; debe enriquecer las decisiones humanas, sean ellas políticas, económicas, sociales o jurídicas.

Es tal vez la jurisprudencia aquella forma de decir el derecho que compete a los jueces, la llamada a confirmar que se vive y actúa en un Estado de derecho, haciendo del respeto a las sentencias de los tribunales superiores un modo equilibrado de afectación de los derechos de las personas, tanto en la forma como en el fondo, sobre todo cuando tales decisiones se adecuan a la realidad social, política, económica o jurídica de un país.

De lo contrario, corremos el riesgo de endiosar a nuestros jueces, provocando el aislamiento de los mismos al interior del grupo etario al que pertenecen, profesionalmente hablando, lo que en términos de equidad y justicia, *aquí y ahora* (emulando a Theodor Viehweg), podría terminar siendo involutivo si lo que interesa es la cuestión contraria.

⁶⁵ SILVA (2008), p. 201.

⁶⁶ *Op. cit.*, p. 202.

Como se puede apreciar de las sentencias analizadas, lo que marca, o ha marcado el itinerario de la función *decisoria litis* de nuestros tribunales superiores ha sido, y sigue siendo hoy: la búsqueda incesante y necesaria de fundar sus decisiones, conformándolas en cada paso al derecho en su totalidad, escabulléndose, entre líneas, un deseo de que las mismas adquieran la autoridad que les proporciona estar basadas en apotegmas jurídicos, universalmente reconocidos por todos los que conforman el cuerpo social, o por los más sabios, o por los más famosos, o solo por algunos, lo que resulta ser, en definitiva, el ideal perseguido desde antiguo, por la tópica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK M., René (2008): *Las Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo II.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1988): *Las obligaciones* (Santiago, Editorial Ediar Conosur).
- ARISTÓTELES (1982): "Tópicos", en *Tratados de lógica (Órganon), categorías, tópicos, sobre las refutaciones sofisticas* (trad. Miguel Candel San Martín, Madrid, Editorial Gredos).
- CICERÓN, Marco Tulio (1879-1919): "Tópicos a Cayo Trebacio", en *OO. CC. I* (trad. Marcelino Meléndez y Pelayo, Buenos Aires, Ediciones Anaconda, s.d. [pero 1879-1919]).
- CLARO SOLAR, Luis (1920): "Comentario a la sentencia de casación de la Corte Suprema de fecha 10 de noviembre de 1920", en *RDJ*, XIX, 2ª parte, secc. 1ª: p. 415 y ss.
- EVANS CIVIT, Jorge Horacio (1999): *Introducción y notas a los tópicos de Aristóteles* (Buenos Aires, Editorial de Ciencia y Cultura).
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1988): *Teorías de la tópica jurídica* (Madrid, Editorial Civitas).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2000): *Historia de la interpretación de las normas, en apéndice II: sobre la influencia de la Tópica o dialéctica en el método interpretativo de los juristas romanos; y, en apéndice III: sobre la influencia de la retórica en la interpretación* (Santiago, Ediciones Instituto Juan de Solórzano y Pereyra).
- HASSEMER, Winfried (2003): *Crítica al derecho penal de hoy* (trad. de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc).
- HOFFMANN, Hans-Joachim (1968): *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte* (Berlín, De Gruyter verlag) p. 14 y ss.
- JOSSERAND, Louis (2008): *Teoría general de las obligaciones* (Santiago, Editorial Parlamento Ltda., R. Pröschle G. & S. Soto B. [editores]).

- KASER, Max (1971): *Das römische Privatrecht* (Beck, Munich), vol. II, p. 352 y ss.
- KASER, Max (1982): *Derecho romano privado* (trad. José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, REUS).
- KELSEN, Hans (1994): *Teoría pura del derecho* (trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Editorial Eudeba).
- KRIEGLER Albert, MORITZ KRIEGLER y EDUARD OSENBRÜGGEN (1889): *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (trad. Ildefonso García del Corral, Barcelona, (ed.) Jaime Molina).
- MAGANZANI, Lauretta (2006): *La 'diligentia quam suis' del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali* (Bologna, LED).
- PERELMAN, Chaim (1979): *Lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. de Luis Díez-Picazo, Madrid, Editorial Civitas).
- POTHIER, Robert J. (1993): *Tratado de las obligaciones* (Buenos Aires, Ed. Heliasta SRL).
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno (2014): "Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la strict liability", en *Revista Derecho Civil*, vol. 1, 4, pp. 155-187. Disponible en www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/103/65
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2008): *La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas*, en *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70º aniversario* (Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia), pp. 201-216.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (1984): *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VIEHWEG, Theodor (1968): *Tópica y jurisprudencia* (trad. de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madrid, Editorial Taurus).
- VILLAR PALASI, José Luis (1975): *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos* (Madrid, Editorial Tecnos).

Jurisprudencia citada

- CORTE DE APELACIONES DE CHILLÁN (1948): Sentencia, 29 de noviembre de 1948, en *RDJ*, XLVI, 2ª parte, secc. 2ª, p. 79.
- CORTE SUPREMA (1919): Sentencia, 27 de junio de 1919, en *RDJ*, XVII, 2ª parte, secc. 1ª, p. 242.
- CORTE SUPREMA (1920): Sentencia 10 de noviembre de 1920, en *RDJ*, XIX, 2ª parte, secc. 1ª, p. 415.
- CORTE SUPREMA (1940): Sentencia 21 de diciembre de 1940, en *RDJ*, XXXVIII, 2ª parte, secc. 1ª, p. 535.
- CORTE SUPREMA (1954): SENTENCIA 20 de agosto de 1954, en *RDJ*, LI, 2ª parte, secc. 1ª, p. 265.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO CIVIL COMO UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO*

SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE PUBLIC ORDER IN CIVIL LAW AS AN INDETERMINATE JURIDICAL CONCEPT

*Emilio José Bécar Labraña***

RESUMEN: Este trabajo analiza la noción de orden público a la luz de la doctrina de los “conceptos jurídicos indeterminados”. Destacando en qué consisten estos últimos, sus principales características y elementos que la integran, se podrá determinar si la noción de orden público existente ante el derecho civil satisface esa caracterización.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil - Orden público - Concepto jurídico indeterminado.

ABSTRACT: The present work analyzes the notion of public order in light of the doctrine of “indeterminate legal concepts”. Highlighting what these latter consist of, their main characteristics and elements that make it up, it will be possible to determine if the notion of public order existing before the Civil Law satisfies that characterization.

KEYWORDS: Civil Law - Public Order - Indeterminate Legal Concept.

* El presente manuscrito corresponde a un trabajo presentado ante el Curso de Interpretación del Derecho, dictado en el programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Talca por el profesor Dr. Isaac Ravetlat.

** Abogado por la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Doctor (c) en Derecho por la Universidad de Talca, profesor de Derecho Civil y Derecho Concursal, Universidad Católica del Norte, sede Coquimbo. Becario Conicyt del Programa de Doctorado Nacional 2017, Dirección postal: Larrondo 1281, Coquimbo, Chile. Correo electrónico: emilio.becar@ucn.cl.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. *Antecedentes*

La norma jurídica es el resultado de un lenguaje particular. Se basa en el empleo de algunas palabras y recursos literarios, los cuales son organizados con el propósito de organizar la orden de conducta que en la norma queda encerrada.

Este lenguaje se organiza, en el modelo clásico de la labor legislativa, en el empleo de expresiones caracterizadas por su claridad, sencillez y precisión. Con ello, se persigue en los hechos un propósito de carácter democrático, cual es que la ley pueda ser entendida por la comunidad.

A fin de completar la orden de conducta, la norma jurídica emplea ciertas expresiones, las cuales de acuerdo con los cánones de interpretación previstos por el codificador chileno, se organizan en tres niveles: las palabras definidas por el legislador, las expresiones técnicas y las palabras de sentido natural y corriente (artículos 20 y 21 del *CCCh*). En los hechos, estos tres niveles pueden simplificarse en dos: las expresiones técnicas (divididas estas últimas en las de técnica jurídica y las de otras ciencias o artes) y las de uso natural. Cada uno de estos ámbitos de expresión tiene ciertas condiciones en las cuales procede, de modo tal que las palabras no sean entendidas en un sentido distinto del que lógicamente les debiera corresponder, conforme a las características del caso.

En definitiva, el Derecho no se organiza sobre la base de un “glosario” en que el legislador trate de precisar qué significa cada término; semejante esfuerzo no solo resulta imposible, sino, también, inútil, ya que cada clase de fenómeno cultural, social, político, religioso, o de cualquiera otra especie, debería ser sujeto a una definición, con la consecuencial incorporación al texto legislativo. Tal texto se volvería desmesurado en extensión, pero con un contorno débil ante la inmensidad de términos que son generados e, incluso, modificados. Dado esto, en las más de las ocasiones las expresiones deberán ser definidas a partir de algunos parámetros básicos, ya sea de técnica jurídica, de las ciencias físicas o sociales, o sobre la base del uso popular de las expresiones.

En consecuencia, siempre existirá un margen en el derecho que presente “indeterminación”, punto en el cual la filosofía del derecho ha tenido bastante que decir, particularmente a partir de sus estudios analíticos¹.

Nuestra atención quedará centrada frente a un conjunto de esta clase de casos, los cuales son denominados por la doctrina como “conceptos

¹ Una síntesis sobre el problema puede consultarse en NÚÑEZ (2013), pp. 15-20.

jurídicos indeterminados”, punto que en el derecho chileno usualmente es omitido en su enseñanza y difusión, pero que en el derecho comparado es conocido y sistematizado.

Se trata de una noción que es usualmente revisada tanto en el derecho administrativo, como en el civil e, incluso, dentro del derecho canónico ha existido preocupación al respecto. Por lo pronto, esta materia es tratada a la hora de distinguir esta categoría de aquella denominada “discrecionalidad administrativa”, a cuyo alrededor se han ensayado incluso una serie de criterios con los cuales pueden distinguirse una de la otra. Pero fuera de esta precisión, vemos que su discusión en el ámbito del derecho civil chileno es prácticamente nula, y se trata de un punto en el cual existe un sensible vacío. Pero a esta circunstancia hay que añadir el hecho de que la propia noción de “orden público” es sujeto a tratamiento más o menos pormenorizado dentro del estudio de la parte general del derecho civil e, incluso, se han formulado en el último tiempo desarrollos importantísimos, que han decantado en la constatación de diversas “clases de orden público”, como lo vemos expresado en la noción de “orden público económico”. Como se apreciará, la doctrina no ignora la noción de orden público, y la ha desarrollado en los términos en que actualmente la conocemos –y expondremos en forma sistemática en este trabajo–, pero falta a su turno la identificación en nuestro medio de un paso adicional, que se presenta no solo para este concepto, sino, también, para otros que reúnen unas características comunes, como lo serían el de “buenas costumbres”, “moral”, “interés público”, “seguridad nacional”, “impacto ambiental”, entre otros.

Haciéndose presente la circunstancia anterior, creemos conveniente la difusión y discusión de la materia, la cual contribuye en nuestro concepto no solo a la formación de las normas jurídicas en sus más diversas manifestaciones (normas constitucionales, legales, administrativas, etc.), sino, también, a brindar un entendimiento más acotado a muchas de las nociones implementadas por la ley en las cuales existe un léxico incompleto, que debe ser integrado a partir de un adecuado proceso de interpretación de la norma.

Dentro de los conceptos que el legislador ha implementado sin una explicación respecto de su contenido, se encuentra el de “orden público”. No ha señalado en qué consiste o cómo se manifiesta para poder ser identificado. Como veremos, lo que sí ha hecho el legislador es señalar algunas consecuencias derivadas de su exigencia e, incluso, de su infracción. A su turno, vemos cómo los distintos autores han señalado que diversas instituciones tienen su fundamento en el orden público, de lo cual derivan a su turno diversas consecuencias.

Esta clase de predicamento es aplicable incluso a otras clases de conceptos que son implementados por el legislador, sin explicar en qué consisten, pero a cuyo alrededor se originan una serie de efectos relevantes ante el

derecho. Es por ello que nos interesa determinar si la noción “orden público” se ajusta a las características propias de un concepto jurídico indeterminado.

1.2. *Objetivos*

El objetivo general del presente trabajo consiste en establecer si el concepto “orden público” que ha sido consagrado y aplicado por el *Código Civil* chileno responde a las características propias de un “concepto jurídico indeterminado”, y el significado que de ello se deriva.

En el presente trabajo, desarrollaremos los siguientes objetivos específicos.

- Describir el concepto “categoría jurídica indeterminada”, en cuanto a su composición y significado.
- Identificar los criterios reconocidos por la doctrina y la jurisprudencia, para identificar la existencia de una categoría jurídica indeterminada.
- Recopilar las normas contenidas en el *Código Civil* chileno que hacen uso del concepto “orden público”.
- Descubrir dentro de las normas del *Código Civil* chileno las funciones que le han sido asignadas al orden público.
- Comparar críticamente las nociones doctrinarias, jurisprudenciales y normativas existentes en torno al orden público.
- Proponer criterios de solución en torno a la cuestión sobre la calificación del orden público como un concepto jurídico indeterminado.

1.3. *Hipótesis*

La hipótesis cuya efectividad comprobaremos en el presente acto, consiste de asumir que la noción “orden público” que se manifiesta en el *Código Civil* chileno es un concepto indeterminado.

Este concepto indeterminado tiene una estructura que es jurídica, no valorativa, y que surge a partir de dos mecanismos: (a) consagrando regímenes explícitamente irrenunciables y (b) organizando estatutos de carácter imperativo, en los cuales la ley determina *a priori* y en exclusividad qué se encuentra permitido y qué no.

Se descarta en forma inicial que la noción de “orden público” tenga alguna clase de connotación que no sea jurídica, como lo fuese una norma religiosa o moral.

1.4. *Metodología*

En lo que respecta a la metodología de investigación que será implementada en este trabajo, será la propia las ciencias jurídicas. Se recopilarán fuentes

doctrinarias que tratan sobre los conceptos jurídicos indeterminados, a fin de establecer en qué consisten y cómo pueden ser identificados. Al mismo tiempo, se efectuará una recopilación del concepto de orden público en materia de derecho civil, según su comprensión por la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como comparada.

Hecho lo anterior, seguiremos con un estudio, análisis crítico y sistematización que permita alcanzar los objetivos general y específico propuestos.

La presente obra comprende un estudio pormenorizado y sistematizado sobre los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, a fin de explicar en qué consisten, sus principales características y eventuales aportes a las ciencias jurídicas (II). Cubierto este primer punto, trataremos sobre la noción y composición del “orden público” en el *Código Civil* chileno, con el fin de discutir si dicha noción cumple con las exigencias previstas respecto de los conceptos jurídicos indeterminados (III).

2. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

2.1. Generalidades

De acuerdo con lo que se dijo al comienzo del presente trabajo, la norma jurídica constituye una forma de expresión especial del lenguaje; a través de las palabras el legislador establece una regla de conducta, la cual pretende ser implementada en la comunidad y obedecida por esta para el cumplimiento de los fines generales que el derecho busca tutelar.

En cuanto a su estructura, se refiere a un determinado supuesto de hecho, el cual si se verifica supondrá la aplicación de las consecuencias y efectos que la misma norma se haya encargado de precisar para ese tipo de supuesto.

Precisamente la “aplicación del derecho” es entendida en esos términos. Como lo señala Ludwig Enneccerus, tal concepto “consiste en subsumir un hecho de la vida bajo la regla jurídica correspondiente, de modo que se produzca una consecuencia jurídica determinada”². El magistrado y catedrático Xavier O’Callaghan la define, citando a García Valdecasas, como “una operación que consiste en derivar de la norma general la norma individual por la cual ha de regirse aquella situación concreta”³.

² ENNECCERUS *et al.* (1947), pp. 196-197.

³ O’CALLAGHAN (1997), p. 175.

El criterio lógico seguido, y que de hecho caracteriza fundamentalmente el razonamiento jurídico propio del derecho civil continental, es la “subsunción”.

A fin de que las consecuencias y efectos jurídicos contenidos en la norma jurídica abstracta puedan encajar perfectamente en el supuesto de hecho concreto, el legislador ha hecho recurso de una serie de herramientas técnicas, las cuales asisten al intérprete y al juez en la identificación y aplicación de la regla jurídica. Algunas de ellas consisten de las definiciones, las asimilaciones, las exclusiones, las ficciones y el uso de ejemplos, entre otras.

La pretensión de estas herramientas es que la aplicación de la norma jurídica se haga de manera armónica, de modo que se entienda claramente el por qué el supuesto de hecho debe ser regido por una determinada norma jurídica y no por otra. Se supone, asimismo, que estas herramientas sean de una precisión y claridad tales que no signifiquen un cuestionamiento de este proceso.

Sin embargo, es posible observar la presencia de algunos casos especiales, en los cuales el legislador no ha generado una norma con un contenido debidamente precisado o indeterminado.

Estos son los casos de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, cuya existencia ha sido identificada por la doctrina alemana, y que ha sido con posterioridad recogida entre los autores españoles, quienes han permitido su difusión en el idioma hispano⁴.

2.2. *Concepto*

Una mirada a la doctrina que ha tratado sobre los conceptos jurídicos indeterminados, permite destacar desde ya la identificación de un núcleo sustancial común, como trataremos de exponer en este punto, en que nos trataremos de explicar sobre lo que significa un concepto jurídico de carácter indeterminado.

Como punto de partida, los autores refieren la existencia de una dualidad consistente de los “conceptos jurídicos determinados”, por oposición a los “conceptos jurídicos indeterminados”.

2.2.1. Concepto jurídico determinado

En lo que respecta a los conceptos jurídicos determinados, es señalado como aquellos que “delimitan el ámbito de la realidad al que se refieren de una manera precisa e inequívoca”⁵.

⁴ A modo de ejemplo, se encuentran los aportes de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), pp. 465-471.

⁵ Destacan este origen: BREWER-CARÍAS (2007), pp. 99-100 y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

Bajo esta noción, constituyen manifestaciones de este tipo el de “mayoría de edad”, el cual se alcanza a una determinada edad, el “plazo” para interponer un determinado recurso procesal o la edad en que se alcanza la jubilación⁶.

Todos los casos que hemos citado a título de ejemplo, compartirían como dato común que

“están perfectamente determinados y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite (una vez precisado por la Ley el modo de cómputo y efectuada la prueba correspondiente) duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren”⁷.

A partir de esta constatación, y los casos que son enunciados por los autores, es posible identificar un patrón común.

En primer lugar, se trata de una expresión implementada por el legislador. Por tanto, el llamado al uso de un determinado concepto, es el legislador. Esta circunstancia tiene toda lógica, si pensamos en que se trata de un concepto de carácter “jurídico”.

En segundo lugar, la calificación asignada de la “determinación”, quedaría asegurado por el hecho de que el legislador no solo implementa o utiliza una determinada forma de expresión, sino, también, se encargó de disponer en qué consiste. No solo se hace este ejercicio por vía de la técnica jurídica de la “definición”, sino, también, a la hora de indicación de un parámetro tal que no genera duda respecto de su extensión y su contenido. En este sentido, el legislador civil ha definido quiénes son los infantes, los impúberes, los menores adultos e, incluso, los mayores de edad; criterios todos ellos que se basan en la fijación de una determinada edad que alcanza la persona, y cuya fijación es perfectamente distinguible, a través de los años que tiene el sujeto. En materia procesal han quedado delimitados ciertos plazos para el ejercicio de ciertos derechos, cargas procesales y obligaciones; la duración de los plazos se encuentra plenamente determinado, de modo que no cabe confusiones; no es lo mismo un plazo de tres días hábiles o tres días corridos, o no es lo mismo un plazo de tres días respecto de otro de tres meses.

En tercer lugar, el uso de los factores antes descritos arroja como resultado el que la aplicación del concepto a la realidad se haga mediante un simple ejercicio de “constatación”⁸. La constatación constituye la forma de apli-

⁶ Los ejemplos son citados por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

cación más sencilla por el intérprete, ya que simplemente debe comparar si el supuesto de hecho coincide o no con el factor que se quiera implementar.

En cuarto lugar, el concepto jurídico determinado no plantea duda alguna respecto de su aplicación⁹. Su implementación es tan sencilla que se podrá lograr la solución en forma inmediata y directa, de modo que no se requiere de mayor esfuerzo de interpretación.

2.2.2. Concepto jurídico indeterminado

En contraposición al concepto jurídico determinado, se encuentra el llamado “concepto jurídico indeterminado”, sobre el cual se dice que “la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado”¹⁰.

También se la ha definido como “el que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho”¹¹, o que

“existen en todos los casos de regulaciones en las cuales el sentido concreto para la aplicación de la norma, no está resuelto ni está determinado con exactitud en la ley”¹².

Por último, se ha dicho:

“los conceptos jurídicos indeterminados son precisamente los que se consignan en los diferentes cuerpos normativos, formulados sin distinguir o fijar los parámetros de aplicación, y pueden considerarse concepciones jurídicas que tienen en algún nivel ambigüedad e imprecisión y, por tal, que pueden admitir aplicaciones diferentes, o ser perfilados de forma distinta, lo que llevará a generar incertidumbre e incluso confusión y, consecuentemente, motivos de duda a la hora de fijar su significado jurídico”¹³.

Una mirada a las definiciones que hemos invocado en este punto de nuestro trabajo, nos permite identificar los siguientes aspectos comunes.

En primer lugar, y al igual que en el caso del concepto jurídico determinado, los conceptos indeterminados se basan sobre ciertas expresiones requeridas, citadas e implementadas por el legislador a la hora de la creación de la norma jurídica.

En segundo lugar, el calificativo de ‘indeterminado’ se produce porque la ley no se encargó de precisar o explicitar los límites o contornos que de-

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

¹⁰ *Ibid.* Usa la misma definición DEI-CAS (2012), p. 83.

¹¹ MIRAS (2012), p. 346.

¹² BREWER-CARIÁS (2007), p. 100.

¹³ NÚÑEZ (2013), p. 20.

ben asignarse al concepto¹⁴. No existe una norma de conexión previa con la cual el intérprete pueda determinar el ámbito del concepto; carece de una definición, o de la fijación del plazo respectivo, o del requisito que le era exigido. El concepto ha sido implementado de una manera imprecisa en el enunciado de la norma.

En tercer lugar, el concepto jurídico indeterminado solo puede ser precisado mediante un ejercicio de interpretación. No es posible concluir el análisis de la norma mediante una constatación, ya que esta última opera sobre la base de la presencia de un parámetro explicitado por el legislador, y aquí falta dicho parámetro.

En cuarto lugar, puede apreciarse en los autores que han tratado sobre la estructura de un concepto jurídico indeterminado, han manifestado que el enunciado se concibe en carácter de tal, pero que, en definitiva, se determina al momento de practicarse su aplicación en el caso concreto¹⁵.

En cuanto a las razones por las cuales el legislador se ve en la necesidad de implementar conceptos jurídicos indeterminados, se ha sostenido que se origina en

“la imposibilidad de definir de modo exacto y en el momento de creación de la ley, un término jurídico en el que no hay consenso doctrinal, regional, jurisprudencial en todos los posibles contextos (por ejemplo, sistemas jurídicos de diferentes países) en los que es susceptible de aplicación e interpretación”¹⁶.

2.3. Características

Las referencias a los conceptos que la doctrina ha asignado a los conceptos jurídicos indeterminados nos permitirán identificar algunas características en todos los supuestos en que nos encontremos frente a ellos.

En primer lugar, se dice que el concepto jurídico indeterminado se refiere a una determinada esfera de la realidad, cuyos límites no han logrado precisarse en la norma, no obstante su pretensión de aplicarse a un supuesto de hecho concreto¹⁷.

El proceso de aplicación del derecho opera bajo el esquema de la determinación de la norma jurídica llamada a regir el caso concreto, a partir de la identificación de ciertos factores presentes en el hecho que coinciden

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

¹⁵ En este sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

¹⁶ NÚÑEZ (2013), p. 22. La cita corresponde a Del Real Alcalá.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

con lo establecido en la norma. En algunas situaciones, estos factores se encuentran sumamente nítidos, de modo que la implementación de la norma abstracta en el caso concreto, es fácil y no genera duda de ninguna clase, y los factores implementados en el encuadre de la norma al supuesto de hecho son determinados por el legislador. Pero en otros casos no existirá una explicitación de estos factores, y se implementan conceptos respecto de los cuales no existe ni una sola definición o una caracterización especial preliminar. El efecto de estos últimos casos conduce a la necesidad de integrar previamente estos conceptos indeterminados, y efectuada esa integración es que podrá ser implementada y ensamblada para el supuesto de hecho.

En segundo lugar, se explica que la razón por la cual no se encuentran precisados los límites que le corresponden a un concepto jurídico indeterminado, se atribuye a que se trata de casos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa¹⁸.

En tercer lugar, y no obstante la indeterminación del concepto jurídico, ello no significa que la norma quede en la completa oscuridad. La norma jurídica que incluye al concepto jurídico indeterminado admitirá una sola solución, que se estimará justa y correcta, para el caso concreto¹⁹.

En definitiva, la norma se aplica o no se aplica, y a ello se responderá de forma afirmativa o negativa; el caso quedará comprendido o no. Como se ha dicho, no existe una tercera vía (*tertium non datur*)²⁰.

En cuarto lugar, se dice que el concepto jurídico indeterminado forma parte de un proceso de aplicación de la ley²¹, en el sentido de que el objetivo que debe alcanzarse es la de obtener la subsunción del supuesto de hecho en la norma abstracta.

Por nuestra parte, esta mención supone ser complementado por medio de la interpretación previa del concepto indeterminado. Para que pueda hacerse la aplicación e implementación de la norma en el caso concreto, será necesario que previamente se determine qué es el concepto jurídico indeterminado. De hecho, la interpretación del concepto nos facilitará el proceso de aplicación de la norma jurídica.

En quinto lugar, en el proceso de aplicación del concepto jurídico indeterminado en el supuesto de hecho, no existe una facultad discrecional

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465; NÚÑEZ (2013), p. 20.

¹⁹ BREWER-CARIÁS (2007), p. 100. DEI-CAS (2012), p. 84. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465. En la jurisprudencia comparada, se recoge esta posición en TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), III 2.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 465.

²¹ DEI-CAS (2012), p. 83; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 467. TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), III 2.

del intérprete en lo que respecta a si prescindirá o no del uso del concepto jurídico indeterminado. El legislador se encuentra obligado a implementar la norma y el concepto contenido en ella, no quedando facultado, en este sentido, para descartar discrecionalmente de este. Los conceptos jurídicos indeterminados forman parte de casos de aplicación de la ley, de modo que el propósito que persigue el tribunal es determinar cómo el supuesto de hecho quedará comprendido dentro de la norma legal.

De hecho, esta particularidad permite a la doctrina distinguir al concepto jurídico indeterminado respecto de la denominada “potestad discrecional”, cuestión esta última que ha generado importantes debates dentro del derecho administrativo, a propósito de la noción de “discrecionalidad administrativa”²². El concepto jurídico indeterminado no constituye en forma alguna un acto arbitrario de parte del tribunal, lo cual explica que algunos autores sugieran la necesidad de brindar una motivación a la hora de la precisión del concepto; no basta la mera referencia a que el precepto legal se interprete en un determinado sentido solo porque se trate de un concepto indeterminado²³.

²² No corresponde ahondar en forma profundizada sobre la “discrecionalidad administrativa”. Los autores que se han referido a la cuestión suelen explicitar varias diferencias con el concepto jurídico indeterminado.

1) EN CUANTO A LA CANTIDAD DE SOLUCIONES QUE ADMITE: Se dice que el concepto jurídico indeterminado puede y admite aplicación solo para una solución justa. Por el contrario, la discrecionalidad admite una pluralidad de soluciones justas.

2) EN CUANTO A LOS ÁMBITOS JURÍDICOS EN QUE TIENE PROCEDENCIA: Los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran en prácticamente la generalidad de las disciplinas jurídicas; se presencian en el derecho civil, mercantil, canónico, entre otros. La discrecionalidad solo tiene procedencia respecto de la Administración del Estado.

3) EN CUANTO A SU FUENTE: Los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran dentro de determinaciones regladas. Por su parte, se dice que la discrecionalidad administrativa se encuentra dentro de ciertas “determinaciones discrecionales”.

4) EN CUANTO A SU MODO DE IMPLEMENTACIÓN: Los conceptos jurídicos indeterminados constituyen casos de aplicación de la ley. Por su parte, la discrecionalidad administrativa opera sobre la base de una libertad de elección que se produce entre varias alternativas que se estiman igualmente justas, por lo cual la decisión se basa en la implementación de criterios que no se encuentran contenidos en la ley, y que se apoyan en el juicio subjetivo de quien la aplica.

5) EN CUANTO A SU REVISIÓN: Los conceptos jurídicos indeterminados son susceptibles de revisión por el tribunal, debido a que constituyen el resultado de un proceso de interpretación y aplicación de la ley, de modo que importan una cuestión de derecho. Los casos de discrecionalidad administrativa no admiten control superior, siempre y cuando la decisión adoptada se encuentra dentro de la remisión que se ha hecho por la ley a la discrecionalidad.

Un análisis de estas diferencias, las cuales hemos sintetizado en este punto, se contienen en detalle en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), pp. 466-471 y DEI-CAS (2012), pp. 83-84. Para el derecho canónico se puede consultar MIRAS (2012), p. 346.

²³ MIRAS (2012), p. 347.

Por último, y no obstante la aparente indeterminación del concepto, su aplicación es susceptible de ser revisada por los tribunales de justicia²⁴, al tratarse de una cuestión de derecho. De este modo, podrá ser valorado en un sistema de doble instancia si la solución adoptada por el juez, a partir de la utilización del concepto jurídico indeterminado, era precisamente la única solución justa permitida por la ley.

2.4. Clases

Ahondando en la composición de las ideas aquí desarrolladas, la doctrina ha detectado dos tipos de conceptos jurídicos indeterminados.

Por una parte, existen aquellos que obtienen su indeterminación por la utilización de *nociones de la experiencia*²⁵.

Un ejemplo que es citado en este sentido, es respecto de aquellos casos en que se refieren a la “ruina” de un edificio (artículos 2323, 2324 del CCCh.). No se trata de normas que tengan una imprecisión en su ámbito de aplicación de carácter absoluto, ya que lo que deberá determinar el juez es si un edificio en concreto se encuentra en ruina o no, y dependiendo de la respuesta que se brinde, es que se aplicarán las consecuencias previstas en el régimen jurídico de responsabilidad extracontractual (obligación de indemnizar perjuicios, remoción de los objetos peligrosos, reparación, etcétera).

Por otro, la indeterminación la pueden alcanzar porque la norma jurídica ha incorporado *conceptos de valor*²⁶.

En ciertas materias, el derecho ha procedido al establecimiento de ciertos juicios de valor, y pueden ser de carácter técnico, político, moral e, incluso, religioso. En relación con lo dicho, debe recordarse que dentro de las reglas de interpretación de la ley, a la hora de calibrar el uso del elemento gramatical, debemos recordar que es posible que la norma legal haga utilización de palabras que provienen de una determinada ciencia o arte. Como lo explica la primera parte del artículo 21 del CCCh., “las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte”. De este modo, la norma jurídica se completa a partir del uso de una expresión que proviene de disciplinas de carácter no jurídico, y mediante la precisión de este concepto es que podrán determinarse los casos a los cuales se podrá aplicar o no la norma jurídica.

²⁴ BREWER-CARÍAS (2007), p. 102.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 469.

²⁶ *Ibid.*

2.5. Estructura

Según la doctrina alemana, todo concepto jurídico puede encontrarse en alguna de tres zonas de significación.

La primera parte, se conforma de la llamada “zona de certeza positiva”, y que constituye el núcleo fijo (*begriffskern*) de la norma²⁷.

Dentro de la norma jurídica, este núcleo se declara conformado por un conjunto de aspectos que se precian de ser previos y seguros²⁸, de modo que permiten determinar qué es un determinado fenómeno o qué clases de situaciones son las que comprende o se aplica. Por estas características, deberá tratarse de un ámbito cuya certeza deberá ser absoluta, ya que por la misma se logrará la determinación del significado del concepto.

En definitiva,

“Si el operador jurídico atribuye ese significado seguro a un término de la norma que ha sido juridificado (sea explícita o implícitamente) en modo indeterminado, entonces habrá de ‘catalogar’ la realidad del caso concreto que juzga con ese significado de ese término jurídico de la norma, y aplicarle las ‘consecuencias jurídicas’ que la normativa nacional o internacional (si viene al caso) hayan previsto para cuando se presenta dicho término en el derecho”²⁹.

La segunda zona es denominada “intermedia”, “de incertidumbre” o “halo del concepto” (*begriffshof*)³⁰.

Tal y como se expresa en la descripción conceptual de esta zona, constituye la que tiene menos precisión³¹. Se supone por los autores que toda norma jurídica contiene algún grado de incertidumbre, pero que para los conceptos jurídicos indeterminados tiene un campo mucho más extenso.

“Precisamente en esta zona es donde situaremos a los conceptos jurídicos indeterminados: porque son términos del derecho que ofrecen duda sobre cuál es su contenido conceptual y cómo han de comprenderse y en qué casos aplicarse”³².

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468; NÚÑEZ (2013), p. 26; TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), IV.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468; TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), IV.

²⁹ NÚÑEZ (2013), p. 26.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468; TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), IV.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468.

³² NÚÑEZ (2013), p. 27.

La tercera zona, constituye la llamada “de certeza negativa”³³.

Esta zona, a diferencia de la positiva, tiene como propósito determinar un ámbito de exclusión del concepto³⁴. Por tanto, con esta clase de nivel es posible identificar el concepto, pero por vía de explicar a qué clase de situaciones no se está refiriendo. Por tanto, delimita las fronteras del concepto jurídico indeterminado, por la vía de consagrar los límites.

Una vez que un determinado concepto jurídico ha quedado en una zona intermedia, ¿cómo logrará determinarse su significado? La doctrina ha considerado la implementación de ciertos “mecanismos generales”, los cuales consisten de los siguientes:

a) El mecanismo usual/aplicativo: el significado que usualmente le atribuyen los operadores jurídicos al concepto cuando lo aplican (significado usual/aplicativo habitual del término). Este mecanismo consolida como uso y costumbre la aplicación de un término indeterminado en un determinado sentido (con un concreto significado), y no en otro.

b) El mecanismo doctrinal: el significado que fija la doctrina local, regional, nacional o internacional sobre dicho término jurídico (significado doctrinal).

c) El mecanismo jurisprudencial; el significado que han perfilado los tribunales locales, regionales, nacionales y/o internacionales sobre un término indeterminado situado en la zona de penumbra (significado jurisprudencial). El mecanismo jurisprudencial puede actuar por varias vías, siendo las dos principales: la ‘tesis de la única respuesta correcta’ y la ‘tesis de la discrecionalidad judicial’.

d) Una mixtura de algunos de estos mecanismos o de los tres mecanismos en conjunto”³⁵.

2.6. Aplicaciones

Los conceptos jurídicos indeterminados se encuentran presentes en las más diversas disciplinas jurídicas, y atraviesan libremente la órbita de la distinción entre derecho público y derecho privado³⁶.

Es así que en el derecho administrativo se han identificado como tales las nociones de “urgencia” e “interés público”³⁷. En el derecho canónico han

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), tomo I, p. 468; NÚÑEZ (2013), p. 27; TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006), IV.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ (2004), p. 468.

³⁵ NÚÑEZ (2013), p. 26.

³⁶ DEI-CAS (2012), p. 83. Es implementada en el derecho internacional privado, como ocurre con la noción de “mercaderías” que implementa la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, según afirma NÚÑEZ (2013), pp. 23-24.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 469.

sido calificadas como conceptos jurídicos indeterminados los de “bien de la Iglesia” y “necesidad o utilidad de la Iglesia”³⁸. En el derecho constitucional puede rescatarse la noción especial de “seguridad nacional”, “función social”, “probidad administrativa”, “desarrollo integral” y “justicia social”, entre otros.

Para el caso del derecho civil, se ha sostenido que la expresión “orden público”, “buena fe”, “buen padre de familia” y otras tendría la calidad de concepto jurídico indeterminado.

2.7. *Juicio de valor*

La implementación de conceptos jurídicos indeterminados presenta algunas dificultades, las cuales no logran ser un impedimento para que el legislador pueda acudir a ellas.

El primer problema que se ha identificado en el empleo de los conceptos jurídicos indeterminados, se refiere a su implementación a la hora de consagrar ciertos requisitos a los cuales debe sujetarse un acto de autoridad para ser considerado legítimo³⁹.

Esta crítica parece fundada en el ámbito del derecho administrativo, donde el principio de legalidad condiciona los supuestos de actuación de la autoridad pública, quien no podrá escapar de dichas limitaciones, y en las que, incluso, se invoca derechamente la categoría de la “discrecionalidad administrativa”. Sin embargo, no pareciera ocasionar mayores dificultades dentro del propio ámbito del derecho privado, en la cual diversos actos y hechos jurídicos han utilizado conceptos jurídicos indeterminados para decidir cuándo ellos serán válidos o no. El específico caso del orden público, como veremos más adelante, descansa sobre la base de este razonamiento.

El segundo problema eventual, podría encontrarse en aquellas disciplinas que se encuentran atravesadas por el principio de legalidad, y en las cuales se requiere especialmente que la norma legal contenga todos los elementos de juicio suficientes para aplicarse al caso concreto.

Tales son los casos del derecho penal y del derecho tributario, atendidos los imperativos constitucionales e internacionales a los cuales se encuentran sujetos.

No obstante las críticas que pudieren derivarse de la implementación de los conceptos jurídicos indeterminados, ellos llevan aparejados ciertas ventajas que no pueden ignorarse.

Es así que las normas jurídicas que las contienen ganan flexibilidad y estabilidad⁴⁰. Como no dependen de la obra innovadora del legislador,

³⁸ MIRAS (2012), vol. II, p. 346.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Destaca esta idea MIRAS (2012), p. 346.

permitirán al tribunal que pueda aplicarlas siguiendo criterios de carácter evolutivo, conforme a las exigencias que los supuestos de hecho vayan generando en el futuro. Todo ello se consigue sin necesidad de depender de una norma legal que podría requerir de sucesivas reformas⁴¹.

Como consecuencia de la idea anterior, la misma flexibilidad permitirá que la norma jurídica siga aplicándose, incluso, hacia nuevas situaciones para las cuales ni siquiera había sido concebida inicialmente. Por ejemplo, una interpretación evolutiva de un concepto jurídico indeterminado como el “acto contrario a la naturaleza” pudiera ser estimado no solo como referido a la sujeción a ciertas leyes físicas básicas, sino, también, entenderse en un concepto de carácter “medioambiental”, circunstancia para la cual el legislador de mediados del siglo XIX no manifestaba particular preocupación, pero que para la sociedad actual resulta crucial.

Con estas ideas hemos concluido la revisión general sobre los conceptos jurídicos indeterminados. Solo nos resta aplicar estos lineamientos al caso del orden jurídico.

3. EL ORDEN PÚBLICO EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO COMO UN SUPUESTO CASO DE CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO⁴²

3.1. Generalidades

La noción “orden público” recibe su individualidad jurídica como tal a partir de las explicaciones atribuidas al tratadista alemán F. K. von Savigny⁴³, afirmación esta última que no se compadece con las referencias que ya a comienzos del siglo XIX se esbozaban en torno a ella, como las que emplearía Jean-Etienne-Marie Portalis, el cual señalaba que “es todo lo que en las leyes interesa más directamente a la sociedad que a los particulares”⁴⁴.

Por lo pronto, ya los autores han identificado las raíces de la expresión en el desarrollo de la obra del jurista francés Jean Domat, quien extraería la noción de “orden público” a partir de algunas raíces previstas en el derecho romano; en específico, de la regla *privatorum conventio iure publico non derogat*. Se explica respecto de esta regla que las expresiones “derecho público”

⁴¹ En un sentido similar: NÚÑEZ (2013), p. 23.

⁴² A fin de redactar este acápite del presente trabajo, nos hemos basado en el texto originalmente contenido en BÉCAR (2018). Se trata de una redacción que ha sido ampliada y estructurada para efectos del presente artículo.

⁴³ Este origen dogmático es destacado por ENNECCERUS *et al.* (1947), p. 277.

⁴⁴ La afirmación ha sido tomada de PESCIO (1962), pp. 307-308.

(*iure publico*) no se encontraban tomadas en el sentido moderno que tiene la expresión, sino, más bien, aludían al bien público o de la comunidad, por oposición al interés privado. De este modo, las normas se traducen en el sentido de referirse al “interés público”, antecedente precisamente de la expresión “orden público”⁴⁵.

Por lo pronto, se trata de un concepto que es sindicado como uno de una identificación difícil⁴⁶, debido a que tendría, por lo menos, dos clases de sentidos; el *vulgar* y el *jurídico*.

En cuanto a un “sentido vulgar”, se entiende al orden público como sinónimo de una “situación de tranquilidad y paz exterior” o

“la disciplina callejera o meramente policial de sosiego o tranquilidad del vecindario que se altera al infringir reglamentos municipales, ordenanzas de policía local, etc.”⁴⁷.

Por su parte, se ha concebido una “noción jurídica”, la cual se identifica a partir de la función que reviste de limitación de la libertad de contratación y del principio de autonomía de la voluntad⁴⁸, como se expondrá más adelante.

Contribuye a aportar otro margen de oscuridad, el hecho que existe una noción de orden público no solo en el ámbito del derecho civil, sino, también, dentro del derecho internacional privado.

Nuestro foco de atención se encuentra exclusivamente en el primero de ellos, destacando solo que en el derecho internacional privado constituye un concepto que resulta indispensable, ya que tiene la habilidad de figurar como un requisito para la invocación y aplicación de una norma extranjera.

A pesar de la aparente oscuridad bajo la cual se organiza el orden público, resulta que su implementación asegura alguna clase de flexibilidad a la norma jurídica, la cual le permite ajustarse a las características y exigencias de la sociedad respecto de la cual se implementa.

El origen de esta mutabilidad consiste que el concepto de orden público quedaría asociado al estado de la sociedad de una determinada época. Con ello, la noción se hace “cambiante según los países, mudable según los tiempos: ser actual, excepcional, obligatorio, territorial, etc.”⁴⁹.

⁴⁵ El relato aparece sintetizado en CLARO (1992), p. 57.

⁴⁶ En este sentido se pronuncian DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257 y PESCIO (1962), p. 307.

⁴⁷ PESCIO (1962), p. 307.

⁴⁸ En este sentido: DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257.

⁴⁹ PESCIO (1962), p. 309, siguiendo en este punto a Hémard.

3.2. Implementación del concepto “orden público” en el Código Civil chileno

La expresión “orden público” ha sido utilizada por el *Código Civil* chileno⁵⁰, cumpliendo muy destacadas funciones, las cuales trataremos de explicar en qué consisten.

Nos parece que este es el orden más apropiado para tratar la materia, debido a que la noción de orden público no ha sido objeto de definición por precepto legal alguno. Como se apreciará, todo el esfuerzo desplegado por el legislador ha sido el de instalar su procedencia para asignar ciertos límites o efectos jurídicos.

3.2.1. Identificación del régimen jurídico de orden público

Una de las expresiones en que se ha manifestado el orden público en el *Código Civil* chileno, se contiene a propósito de las *servidumbres voluntarias*. De acuerdo con lo expresado por el inciso 1.º del artículo 880 del CCCh:

“Cada cual podrá sujetar su predio a las servidumbres que quiera, y adquirir las sobre los predios vecinos con la voluntad de sus dueños, con tal que no se dañe con ellas al orden público, ni se contravenga a las leyes”.

La norma autoriza la libre estipulación de servidumbres tanto activas como pasivas, sujetando el contenido de las convenciones que se celebren en este sentido a ciertas limitaciones, entre las cuales refiere al orden público.

También ha sido señalada como un requisito para la conformación del *objeto* de la prestación contenida en un acto o contrato, en caso de que este consista de una prestación de hacer y también, por extensión de esta regla que ha efectuado la doctrina, se aplica a las prestaciones de no hacer.

De acuerdo con el inciso 3.º del artículo 1461 del CCCh.:

“Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”.

Debe rescatarse de esta disposición el que se entiende aplicable solo a ciertas clases de prestaciones (hacer, y por extensión a las de no hacer), como una forma de control de la validez de la ejecución de ciertos hechos, que no signifiquen una pugna en contra de ciertos límites, entre los cuales se encuentra citado el orden público.

⁵⁰ Un listado de normas en las cuales se recopila el uso de la expresión “orden público”, en FUEYO (1953), p. 479.

Se vuelve a referir a este a propósito de los casos en que existe causa ilícita.

Conforme al inciso 2.º del artículo 1467 del *CCCh.*, “se entiende por [...] y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”.

Para cerrar el recuento de hipótesis para las cuales interviene el orden público, citaremos lo dispuesto en el régimen de las obligaciones condicionales de origen convencional.

Es referido como una circunstancia que determina cuándo la condición positiva puede ser “moralmente posible” (artículo 1475 inciso 1.º del *CCCh*). Respecto de esto último, menciona que la condición es “moralmente imposible” cuando “consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público” (artículo 1475 inciso 2.º del *CCCh.*).

Este recuento no puede terminar sin hacerse una importante advertencia. En todos los casos que hemos citado, vemos cómo es la ley la que formula directamente el llamado al orden público, en las formas y límites que estos preceptos legales se han encargado de expresar. Sin embargo, no puede desconocerse que en diversos ámbitos jurídicos se ha dicho que se fundan igualmente en el orden público, sin que ellos se efectúe mención alguna sobre una limitación que provenga de dicho estamento.

Por ejemplo, la doctrina y jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto de “orden público económico”, no obstante que la Carta Fundamental no hizo mención alguna de dicha categoría⁵¹. Otro tanto se observa en el caso del derecho de familia, donde se menciona que sus normas son de orden público y, como tales, son inderogables por la voluntad de las partes⁵².

⁵¹ El caso del “orden público económico” en el derecho chileno es paradigmático. Se reconoce que la Constitución Política contempla un catálogo de derechos fundamentales que integran lo que se conocería como orden público económico. La noción era de conocimiento de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política, según se menciona en su *Anteproyecto* (COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (s/f), núm. 17, pp. 27-33), mas el texto definitivo no la señala en ninguna parte.

Existen algunas sentencias en sede constitucional, a propósito del recurso de amparo económico, que se hace discusión sobre si un determinado acto u omisión ha supuesto una vulneración del orden público económico, rechazándose no precisamente porque se refiera a una categoría jurídica inexistente, sino más bien por cuestiones de orden probatorio que impidieron dar por acreditada la afectación requerida. A título de ejemplo: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 10 de septiembre de 1996, rol de ingreso N.º 2.595-1996, C. 3.º, red. ministra Sonia Araneda, confirmada por Corte Suprema (3ª Sala), 8 de octubre de 1996, rol de ingreso n.º 3.522-1996, en: *FM*. n.º 455 (octubre 1996), sent. 7, pp. 2012-2025.

⁵² Por todos: RAMOS (2001), p. 15.

3.2.2. Observaciones

Las normas que acabamos de reproducir nos previenen de algunos aspectos que comentaremos de forma preliminar, antes de abordar las funciones que explícitamente han sido rescatadas.

Como primera apreciación, vemos que la expresión “orden público” suele ser explícitamente separada respecto de las “ley”, “moral” e, incluso, “buenas costumbres”. Siendo así, y nuevamente sin brindar una definición, el mismo legislador ha descartado que se traten de nociones sinónimas. Las distingue claramente, de modo que constituyen hipótesis separadas en cuanto a su significado, y que operan de forma independiente unas respecto de las otras; un acto que sea conforme a la ley podría serlo, sin embargo, contrario a las buenas costumbres o que un acto conforme a la moral sea contrario al orden público.

Esta autonomía conceptual debe ser tenida en cuenta, ya que cada vez que se quiera definir al orden público, debería procederse mediante un descarte inicial. Por lo pronto, no puede asimilarse al orden público como un conjunto de normas de contenido moral o basado en las buenas costumbres. Pero también debe descartarse una asimilación respecto de la ley. De este modo, la ley y el orden público son situados como elementos de carácter independiente uno respecto del otro.

Si se consulta ahora la doctrina que trata sobre estos asuntos, podemos apreciar que las diversas sistematizaciones en que organizan sus explicaciones, obedecen a la misma línea de distinción, hablando que las limitaciones al principio de autonomía de la voluntad se encuentran, unas en las leyes y otras en el orden público⁵³. Pero se trata de una distinción que en ciertos casos no suele ser rigurosa, ya que se observan quienes fusionan las causales, refiriéndose ahora al “orden público y las buenas costumbres”, como si se tratara de una limitación de carácter compuesto⁵⁴.

Otro aspecto a destacar de estas normas, es el constante llamado al orden público como un elemento condicionante de la validez de diversos hechos y actos jurídicos.

Es así que vemos que la conformidad con el orden público es requisito para la configuración de la causa lícita en un acto jurídico, como elemento para configurar la validez de ciertos hechos que son objeto de una prestación de hacer y de no hacer, y derechamente como un presupuesto de validez de ciertas convenciones.

⁵³ Siguen este criterio DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 255; DUCCI (2007), p. 27; SANTOS (2003), p. 16.

⁵⁴ En este sentido DUCCI (2007), p. 27.

Cada uno de estos puntos incide en el proceso de formación de un acto jurídico, de modo que es perfectamente posible de asumir que el orden público constituye una limitación al poder del consentimiento de las partes contratantes. Dicho de otro modo, el orden público es sindicado, indirectamente, como una limitación del principio de autonomía de la voluntad.

3.2.3. Funciones

A partir de estas referencias, se identifica al orden público cumpliendo destacadísimas funciones dentro del derecho privado.

La primera gran función que se ha logrado identificar respecto del orden público, es el de *marcar los horizontes hasta los cuales se extiende el principio de autonomía de la voluntad*⁵⁵.

Los casos que hemos estudiado hasta el momento responden claramente a esta consigna, ya que limitan el poder del consentimiento de las partes en lo que se refiere a su posibilidad de estipular libremente lo que ellas quisieran convenir.

Otra función que merece al orden público, consiste de servir como una *causal de limitación en el ejercicio de algunos derechos fundamentales*, en virtud de una categoría que la doctrina distingue claramente respecto de aquellas limitaciones impuestas por la ley.

También se menciona como una función del orden público, en algunas de las veces basadas en un texto expreso, y otras por una referencia directa de los autores, como el *fundamento de las normas prohibitivas e imperativas*.

Se dice en este sentido que las leyes imperativas y las prohibitivas

“mandan o prohíben y obedecen a motivos de orden público, a la mantención del ordenamiento de la organización social o la necesidad de proteger a ciertas personas que se encuentran en situaciones de inferioridad por razones de sexo, edad o situación”⁵⁶.

Al observarse las explicaciones, es fácil inferir que estos autores entendían que las leyes adquirirían el carácter de imperativa por el hecho de que ellas defienden el orden público⁵⁷, y que ello se producía porque, en definitiva, mediante esta clase de leyes se podía proteger el normal funcionamiento de las instituciones jurídicas y sociales; es decir, que toda norma organizada

⁵⁵ Postulan esta función, entre otros: O'CALLAGHAN (1997), p. 46.

⁵⁶ DUCCI (2007), p. 53.

⁵⁷ En este sentido se observa en la obra de O'CALLAGHAN (1997), p. 52, quien menciona a propósito del inciso 2.º del artículo 6 del CC Esp., que la referencia allí hecha al orden público no es propiamente un límite, “sino inherente al propio concepto, ya que si media interés u orden público, la ley será imperativa y, por ello, no excluible”.

sobre la base de ser una norma imperativa, automáticamente se convertía en una de orden público.

Sin embargo, se trata de una opinión que ha tenido detractores. Para el caso del derecho español, los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros afirman que existen ciertas normas que no han sido gramaticalmente pronunciadas en el carácter de imperativas, pero que indudablemente son de orden público y, asimismo, existen normas que siendo imperativas, no son de orden público, en el entendido que su instauración “afecte al orden público”⁵⁸. Sobre la base de ello, y con cita de Ferri, los autores sostienen que el orden público importa un elemento que tiene procedencia

“en el campo que las normas imperativas dejan libre, como criterios residuales de valoración que encuentran aplicación solamente si faltan aquéllas”⁵⁹.

Existen algunos autores que sostenían que *el orden público podía cumplir incluso una función supletoria de la voluntad de las partes*. Se explica que

“allí donde los artículos del Código no sancionan, en cambio, tales principios, su oficio es puramente el de ser aplicables en defecto de contraria voluntad de los particulares”⁶⁰.

Esta opinión tiene una importante particularidad. Hemos indicado al comienzo que el orden público constituía un mecanismo de limitación del principio de autonomía de la voluntad. Pues bien, esta opinión consiste en explicar que el orden público tendría la potestad de, incluso, suplir la voluntad de las partes en caso que nada hubieren estipulado sobre un determinado punto.

El orden público constituye una limitación importante a la aplicación y ejecución de la ley y sentencias judiciales dictadas en el extranjero, conforme a las pautas que brinda el derecho internacional privado⁶¹. Como se dijo, la noción de orden público existente en esta última disciplina obedece a un concepto completamente distinto del aceptado en el derecho nacional.

⁵⁸ Como ejemplos del primer tipo, citan el caso del estatuto jurídico de la patria potestad; del segundo, la redimibilidad de las prestaciones perpetuas, como el caso del artículo 1608 del CC Esp. (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257). Sobre este último caso se ha generado crítica, ya que Biagio Brugi cita como norma fundamentada en el orden público “la redimibilidad de todas las prestaciones perpetuas” (BRUGI (1946), p. 15).

⁵⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 257.

⁶⁰ BRUGI (1946), p. 15.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 150.

Finalmente, el orden público contribuye a la instauración de la noción de "*leyes de orden público*".

Se trata esta última de una categoría generada por la doctrina, a partir de la intervención que el orden público puede adquirir en la conformación de ciertas clases de leyes. Al igual que en el caso del orden público, según veremos, adolece de incertidumbre en cuanto a su concepción. Se ha dicho que las leyes de orden público logran ser identificadas porque ellas comprenden "todo lo que en las leyes interesa más directamente a la sociedad que a los particulares"⁶², y en un sentido similar se encuentra la propuesta por el profesor Domenico Barbero, al indicar que las leyes de orden público

"son aquellas que, dictadas con miras a un interés que trasciende la esfera de los particulares, no admiten ser derogadas mediante pactos privados por aquellos que, en el caso concreto, están llamados a observarlas"⁶³.

Los profesores Weill y Terré las explican en el sentido de que se tratan de aquellas reglas "indispensables para el buen funcionamiento de las instituciones necesarias de la sociedad"⁶⁴. Y en el concepto de Planiol,

"una ley de derecho privado es de orden público si está inspirada en una consideración de interés general, que se encontraría comprometida si los particulares pudieran impedir su aplicación"⁶⁵.

3.3. *Concepto*

La legislación y la doctrina que la estudia tienen claridad respecto de las funciones que le han sido asignadas al orden público. Tan solo nos resta tratar sobre el significado que deberá ser asignado a este concepto.

A fin de abordar este punto, debemos recapitular algunas ideas. La primera de ellas, consiste que se trata de una noción que es invocada por la ley cumpliendo ciertas funciones eminentemente limitativas del principio de autonomía de la voluntad, o del ejercicio de derechos fundamentales. La segunda, es que se trata de un concepto independiente de la moral, las buenas costumbres e, incluso, las leyes.

El plan a seguir consiste de identificar algunas clases de concepciones sobre el orden público, a fin de identificar algunos aspectos comunes.

⁶² DUCCI (2007), pp. 60-61.

⁶³ BARBERO (1967), p. 77.

⁶⁴ La definición de estos autores se encuentra citada en LACRUZ (2006), p. 114.

⁶⁵ DUCCI (2007), p. 61. En cuanto a las nociones seguidas en la doctrina francesa, véase PESCIO (1962), p. 308.

3.3.1. Algunas proposiciones

Una exploración de los manuales y tratados que versan sobre el orden público, y que tratan de ofrecer una definición, nos permite identificar cuatro clases de criterios.

Algunos autores definen el orden público, diciendo que este consiste “del arreglo de las personas y cosas dentro de la sociedad”⁶⁶, de modo que pasa a concebirse como “cuestiones de alta trascendencia estatal o social”. También se ha dicho que el orden público es “el conjunto de reglas esenciales para el mantenimiento de la sociedad”⁶⁷.

La particularidad de esta última definición consiste que ella procede de la obra del profesor francés Gabriel Baudry-Lacantinerie, cuyas explicaciones son relevantes porque han orientado la posición de la doctrina chilena hasta el día de hoy⁶⁸.

La misma jurisprudencia chilena ha reconocido una concepción de esta naturaleza. Así, podemos leer que se concibe al orden público como

“el justo y armónico mantenimiento de las instituciones permanentes del Estado y de las leyes que lo organizan y reglamentan con el fin de promover al mejor bien de la sociedad y de la familia”⁶⁹.

O que se diga que “es la organización considerada como necesaria para el buen funcionamiento general de la sociedad”⁷⁰. Del mismo modo, se la señala como

“la situación o estado de legitimidad normal y de armonía dentro del conjunto social, que permite el respeto y garantía de los derechos esenciales de los ciudadanos”⁷¹.

Una definición más comprensiva de los elementos bajo los cuales se conforma, se encuentra en una sentencia pronunciada por la Íltma. Corte de Apelaciones de La Serena, donde se indicaba:

⁶⁶ Esta definición se encuentra citada en DUCCI (2007), p. 27, aunque sin señalamiento de su autoría. Nuestras aproximaciones sobre este concepto citado sin autoría, nos llevan a aproximarla a la citada por el tratadista chileno LUIS CLARO SOLAR: “Orden público quiere decir, en consecuencia, el arreglo de las personas en la sociedad, ya que las leyes se ocupan de las personas” (CLARO (1992), p. 56).

⁶⁷ DUCCI (2007), p. 60.

⁶⁸ Cfr. PESCIO (1962), p. 308 y n. 194.

⁶⁹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 6 de septiembre de 1941, en *RDJ*, tomo XXXIX, 2ª parte, sec. 2ª, C. 11.º, p. 27, cit. CAFFARENA (1959), pp. 245-246.

⁷⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de julio de 1946, en *GT*. de 1946, 2.º sem., C. 25.º, p. 391, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

⁷¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de agosto de 1953, en *RDJ*, tomo L, 2ª parte, sec. 4ª, C. 8.º, p. 114, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

“por tal concepto debe entenderse la situación de normalidad y armonía existente entre todos los elementos de un Estado, conseguida gracias al respeto cabal de su legislación y en especial, de los derechos esenciales de los ciudadanos, situación dentro de la cual se elimina toda perturbación de las normas morales, económicas y sociales imperantes y que se ajusta a los principios filosóficos que informan dicho Estado”⁷².

Un segundo grupo de definiciones asignadas al orden público, lo refieren como sinónimo del “espíritu general de la legislación” (artículo 24 del *CCCh.*) y de los “principios generales que resultan de la moderna legislación económica”⁷³.

Esta clase de definiciones ya se pueden apreciar en el derecho español como en el italiano. En cuanto al primero, existen algunas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, en las cuales se menciona que el orden público consiste de

“principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y época determinada”⁷⁴.

Esta clase de forma para entender el orden público se replica en el concepto del tratadista español Federico de Castro, diciendo que son “los principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas”⁷⁵. Muy relacionada con la anterior, los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón Ballesteros sostienen que el orden público

“no viene a ser más que la expresión que se le da a la función de aquellos principios en el ámbito de la autonomía privada, consistente en limitar su desenvolvimiento en lo que los vulneren”⁷⁶.

Bajo una misma metodología se puede apreciar en algunos autores italianos de comienzos del siglo XX. Así, Biagio Brugi entendía por “principios de orden público” aquellos “que consagran las máximas del resurgir político y civil de Italia como nación, y por ello son coactivos para todos”⁷⁷.

Como tercer gran criterio implementado para describir cuándo existe un margen de orden público, es a partir de considerar que ella versa sobre

⁷² CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 13 de marzo de 1954, voto de mayoría, en *RDJ*, tomo LI, 2ª parte, sec. 4ª, C. 9.º, p. 123, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

⁷³ DUCCI (2007), p. 27.

⁷⁴ TRIBUNAL SUPREMO (ESPAÑA), sentencias de 5.4.1966 y 31.12.1979, citadas en DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 258.

⁷⁵ Esta definición es citada en DIEZ-PICAZO y GULLÓN (1995), p. 258.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ BRUGI (1946), p. 15.

determinadas materias, las cuales cuando son tratadas por las leyes, significarán automáticamente que se configure un estatuto de orden público.

Siendo así, que ha dicho que existe un margen de orden público en las llamadas “leyes de derecho público” (artículo 1462 del CCCh.); en las disposiciones de derecho privado que no pueden ser renunciadas por los particulares (artículo 12 del CCCh.); en los derechos y obligaciones entre los cónyuges (artículo 1717 del CCCh.) y las que no pueden ser excluidas por la voluntad o acuerdo de las partes (artículos 1467, 1892, 2494 del CCCh.).

Frente a este criterio, existe el seguido por los tratadistas franceses Baudry-Lacantinerie y Houques-Fourcarde, seguido en nuestro sistema por los profesores Victorio Pescio y Carlos Ducci. Por el mismo, se declara que lo fundamental para identificar el orden público es “la naturaleza del vínculo que liga al interés de la sociedad”, de modo que una ley es de orden público cuando se refiere a la organización política, económica, social y moral del estado.

Un tercer formato que ha proliferado en la literatura jurídica, consiste simplemente de un listado directo de las materias que, en su concepto, conforman los principios de orden público. Se citan como tales

“el reconocimiento de derechos civiles de los extranjeros, en la igualdad completa de todos los individuos, en la independencia total del concepto jurídico del religioso, en la ordenación familiar sin prejuicios de líneas ni sexos, en la abolición de todas las prestaciones perpetuas, el respeto de derechos e intereses de tercero”⁷⁸.

Por último, es posible observar que algunas sentencias se han limitado a definir al orden público, sobre todo en el caso de su violación, diciendo que constituye “cualquiera clase” de infracción “al orden jurídico”⁷⁹.

3.3.2. Observaciones

En primer lugar, la inexistencia de una definición basada en textos positivos⁸⁰ dificulta la generación de un concepto unívoco. A esto se agrega la existencia

⁷⁸ BRUGI (1946), p. 15. En forma más sintética sobre las materias constitutivas de orden público en el *Código Civil* chileno, puede consultarse CLARO (1992), tomo I, núm. 102, p. 57.

⁷⁹ CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 13 de marzo de 1954, voto disidente, en *RDJ*, tomo LI, 2ª parte, sec. 4ª, C. 17.º, 18.º y 19.º, p. 123, cit. CAFFARENA (1959), pp. 246-247.

⁸⁰ La propia jurisprudencia se ha encargado de indicar que la ley no ha definido en ninguna parte lo que debe entenderse por orden público. En este sentido: CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de agosto de 1953, en *RDJ*, tomo L, 2ª parte, sec. 4ª, C. 8.º, p. 114, cit. CAFFARENA (1959), p. 246 y CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, 13 de marzo de 1954, voto de mayoría, en *RDJ*, tomo LI, 2ª parte, sec. 4ª, C. 9.º, p. 123, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

de dos formas a través de las cuales la doctrina ha pretendido señalar cuándo existe comprometido el orden público.

A todo ello se une el que se considere orden público como un sinónimo de los principios generales del derecho. Esta clase de asimilación no parece adquirir mayor justificación, sobre todo si se consideran a los principios con funciones de distinta naturaleza de las que se asignan al orden público, y en este último caso con un carácter limitativo de la acción de las personas.

En segundo lugar, y ya avanzando hacia aspectos de carácter sustancial, vemos que la noción de orden público se erige como un atributo de que gozan ciertas leyes. Bajo las nociones más clásicas asociadas al concepto bajo análisis, existe una cercanía entre el orden público y las leyes.

Esta cercanía se encuentra dada porque el orden público surge como resultado de la conformación y materias que tratarían ciertas clases de leyes, las cuales se consideran indispensables para el normal funcionamiento de la sociedad.

Ahora bien, ¿por qué se entiende que esta clase de factor resulta indispensable para que la sociedad pueda funcionar de una manera apropiada? La clave queda determinada más bien por la clase de materias que comprendería el orden público, y las cuales inicialmente se entendían relativas a la organización política del Estado.

Sin embargo, es precisamente en este punto donde el carácter flexible del orden público es el que facilita su mutabilidad, y al día de hoy puede entenderse que existen distintos niveles dentro de la conformación de la sociedad que se consideran indispensables y, por ello, se convierten en indisponibles para las partes. Es por ello que la tendencia a la actualidad consiste de la extensión del orden público, hacia ámbitos fuera del carácter político, como lo es el económico, y que surja hoy el concepto de “orden público económico”.

Como resultado de las observaciones anteriores, vemos que el orden público queda integrado por la naturaleza que adquieren un conjunto de leyes, no una sola en particular, razón por la cual esta noción no es sinónima de la ley, a pesar de que se relaciona con ella.

Este conjunto de leyes se dedica a la tutela de ciertos intereses indispensables para la sociedad, razón por la cual puede afirmarse que no sea un concepto equivalente a la ley, pero que tampoco se trate de un criterio de carácter moral o sinónimo de las buenas costumbres. Como consecuencia de ello, se tratará, en definitiva, de un “concepto jurídico”⁸¹; no es un criterio moralista, ni mucho menos religioso.

⁸¹ Lo afirmaba ya la jurisprudencia. Cfr. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 11 de agosto de 1953, en *RDJ*, tomo I, 2ª parte, sec. 4ª, C. 8.º, p. 114, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

3.4. El orden público como un concepto jurídico indeterminado

Resta por discutir si la noción de orden público tiene las condiciones propias de un “concepto jurídico indeterminado”.

A título preliminar, muy tempranamente los autores que estudiaron el orden público se fueron percatando que se trataba de una noción sin una definición positiva, de modo que debería ser recreada a partir de una labor de carácter interpretativo.

Este esfuerzo, como hemos tenido oportunidad de apreciar, decantó en una versión clásica de carácter tutelar de la organización política del Estado, pero que luego fue extendiéndose hasta alcanzar la organización económica del Estado. Finalmente, comprende otras clases de ámbitos, como la organización familiar de la comunidad.

En todo caso, jamás logró escapar este esfuerzo dogmático de acusarse a la concepción adoptada sobre el orden público como una noción “indeterminada”⁸².

Sin hacer implementación de la doctrina alemana, algunos autores que estudiaron las características de la norma jurídica, destacaban la presencia de ciertos casos de normas “elásticas, flexibles o de Derecho equitativo (*ius aequum*)”⁸³, en las cuales se observa una estructura no determinada en forma invariable, dado que su supuesto de hecho o la consecuencia jurídica no se encontraban determinadas absolutamente, sino más bien con conceptos amplios, o derechamente con fórmulas discrecionales⁸⁴. Y precisamente citan el caso del orden público como normas de esta naturaleza⁸⁵.

Por último, confrontaremos la noción de orden público con las tres zonas en que pueden encontrarse los conceptos jurídicos contenidos en una norma.

Es posible identificar el *núcleo fijo o zona de certeza positiva*. Se sabe de cierto cuáles son las consecuencias derivadas de infringirse el orden público, y el legislador se pregunta si un determinado acto o hecho es o no conforme al orden público. También se dice que el orden público es de aquellas nociones respecto de las cuales no se admiten una pluralidad de soluciones justas, sino una sola para el caso concreto⁸⁶.

⁸² ENNECCERUS *et al.* (1947), p. 277, n. 2.

⁸³ El origen de esta distinción es claramente germanista. En forma profundizada, puede revisarse ENNECCERUS *et al.* (1947), pp. 193-196.

⁸⁴ En este sentido: O'CALLAGHAN (1997), p. 46. Las medidas de flexibilidad adoptadas en este sentido pueden ser consultadas en ENNECCERUS *et al.* (1947), p. 195.

⁸⁵ O'CALLAGHAN (1997), p. 46. Igualmente le dan esta calificación los profesores Blas Pérez González y José Alguer, en sus notas de derecho español a ENNECCERUS *et al.* (1947), p. 196.

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468.

Se encuentra la *zona intermedia o halo de concepto*. Este punto se explica precisamente por la ausencia de una noción positiva asignada preliminarmente al orden público. La doctrina se ha encargado de diseñar este concepto a partir de ciertos parámetros considerados vitales, como la organización política, económica, social y familiar del Estado.

Finalmente, disponemos de la *zona de certeza negativa*. Se sabe que el orden público no constituye sinónimo alguno de las categorías morales, de buenas costumbres, y tampoco queda asimilada a la categoría de “ley”.

Los autores que han tratado sobre los conceptos jurídicos indeterminados coinciden en que el orden público satisface los requerimientos estructurales que se han asignado a esta clase de conceptos⁸⁷.

Finalmente, podemos observar en la jurisprudencia chilena que no se ha seguido de modo alguno el modelo alemán, sino que se ha perpetuado un modelo de calificación del orden público a partir de un estándar común, cual es el uso de una definición predeterminada por la doctrina, la cual destaca el impacto que tiene la ley en el normal desenvolvimiento de la sociedad. Por lo pronto, y tras comprobar cuáles son los mecanismos de técnica jurídica para que el concepto jurídico indeterminado adquiera su determinación, en nuestro sistema se ha acudido inconscientemente a uno de esos modelos, donde la doctrina y la jurisprudencia suelen integrar estos vacíos, destacando la necesidad de proteger el normal funcionamiento de la sociedad.

Este esquema solo se observa respetado en su metodología por la jurisprudencia administrativa española y uruguaya, según hemos tenido oportunidad de referir.

4. CONCLUSIONES

- a) El derecho recurre a ciertos mecanismos carentes de una definición normativa, de configuración flexible, denominadas “conceptos jurídicos indeterminados”.
- b) Los conceptos jurídicos indeterminados se componen de una zona de certeza positiva, otra negativa y una intermedia.
- c) El orden público cabe dentro de las nociones propias de un concepto jurídico indeterminado.
- d) El orden público es identificado particularmente por las materias a las cuales se refiere, y los efectos que desencadena; estos últimos se encuentran claramente determinados por la ley.

⁸⁷ En este sentido se pronuncian BREWER-CARIAS (2007), p. 100 y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), p. 468.

- e) A partir de las referencias que el propio legislador hace del orden público, este se distingue de la moral, de las buenas costumbres e, incluso, de la misma ley.
- f) En cuanto a sus materias, las normas de orden público se caracterizan por comprender los aspectos más fundamentales de la organización política, económica, social y familiar al interior del Estado.
- g) En cuanto a otros aspectos que caracterizan al orden público, es asegurar que las normas que gozan de estas características adquieran un carácter indisponible para las partes.
- h) En lo que respecta a la interrogante y solución formulada al inicio del presente trabajo, vemos que la doctrina y jurisprudencia chilena efectivamente han identificado el orden público dentro de una cierta categoría de normas que, aunque tienen la condición de ser imperativas, adquieren, más bien, ese carácter por sus consecuencias en el desarrollo de la sociedad, la cual les impide que puedan ser eliminadas como consecuencia de la voluntad de las partes. Por lo demás, el concepto se llena necesariamente a partir de la propia labor desarrollada por la doctrina.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARBERO, Domenico (1967): *Sistema del Derecho Privado: Introducción. Parte preliminar. Parte general* (trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América), tomo I.
- BÉCAR LABRAÑA, Emilio José (2018): “El orden público laboral y su configuración en clave unilateral o bilateral en materia de la potestad disciplinaria del empleador. Análisis crítico del estado del debate en el Derecho Chileno”, en *Actualidad Jurídica*, año XVIII, n.º 38 (Santiago, Universidad del Desarrollo), pp. 63-86.
- BREWER-CARIAS, Allan R. (2007): “La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa”, en Germán Cisneros Farías, Jorge Fernández Ruiz y Miguel Alejandro López Olvera (coord.), *Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, pp. 97-115. Disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/11309/la-tecnica-de-los-conceptos-juridicos-indeterminados-como-mecanismo-de-control-judicial-de-la-actividad-administrativa.pdf?sequence=13&isAllowed=y>
- BRUGI, Biagio (1946): *Instituciones de Derecho Civil* (trad. de la 4ª edición italiana por Jaime Simo Bofarull, México D.F., Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana).
- CAFFARENA DE JILES, Elena (1959): *Diccionario de jurisprudencia chilena. Recopilación de conceptos y definiciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- CLARO SOLAR, Luis (1992): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, volumen 1 de la edición facsimilar, tomo I: De las personas).
- Comisión de Estudio de la nueva Constitución Política de la República de Chile: *Anteproyecto constitucional y sus fundamentos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DEI-CAS, Bárbara (2012): "El concepto jurídico indeterminado como límite de la discrecionalidad. Comentario a sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo N° 517 / 2006, de 31.7.2006", en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 12, pp. 71-86. Disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Dei-Cas-El-concepto-juridico-indeterminado-como-limite-de-la-discrecionalidad.pdf> [Fecha de consulta: 8 de noviembre de 2015]
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN ANTONIO BALLESTEROS (1995): *Instituciones de Derecho Civil*. (Madrid, Editorial Tecnos), volumen I.
- DUCCI CLARO, Carlos (2007): *Derecho Civil. Parte General* (4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martin WOLFF (1947): *Tratado de Derecho Civil* (trad. Blas Pérez González y José Alguer, 13ª edición), Barcelona, Editorial Bosch, Tomo I: Parte general. Introducción. Derecho Objetivo. Derechos subjetivos. Sujetos del Derecho. Objeto del Derecho (red. Ludwig Enneccerus).
- FUEYO LANERI, Fernando (1953): *Repertorio de voces y giros del Código Civil chileno* (Santiago, Editorial Revista de Derecho Privado), tomo II.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (2004): *Curso de Derecho Administrativo* (12ª edición, Madrid, Editorial Thomson Civitas), tomo I.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2006): *Elementos de Derecho Civil. I. Parte General* (4ª edición, Madrid, Editorial Dykinson, act. Jesús Delgado Echeverría), tomo I: Introducción).
- MIRAS, Jorge (2012): "Concepto jurídico indeterminado", en Javier Otaduy, Antonio Viana y Joaquín Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. II, pp. 346-347. Disponible en <http://dadun.unav.edu/bitstream/10171/28150/1/CONCEPTO%20JUR%C3%8DDICO%20INDETERMINADO.pdf>
- NÚÑEZ PACHECO, Melisa (2013): *Los conceptos jurídicos indeterminados: La mercadería. Controversias y soluciones* (Quito, Universidad Andina Simón Bolívar-Corporación Editora Nacional).
- O'CALLAGHAN, Xavier (1997): *Compendio de derecho civil. Parte general*, tercera edición (Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado), tomo I.
- PESCIO VARGAS, Victorio (1962): *Manual de derecho civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I: Título preliminar del Código Civil).
- RAMOS PAZOS, René (2001): *Derecho de familia* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.

SANTOS BRIZ, J. (2003): *Tratado de derecho civil* (Barcelona, Editorial Bosch), tomo 1: Parte General. Introducción y Doctrinas Generales).

Jurisprudencia citada

CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA: 13 de marzo de 1954, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LI, 2ª parte, sec. 4ª, C. 9.º, p. 123, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO: 6 de septiembre de 1941, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIX, 2ª parte, sec. 2ª, C. 11.º, p. 27, cit. CAFFARENA (1959), pp. 245-246.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO: 11 de julio de 1946, en *Gaceta de los Tribunales* de 1946, 2.º sem., C. 25.º, p. 391, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO: 11 de agosto de 1953, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo L, 2ª parte, sec. 4ª, C. 8.º, p. 114, cit. CAFFARENA (1959), p. 246.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO: 10 de septiembre de 1996, rol de ingreso n.º 2.595-1996, C. 3.º, red. ministra Sonia Araneda, confirmada por CORTE SUPREMA (3ª SALA), 8 de octubre de 1996, rol de ingreso n.º 3.522-1996, en: *Fallos del Mes* n.º 455 (octubre 1996), sent. 7, pp. 2012-2025.

TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE URUGUAY (2006): n.º 517/2006, Zona-mérica S.A. con Estado, Ministerio de Economía y Finanzas, 31 de julio de 2006.

Normas citadas

Código Civil, DFL N.º 1 del Ministerio de Justicia, 30 de mayo de 2000.

Código Civil de España, 24 de julio de 1889.

REVISIÓN DE LA RESPONSABILIDAD
DISCIPLINARIA Y CIVIL DE LOS CLUBES
DE FÚTBOL EN CHILE A PROPÓSITO
DE LOS INCIDENTES VIOLENTOS
EN LA FINAL DE LA COPA LIBERTADORES 2018

REVIEW OF THE DISCIPLINARY AND CIVIL
LIABILITY FROM THE FOOTBALL CLUBS
IN CHILE, AS FOR THE VIOLENT INCIDENTS
IN THE 2018 COPA LIBERTADORES FINAL

*Martin Briceño Kannegiesser**

RESUMEN: A raíz de los incidentes en la final de la Copa Libertadores 2018 y los hechos de violencia en los estadios, hacemos una revisión de la responsabilidad disciplinaria y responsabilidad civil de los clubes de fútbol en Chile. Esta radiografía incluye el análisis de la normativa de la Conmebol y de la ANFP, demostrando sus notorias diferencias en responsabilidad y sanciones. En materia civil, profundizamos en las distintas vías de la víctima para obtener una indemnización de perjuicios, analizando la Ley n.º 19496, normas de derecho común y especialmente la responsabilidad consagrada en la Ley n.º 19327, con sus requisitos y problemáticas.

PALABRAS CLAVES: Fútbol - Responsabilidad disciplinaria - Responsabilidad civil - Violencia - Estadios de fútbol.

ABSTRACT: As a result of the incidents in the 2018 Copa Libertadores final and the incidents of violence in the stadiums, we review the disciplinary responsibility and civil liability of the soccer clubs in Chile. This radiography includes the analysis of the Conmebol and ANFP regulations, demonstrating their evident differences in responsibility and sanctions. In civil matters, we

* Profesor colaborador de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo sede Concepción. Correo electrónico: m.briceno@udd.cl.

delve into the various ways of the victim to obtain compensation for damages, analyzing Law 19,496, Common Law rules and especially the responsibility enshrined in Law 19,327, with its requirements and problems.

KEYWORDS: Football - Disciplinary liability - Civil liability - Violence - football stadiums.

INTRODUCCIÓN

El pasado 23 de noviembre, al disputarse la final de vuelta de la Copa Conmebol Libertadores Bridgestone, ocurrieron los siguientes hechos: El autobús que llevaba a los jugadores y cuerpo técnico de Boca Juniors, desde su lugar de concentración hasta el estadio Monumental Antonio J. Liberti del club River Plate, al girar en una intersección, a cinco cuerdas del estadio –todavía sin ingresar a los anillos de seguridad– fue apedreado por una multitud de hinchas del club River Plate, rompiendo los vidrios del vehículo y lesionando a varios jugadores¹.

A raíz de este acontecimiento, el partido fue suspendido –después de sucesivas postergaciones– y, finalmente, se disputó el 9 de diciembre en el estadio Santiago Bernabéu de Madrid, en una inédita y polémica decisión por parte del ente rector del fútbol sudamericano.

La pregunta inmediata que surgió horas después –y que probablemente tienen que haberse hecho los dirigentes de los clubes el día de la final– es la siguiente: ¿Era el club River Plate responsable deportivamente por los hechos realizados por sus hinchas y que generaron lesiones o daños en los jugadores o cuerpo técnico?

Para efectos de este trabajo nos planteamos, ¿qué habría pasado si estos mismos hechos hubieran ocurrido en nuestro país? Además, nuestro análisis también abarcará el supuesto en que las víctimas no son los jugadores o cuerpo técnico, sino que, también, cuando los afectados son otros hinchas –ya sea del propio club o de la visita– que asisten a un espectáculo deportivo.

Estos hechos descritos implican una serie de consecuencias jurídicas en las diversas ramas del derecho, tanto en materia penal, civil, administrativa, deportiva, entre otros. Nos enfocaremos exclusivamente en la responsabilidad deportiva y civil, analizando lo establecido consagrado en el ámbito deportivo por la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, como también

¹ El más damnificado fue el mediocampista Pablo Pérez, quien tuvo que concurrir a un centro médico y fue diagnosticado con una úlcera en la córnea del ojo izquierdo.

lo que puede ocurrir en materia de responsabilidad civil en la Ley n.º 19327 de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional.

En definitiva, el objetivo de esta ponencia consiste en intentar responder a la siguiente pregunta: ¿En Chile, el club local puede ser responsable deportiva y civilmente por hechos ilícitos provocados por los hinchas o simpatizantes, que ocasionen daños a jugadores, cuerpo técnico u otros hinchas?

Para efectos de facilitar la comprensión, se divide en tres partes. En la primera de ellas analizaremos la normativa deportiva aplicable en el ámbito sudamericano, para luego analizar la normativa nacional. Realizaremos un examen de las disposiciones, los requisitos para establecer la responsabilidad disciplinaria y sus sanciones. En la segunda parte abordaremos lo relativo a la responsabilidad civil de los clubes en nuestro país, haciendo un somero análisis de las normas relativas a la ley de protección al consumidor y la responsabilidad contractual para analizar, con más detenimiento, la responsabilidad consagrada en la Ley n.º 19327, con sus requisitos y problemáticas. En la conclusión, incluiremos algunos preceptos que consagran la responsabilidad civil de los clubes organizadores en otros ordenamientos jurídicos.

1. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN EL ÁMBITO SUDAMERICANO Y EN CHILE

Como punto de partida, debemos señalar que el desarrollo de un partido de fútbol profesional, como disciplina deportiva, está sometido a múltiples cuerpos normativos que regulan la práctica del deporte. En ella confluyen normativas de diversa índole, integradas principalmente por fuentes normativo-públicas y fuentes federativas que “concretan a través de Estatutos y Reglamentos deportivos las manifestaciones de la autonomía de cada deporte”².

Dentro de las fuentes federativas encontramos las reglas de juego, que son

“aquellas que ordenan la conducta de acción u omisión de los deportistas en las actividades de su modalidad y que, por ende, son de aplicación inmediata en el desarrollo de las pruebas o competiciones deportivas”³.

Todos los sujetos que participan de esta actividad deportiva, tanto futbolistas, árbitros, cuerpos técnicos, clubes deportivos e, incluso, aficionados tienen obligaciones derivadas de estas reglamentaciones federativas. Tal como lo describe Salvatore Aceto di Capriglia,

² AGIRREAZKUENAGA (1999), p. 37.

³ *Op. cit.*, p. 35.

“Entre los diversos reglamentos que pueden adoptar las Federaciones, asumen particular relevancia los que establecen las reglas que los jugadores participantes en una competición deportiva deben observar. Muchas de estas reglas se refieren a modalidades específicas de juego; otras, en cambio, tienen como finalidad prevenir eventos dañosos a los participantes en la competición o a los espectadores”⁴.

La omisión o infracción a estas reglas de juego pueden dar lugar a la reacción del ordenamiento deportivo, en especial a la responsabilidad disciplinaria, la cual será ejercida por los órganos jurisdiccionales de la federación o asociación deportiva, en lo que se conoce como la potestad disciplinaria deportiva, que:

“corresponde a órganos específicos de la estructura del deporte para sancionar las infracciones (acciones u omisiones) de las reglas del juego, reglas de las competiciones y principios de conducta deportiva, establecidas por disposiciones reglamentarias estatales o federativas”⁵.

Tanto la Federación Internacional de Fútbol Asociado, la Confederación Sudamericana de Fútbol como la Asociación Nacional de Fútbol Profesional pueden ejercer la potestad disciplinaria deportiva en contra de sus clubes miembros. Tal como veremos a continuación, dichos organismos contemplan normas sobre la responsabilidad disciplinaria de los clubes organizadores de partidos de fútbol profesional, por los hechos de violencia que puedan provocar los aficionados. Luego, la pregunta que surge es si el club organizador, cuyos hinchas lanzan proyectiles al bus donde viajaban jugadores y cuerpo técnico del club rival o en el contexto de un partido agreden a otros espectadores, será responsable desde un punto de vista disciplinario.

Si la respuesta es afirmativa y se cumplen con los elementos de la responsabilidad –declarando, en consecuencia, que el club es responsable– recibirá algunas de las sanciones establecidas por el reglamento disciplinario respectivo.

Para determinar la normativa aplicable y, por tanto, el estándar de responsabilidad exigible al club organizador, deberemos distinguir si los hechos se producen en el contexto de un partido internacional organizado por la Confederación Sudamericana de Fútbol (Copa Libertadores, Copa Sudamericana, entre otros) o en un partido organizado por la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (Torneo de Primera División, Copa Chile, etcétera)⁶.

⁴ ACETO DI CAPRIGLIA (2018), pp. 459-460.

⁵ Carretero Lestón en ALONSO (2009).

⁶ Nuestro análisis solo se circunscribirá a las normas de la Conmebol y la ANFP, toda vez que la situación descrita en la parte introductoria y que dio origen a este trabajo es de la Copa Libertadores. En todo caso, haremos mención a la normativa de la FIFA en los siguientes pies de página.

Si los hechos ocurren en el contexto de una competición internacional organizada por la Confederación Sudamericana de Fútbol (en adelante Conmebol), se aplicará lo consagrado en el Reglamento de Disciplina de la Conmebol y el reglamento de la competición respectiva, por ejemplo, el Reglamento de la Copa Conmebol Libertadores en el caso de dicha competición. El precepto relevante en esta materia es el artículo 8 párrafo segundo del Reglamento Disciplinario de la Conmebol^{7, 8} que prescribe:

ARTÍCULO 8°- Responsabilidad objetiva de los clubes y asociaciones miembro;

1. Las Asociaciones Miembro y los clubes son responsables del comportamiento de sus jugadores, oficiales, miembros, público asistente, aficionados así como de cualquier otra persona que ejerza o pudiera ejercer en su nombre cualquier función con ocasión de los preparativos, organización o de la celebración de un partido de fútbol, sea de carácter oficial o amistoso.

2. Las Asociaciones Miembro y clubes son responsables de la seguridad y del orden tanto en el interior como en las inmediaciones del estadio, antes, durante y después del partido del cual sean anfitriones u organizadores. Esta responsabilidad se extiende a todos los incidentes que de cualquier naturaleza pudieran suceder, encontrándose por ello expuestos a la imposición de las sanciones disciplinarias y cumplimiento de las órdenes e instrucciones que pudieran adoptarse por los órganos judiciales.

El reglamento disciplinario de la Conmebol no acepta dobles lecturas: la responsabilidad del club organizador es de carácter objetiva. El propio texto legal lo consagra y se desprende de los vocablos “todos los incidentes que de cualquier naturaleza pudieran suceder”. Tampoco se hace mención a un actuar negligente o doloso por parte del club. Basta con que se genere un

⁷ Este cuerpo normativo es un anexo del Reglamento de la Copa Conmebol Libertadores 2018 y en virtud del artículo 3, debe ser cumplido en su totalidad por los clubes participantes.

⁸ En relación con este precepto, también resulta conveniente transcribir lo señalado en el artículo 120 del Reglamento de la Copa Conmebol Libertadores 2018: “Todas las cuestiones vinculadas a la Seguridad del partido, en concreto la que garantice la de los aficionados, espectadores, jugadores, árbitros, delegados y restantes oficiales de partido, miembros de los medios de comunicación, dirigentes y representantes de los patrocinadores, será responsabilidad exclusiva del club que actúe de local de acuerdo con las obligaciones que impone este Reglamento y las circulares emanadas de la CONMEBOL. A estos efectos cada club participante deberá nombrar a un Oficial de Seguridad, conforme a los requisitos dispuestos en presente capítulo y las circulares que la CONMEBOL pueda remitir sobre el particular. El Oficial de Seguridad del club deberá ser una persona apta para cumplir con las funciones que reglamentariamente tiene encomendadas”.

hecho provocado por cualquiera (generalmente los actos serán efectuados por hinchas), que altere la seguridad o el orden, ya sea que ocurra en el estadio o en sus inmediaciones, antes, durante y después del partido, para que el club anfitrión sea responsable y pueda ser objeto de sanciones disciplinarias por parte de los órganos judiciales de la Conmebol.

Para definir su responsabilidad, el análisis jurídico no recaerá en si el actuar del club local fue diligente o no, toda vez que como anfitrión debe hacerse cargo de la seguridad en el estadio y en sus inmediaciones. El elenco local no se puede desligar de esa responsabilidad, siempre y cuando dicho actuar sea efectuado en el estadio o en sus inmediaciones⁹.

Si los incidentes ocurren en el contexto de un torneo organizado por la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, la normativa aplicable en este caso es el *Código de Procedimiento y Penalidades* de la ANFP. Este reglamento disciplinario establece también un precepto que regula el régimen de responsabilidad disciplinario de los clubes. El artículo 66 consagra en su primer párrafo:

“El club que oficie de local deberá ser diligente en el cumplimiento de las obligaciones que impone la ley 19.327, sobre Violencia en los Estadios a fin de evitar conductas impropias de los espectadores so pena de aplicarse las sanciones previstas en este artículo”.

En el segundo y tercer párrafo se consigna:

“Los espectadores ubicados en el sector que previamente el club local haya reservado para los adherentes o simpatizantes del club visitante, serán considerados seguidores de este último club, salvo prueba en contrario, y en tal caso se sancionará solamente al club visitante. Se considera conducta impropia, entre otras, los actos de violencia contra personas o cosas, la utilización de objetos inflamables, el lanzamiento de objetos, el despliegue de pancartas con textos ofensivos al honor, los gritos injuriosos reiterados y que tengan un contenido xenófobo, racista, religioso o político y, la invasión al campo de juego”.

Finalmente, el párrafo penúltimo consagra una eximente de responsabilidad:

⁹ En el caso del partido de vuelta de la final de la Copa Libertadores de América de 2018, el quid del asunto no recaerá en si el actuar de River Plate fue diligente o no, toda vez que esa responsabilidad es estricta, en conformidad con el Reglamento Disciplinario. A nuestro criterio, la controversia recaerá en la definición y extensión del vocablo ‘inmediaciones’. En resumidas cuentas la pregunta será: ¿los hechos ocurridos cinco cuerdas antes del estadio pueden ser considerados como “inmediaciones”? o, en definitiva, ¿desde donde se considera que estamos en las inmediaciones del estadio y que el club pasa a ser responsable?

“Se eximirán de las sanciones descritas por la conducta impropia de sus adherentes o simpatizantes al probar que, con anterioridad a la comisión de los actos impropios, hubiesen adoptado e implementado cada una de las medidas de seguridad señaladas en la ley y/o en las instrucciones impartidas por la autoridad competente y/o la Asociación Nacional de Fútbol Profesional”.

De la sola lectura se desprende que la ANFP ha establecido un régimen de responsabilidad de carácter subjetivo respecto de los clubes organizadores para el caso que los hinchas realicen conductas que atenten contra la seguridad en los estadios. La legislación deportiva nacional consagra expresamente que el club local debe ser “diligente en el cumplimiento de las obligaciones que impone la Ley 19.327”, por lo que no hay dudas de que se trata de un sistema de responsabilidad subjetivo. En caso de que exista negligencia en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley de Violencia en los Estadios, solo ahí será sancionado el club anfitrión, con una serie de penas consagradas en el mismo reglamento.

A diferencia de lo analizado anteriormente, este cuerpo legal ha adoptado una solución diversa –e, incluso, contradictoria¹⁰– a aquella contemplada en el Reglamento Disciplinario de la Conmebol e, incluso, el de la FIFA¹¹, contraponiéndose abiertamente con el sistema de responsabilidad consagrado en materia internacional por la Conmebol y la FIFA.

Bajo esa lógica, podría ocurrir que ante un mismo hecho como, por ejemplo, el lanzamiento de bengalas a la cancha o trifulcas entre barras de los dos equipos, el club organizador del partido no sea sancionado a la luz de una normativa y sí lo sea en conformidad a la otra. Así, en el contexto de un torneo organizado por la Conmebol o la FIFA el club organizador sea considerado objetivamente responsable, mientras que ese mismo hecho en un torneo local, la ANFP podría estimar que no ha existido negligencia por parte del club organizador y se ha cumplido con las medidas de seguridad, por lo que no le cabría responsabilidad disciplinaria.

¹⁰ No deja de ser llamativo que la FIFA nada haya dicho respecto al reglamento de la ANFP y el régimen subjetivo de responsabilidad disciplinario, completamente distinto al régimen objetivo consagrado por el máximo organismo del fútbol mundial.

¹¹ El artículo 67 del Reglamento Disciplinario de la FIFA consagra en sus párrafos uno y dos: “1. La asociación o el club anfitrión es responsable, sin que se le impute una conducta u omisión culpable, de la conducta impropia de los espectadores y, dado el caso, se le podrá imponer una multa. En el caso de disturbios, se podrán imponer otras sanciones. 2. La asociación o el club visitante es responsable, sin que se le impute una conducta u omisión culpable, de la conducta impropia de los espectadores considerados como sus seguidores y, dado el caso, se le podrá imponer una multa. En el caso de disturbios, se podrán imponer otras sanciones. Los espectadores sentados en la tribuna reservada a los visitantes son considerados como seguidores de la asociación visitante, salvo prueba de lo contrario”.

A pesar de la importante diferencia normativa entre la responsabilidad objetiva consagrada por la Confederación Sudamericana de Fútbol y la responsabilidad subjetiva que establece el *Código de Procedimiento y Penalidades* de la ANFP, de los fallos dictados por el Tribunal de Disciplina de la Asociación Nacional de Fútbol se advierte una clara “objetivización” de la responsabilidad del inciso primero del artículo 66¹². Aunque el club organizador cumpla con todas y cada una de las medidas impuestas por la autoridad respectiva, el órgano jurisdiccional condena fundado principalmente en que:

“En este contexto, en opinión de este Tribunal, se involucra en el sentido general de la norma generada por el legislador en materia de responsabilidad impropia de los espectadores, no solo el cumplimiento formal de medidas de seguridad, sino también la acreditación de haberse implementado estas medidas de modo tal que cumpliesen su propósito a cabalidad y en forma plena”.

Al no poder acreditar que los medios implementados por el club organizador no fueron eficientes o no cumplieron con mantener la seguridad en el espectáculo deportivo, son condenados, a pesar de invocar caso fortuito o hecho de un tercero. Lo anterior transforma en la práctica a la responsabilidad subjetiva en objetiva.

Para finalizar esta parte, es interesante hacer mención en las sanciones que trae aparejada. Las diferencias entre los estatutos anteriormente expuestos no se traducen exclusivamente en el sistema de responsabilidad, sino que, también, en cuanto a los castigos que pueden recaer sobre los clubes.

Por una parte, el artículo 18 del Reglamento Disciplinario de la Conmebol, consagra una serie de sanciones para las asociaciones miembro y clubes, las que pueden interponerse en forma individual o conjunta por una misma infracción. Estas son: Advertencia, reprensión, amonestación o apercibimiento; multa económica, que nunca será inferior a US\$100 ni superior a US\$400 000; anulación del resultado de un partido, repetición de un partido, deducción de puntos, determinación del resultado de un partido, obligación de jugar un partido a puerta cerrada, cierre total o parcial del estadio, prohibición de jugar un partido en un estadio determinado, obligación de jugar un partido en un tercer país, descalificación de competiciones en curso o exclusión de futuras competiciones, retirada de un título o premio, retirada de licencia y prohibición de venta o compra de boletos.

¹² Se revisaron los fallos más recientes del Tribunal Autónomo de Disciplina de la ANFP, en especial, aquellos en que se produjeron graves incidentes de violencia que obligaron, incluso, a la suspensión del partido. Las sentencias revisadas son de fechas 9 de abril de 2019, 26 de marzo de 2019, 9 de octubre de 2018, 4 de septiembre de 2018, 20 de marzo de 2018 y 29 de diciembre de 2015. Todos están disponibles en la página web de la ANFP.

A su vez, el artículo 66 del *Código de Procedimiento y Penalidades* de la ANFP contempla las sanciones específicas para el caso que se condene al club organizador por no haber cumplido las medidas de diligencia exigidas por la Ley n.º 19327. Las sanciones son: Amonestación al club, multa económica desde diez a cien unidades de fomento, prohibición de ingreso de público al estadio de una a cinco fechas, suspensión del estadio, y la más gravosa, la realización de uno a cinco juegos a puertas cerradas.

De la comparación de ambas, se desprende que el ente sudamericano contempla sanciones mucho más gravosas que el ente nacional. Incluso, la violencia en los estadios puede traer aparejada consecuencias deportivas, tales como la deducción de puntos o la determinación del resultado de un partido. De hecho, la Conmebol ha sancionado en múltiples ocasiones de esta manera. En 2016, desclasificó a Boca Juniors de la Copa Libertadores, debido a que hinchas arrojaron gas pimienta a jugadores de River Plate. Además recibió una multa de doscientos mil dólares y jugar los próximos cuatro partidos como local en competencias internacionales sin público. Otro caso conocido es el ocurrido en el Estadio Calama el 23 de abril de 2002, cuando en el duelo por octavos de final de la Copa Libertadores entre Cobreloa y Olimpia de Paraguay, un proyectil le llegó al árbitro argentino Ángel Sánchez. El partido fue suspendido y la Conmebol determinó dar por ganado el encuentro a los paraguayos por 2-0, además de clausurar el estadio de Calama por todo ese año. Si ambos casos hubieran ocurrido en el contexto de nuestro torneo nacional, en ningún caso la sanción comprendería la sanción deportiva, toda vez que el artículo 66 no lo señala expresamente.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Junto a la responsabilidad disciplinaria de la que puedan ser responsables los clubes organizadores y que emanen de los actos violentos de los hinchas en los estadios, puede surgir también, en forma autónoma, la responsabilidad civil de los clubes. Ante el fenómeno transversal y mundial de los hechos de violencia en los estadios, con el objeto de erradicarlo, la doctrina y jurisprudencia en las distintas latitudes ha elaborado diversos razonamientos jurídicos con el fin de determinar la responsabilidad civil de los clubes organizadores de espectáculos deportivos.

Originalmente y por cuestiones históricas¹³, la falta de normas especiales de responsabilidad civil en los *Códigos Civiles* llevó a que en las dis-

¹³ El desarrollo de los deportes, su masificación, profesionalización y evolución en espectáculos masivos es propia del siglo XX. Es por ello que los *Códigos Civiles* decimonónicos no contenían normas en esta materia. Incluso, en la actualidad, a pesar de que se ha transformado en un lucrativo negocio, sigue existiendo, a nuestro parecer, escasa regulación normativa y desarrollo jurídico en el ámbito doctrinario y jurisprudencial.

tintas latitudes los autores recurrieran a las normas del derecho común para poder suplir las lagunas legales existentes. Posteriormente, en una buena parte de ellos, como en Argentina o España, se han dictado leyes especiales que consagran sistemas y normas especiales de responsabilidad.

En la actualidad pareciera existir uniformidad con respecto a que el fundamento para justificar la responsabilidad de los clubes organizadores puede ser de carácter contractual o extracontractual. En otras palabras, la violencia en los estadios que genere daños en espectadores o terceros puede constituir un delito o cuasidelito civil o un incumplimiento contractual. Tal como sostienen Felipe Osterling y Mario Castillo,

“La mayoría de autores sostiene que, con relación al público asistente a los espectáculos deportivos, el organizador asume una doble responsabilidad por los daños ocasionados a éstos, ya sean daños de índole patrimonial o extrapatrimonial. Por un lado, es posible que el organizador se encuentre obligado extracontractualmente por los ilícitos cometidos por sus dependientes en perjuicio de los asistentes al evento. Por otra parte, afirman que se le puede imputar responsabilidad contractual, en tanto existe un contrato –de espectáculo público– que el organizador y el espectador han celebrado”¹⁴.

Antes de entrar al análisis, debemos prevenir que en este trabajo nos enfocaremos someramente en las normas de la responsabilidad contractual, partiendo por la Ley de Protección al Consumidor y, luego, sobre el contrato de espectáculo deportivo para, posteriormente, profundizar en las normas de responsabilidad extracontractual en el *Código Civil* y en especial la contenida en la Ley n.º 19327 de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, el principal cuerpo legal en esta materia¹⁵.

2.1. Deber de seguridad en la Ley de Protección al Consumidor y contrato de espectáculo deportivo

La Ley de Protección al Consumidor es aplicable a los hechos de violencia en los estadios por la directa remisión que hace el artículo 3 inciso segundo de la Ley n.º 19327, que prescribe:

“Asimismo, y sin perjuicio de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones señaladas anteriormente, los organizadores de espectá-

¹⁴ OSTERLING y CASTILLO (2003).

¹⁵ Otras normas relevantes en materia deportiva y en el fútbol son la Ley n.º 19712 “Ley del Deporte”, Ley n.º 20019 “de Sociedades Anónimas Deportivas Profesionales” y el capítulo VI del *Código del Trabajo* “Del contrato de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas”.

culos de fútbol profesional estarán sujetos a las obligaciones que para los proveedores impone la ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, debiendo aplicarse el procedimiento establecido en dicho cuerpo normativo respecto de las eventuales infracciones a los preceptos mencionados”.

En virtud de lo anterior, son aplicables a los organizadores de espectáculos de fútbol profesional las obligaciones de los proveedores.

Además, la compra de una entrada y la asistencia a un estadio para ver un partido de fútbol profesional, constituye un acto de consumo por parte de un espectador que tiene la calidad de consumidor, toda vez que es una persona natural que en virtud de un acto jurídico oneroso disfruta de un servicio. La contraparte, el organizador del espectáculo de fútbol, conceptualmente también puede ser clasificado como proveedor, ya que es una persona jurídica –generalmente sociedad anónima deportiva profesional– que habitualmente desarrolla actividades de prestación de servicios a consumidores por un precio o tarifa determinada. La prestación de servicios consistirá en la presentación y exhibición del espectáculo deportivo. Finalmente, el acto tendrá carácter de civil para el primero y de mercantil para el segundo, considerando que estos son sociedades anónimas deportivas profesionales y como tal, sus actos son mercantiles.

Como el proveedor debe cumplir con los deberes establecidos en la Ley n.º 19496, tendrá el especial deber de seguridad en el consumo de bienes y servicios y la protección de la salud, consagrado en el artículo 3 letra d de la Ley de Protección al Consumidor. El artículo 45 inciso segundo también reafirma lo anterior¹⁶. Dentro de nuestra doctrina, para Hernán Corral Talciani:

“Hay que considerar, en consecuencia, que la seguridad impone al producto o servicio el no causar daños o perjuicios, más allá de los derivados de su propia inidoneidad para cumplir con el fin al que estaba destinado. Estos daños pueden ser en la persona: lesiones corporales, muerte o aflicción psíquica, o en su patrimonio: si resultan menoscabados bienes distintos al producto o servicio inseguro”¹⁷.

De manera que el club organizador deberá adoptar las medidas necesarias para resguardar la integridad física y psíquica de los asistentes al estadio, impidiendo

¹⁶ Consagra el precepto: “En lo que se refiere a la prestación de servicios riesgosos, deberán adoptarse por el proveedor las medidas que resulten necesarias para que aquélla se realice en adecuadas condiciones de seguridad, informando al usuario y a quienes pudieren verse afectados por tales riesgos de las providencias preventivas que deban observarse”.

¹⁷ CORRAL (2013), pp. 111-112.

que sufra algún perjuicio por actos de violencia de otros espectadores, mientras se desarrolle el espectáculo deportivo. Lo anterior comprende que dichas medidas abarquen desde el ingreso al recinto deportivo y sus inmediaciones, pasando por la limitación del acceso al recinto deportivo, el mantenimiento del buen estado de dichas instalaciones y la adopción de medidas hasta la culminación del espectáculo deportivo y desalojo del estadio.

Ligado con el tema anterior y profundizando en la relación existente entre el organizador del espectáculo deportivo y el espectador, el mismo hecho puede ser constitutivo de un incumplimiento contractual por la existencia de un contrato de espectáculo deportivo. Desde ese prisma, también podrían aplicarse las normas de la responsabilidad contractual del *Código Civil*.

Este tema en particular ha tenido especial desarrollo en la doctrina y jurisprudencia extranjera, en especial en Argentina, donde se ha desarrollado la noción de “contrato de espectáculo deportivo”¹⁸. Esta convención, atípica e innominada, es celebrada entre el espectador y el organizador del espectáculo deportivo,

“en virtud del cual, el espectador abona una entrada o derecho de admisión para poder acceder al lugar donde se desarrollará el evento deportivo, y así poder presenciarlo”¹⁹.

Dentro de las obligaciones que emanan de ese contrato, está envuelta implícitamente la obligación de seguridad, de no dañar al espectador y mantener su seguridad desde el ingreso hasta la salida, que la doctrina argentina denomina “cláusula de incolumidad”. Tal como lo señala Marcelo Vuotto,

“Frente a los espectadores existe un innominado contrato de espectáculo público en el que el club organizador asume, tácitamente y mediante una cláusula de incolumidad, un deber de seguridad consistente en que el público asistente no sufra daños a causa del evento deportivo que organiza. Ello, sin perjuicio del incumplimiento por parte de la entidad organizadora del deber de adoptar las medidas necesarias para que el evento se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes”²⁰.

Andrés Blanca Casado también lo desarrolla en forma clara:

“En otras palabras, el contrato de espectáculo incluye como obligación accesoria, la de seguridad, que obliga al organizador del evento a preservar

¹⁸ En España recibe la denominación de “contrato de exhibición deportiva”.

¹⁹ BLANCA (2014), p. 419.

²⁰ VUOTTO (2017), p. 1.

a los espectadores de los daños, personales o materiales, que pudieran ocasionarse durante la ejecución del contrato. Se trata de un típico deber de garantía que se manifiesta en la protección de la persona contratante, en este caso, del espectador, y que se presenta de modo análogo a aquellas situaciones en las que la obligación suplementaria acompaña a la principal”²¹.

En nuestro país, la Corte Suprema no se ha pronunciado sobre el deber de seguridad en la asistencia a espectáculos deportivos o sobre la existencia de un contrato de espectáculo deportivo, pero sí lo ha hecho respecto al contrato de prestación de servicios educacionales. Si bien se trata de materias distintas, el razonamiento jurídico puede ser extensivo al caso de la responsabilidad del organizador del espectáculo deportivo por violencia en los estadios.

Así, se ha sostenido que la obligación de seguridad y de cuidado de la integridad psíquica y física de los alumnos no requiere de una cláusula expresa que establezca ese deber y las condiciones en que debe cumplirse. Ello, por cuanto con arreglo a lo previsto por el artículo 1546 del *Código Civil*, el contrato se entiende integrado no solo por sus estipulaciones expresas, sino que, también, su contenido está determinado por los elementos que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que se entienden pertenecerle por disposición de la ley. En este sentido se ha dicho que en los contratos de enseñanza se considera ínsita la obligación expresa o tácita de seguridad. En un reciente fallo, la Corte Suprema (rol 41542-2017) consagró

“Que del modo propuesto cabe sostener que integran el contrato de prestación de servicios educacionales –por su propia naturaleza y disposición de la ley–, las obligaciones de brindar seguridad y cuidar la integridad de los educandos. De este modo ‘el propietario de un establecimiento educacional asume no solo las obligaciones típicas que emergen de dicha relación, sino también una obligación de seguridad, consistente en mantener indemne la integridad física y espiritual del educando mientras se encuentra confiado por sus representantes legales al establecimiento’. Es así entonces que, en el marco de las obligaciones propias de una institución como la demandada, se encuentra el deber de custodia, que surge de la naturaleza de la labor del servicio que presta. La responsabilidad de las personas o entidades titulares de un establecimiento educacional encuentra su sustento en el deber de vigilancia que emana de las funciones propias que aquellas desempeñan en relación a sus alumnos menores de edad”²².

²¹ BLANCA (2014), p. 421.

²² Considerando séptimo de la sentencia de reemplazo.

En suma, la víctima de un hecho de violencia en el estadio podrá invocar como fundamento para una indemnización de perjuicios, la existencia de una infracción al derecho de seguridad en el consumo, ya sea bajo el prisma del derecho de consumo o, bien, desde las normas de la responsabilidad contractual. Especial relevancia toma el concepto de “contrato de espectáculo deportivo” desarrollado en Argentina, que contiene una obligación intrínseca de seguridad, envuelta en el contrato y que también acarreará un incumplimiento contractual que permitirá demandar la indemnización de los daños. Infelizmente, esta idea no ha sido desarrollada en profundidad por nuestra doctrina ni tampoco han existido fallos de los tribunales superiores de justicia en esta materia, ni en sede de consumidor ni en sede civil, sin perjuicio de que si existe respecto a otro tipo de contratos como los de prestación de servicios educacionales y que pueden servir de base para un razonamiento jurídico similar.

2.2. Responsabilidad extracontractual

Tal como se ha insinuado, los hechos ya descritos reúnen todos los requisitos para ser constitutivos de un delito o cuasidelito civil, susceptible de ser indemnizados en virtud del principio de no dañar a otro. En consecuencia, aquellos hinchas que hayan efectuado los actos de violencia y que generen daños en otros espectadores serán responsables civilmente por la comisión de un delito o cuasidelito civil y deberán indemnizar a las víctimas por los perjuicios causados, e, incluso, en razón del artículo 2317 del *Código Civil* serán solidariamente responsables. El problema radica en que, al tratarse de un evento masivo, es complejo determinar quienes han sido los autores de estos actos y en el caso improbable que puedan individualizarse, estos generalmente carecen de un patrimonio suficiente para satisfacer el resarcimiento de la víctima. La pregunta que surge es si el club organizador puede llegar a ser responsable civilmente por los actos de violencia ejecutados en un estadio y que generen daños a personas.

Antes de avanzar hay que hacer una pequeña precisión, distinguiendo quienes son las víctimas de estos actos. Si estas son el patrimonio o los jugadores del club visitante, el tribunal competente será el Tribunal de Asuntos Patrimonial de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional y lo más probable es que el club afectado, en virtud de la normativa de la FIFA, interponga una demanda ante este tribunal arbitral, sin perjuicio de que pueden también recurrir a la jurisdicción ordinaria²³.

²³ No analizaremos este tema porque no es objeto de la ponencia, pero nos limitaremos a señalar que se trata de un órgano jurisdiccional de la ANFP que tiene el carácter de árbitro

Para el caso de que las víctimas sean espectadores, hinchas del otro equipo o, incluso, terceros ajenos que estén en las inmediaciones del estadio, la normativa aplicable serán las normas de responsabilidad extracontractual contenidas en el *Código Civil* y la Ley n.º 19327. Pondremos especial énfasis en lo dispuesto en la Ley n.º 19327 y haremos someros comentarios de las presunciones de responsabilidad por el hecho propio y hecho ajeno.

En cuanto a la responsabilidad por el hecho propio del club organizador, según Enrique Barros Bourie, este como persona jurídica responderá por el ilícito que ha sido cometido por un órgano suyo en el ejercicio de sus funciones y está fundamentado en los artículos 2314 y 2329 del *Código Civil*. Así, tratándose de las sociedades anónimas deportivas, estas serán responsables cuando actúe un órgano como la junta de accionistas o aquellas personas que obrando individual o colectivamente estén dotadas por ley o por los estatutos de poder de decisión, tales como el gerente de la SADP. La principal forma en que se produzca esta responsabilidad es mediante la deficiente adopción de medidas organizativas requeridas para evitar los riesgos de accidentes.

“Este tipo de defectos de conducta ponen en evidencia que la dirección y administración de la empresa no ha puesto en operación los instrumentos que la diligencia exige para evitar el daño. Los deberes de cuidado, en estos casos, deben ser sopesados del modo que el funcionamiento de la organización empresarial sea valorado en su conjunto, a la luz del estándar de la firma diligente, prudente y razonable”²⁴.

Al no adoptar todas las medidas de seguridad establecidas para resguardar la seguridad de los espectadores, podría invocarse esta culpa de la organización y hacer responsable al club organizador por el hecho propio.

En cuanto a la responsabilidad por el hecho ajeno, debemos hacer algunos comentarios, teniendo presente el artículo 2320 del *Código Civil* que consagra: “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”. La Sociedad Anónima Deportiva Profesional podrá ser responsable por la culpa de sus dependientes, de acuerdo con el artículo 2320 del *Código Civil*. La dificultad será determinar qué dependientes han sido negligentes en sus funciones. Tal como

arbitrador y que conoce y resuelve las situaciones emanadas de la responsabilidad extracontractual de los clubes y la Asociación que causen perjuicios a aquello o a esta. El artículo 59 de los Estatutos de la FIFA sobre obligaciones relativas a la resolución de disputas consagra en su párrafo segundo la prohibición de los miembros integrantes a recurrir a los tribunales ordinarios de justicia.

²⁴ BARROS (2006), p. 197.

esbozaremos más adelante, el jefe de seguridad podría ser uno de los dependientes que sea negligente en el ejercicio de sus funciones y pueda hacer responsable al club organizador. Resulta interesante –pero no exenta de complicaciones– la tesis planteada por Gerardo Leiva y Felipe San Martín, al estimar que el club organizador podrá ser responsable civilmente por el hecho de sus dependientes en virtud de la “culpa organizacional”. Señalan:

“la persona jurídica es responsable por los actos que naturalmente pertenecen al ámbito de cuidado de los administradores sin que sea necesario individualizar al autor material del daño. Vale mencionar que aplicando la culpa difusa nada obsta a que el empresario pueda repetir posteriormente contra el empleado negligente, si puede identificarlo. Habiendo dejado en claro que nada obsta a que se pueda perseguir la responsabilidad extracontractual del organizador de espectáculos deportivos, ya sea mediante la responsabilidad por el hecho propio o por el hecho ajeno”²⁵.

En otro orden de ideas, cabe preguntarse si los hinchas o fanáticos pueden ser considerados como subordinados o dependientes y si el club tendrá responsabilidad para el caso de que sus hinchas efectúen actos que generen daños a terceros. La sola identificación con un determinado club y el fiel seguimiento a los partidos de fútbol no reúne las características necesarias para establecer el vínculo de subordinación o dependencia exigido por el legislador. Si bien, las hinchadas, en especial las “barras bravas”, mantienen cierta organización e, incluso, fácticamente pueden tener relaciones con los dirigentes, parece difícil que el club le imparta instrucciones u órdenes a los barristas y tampoco parece que exista una vigilancia o dirección de parte del club. Finalmente, será la víctima quien deberá acreditar la existencia de dicho vínculo jurídico.

Además, parece complejo determinar la existencia de subordinación y dependencia porque desde un punto de vista normativo está expresamente prohibida a las organizaciones deportivas contribuir monetariamente a hinchas en razón del artículo 10 de la Ley n.º 19327²⁶. Además, en el ámbito deportivo, los estatutos de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional en su artículo 66 bis también prohíben un vínculo jurídico y patrimonial entre clubes e hinchadas.

En relación con la relación de dependencia y subordinación que puede existir entre los hinchas que efectúan actos de violencia y el club orga-

²⁵ LEIVA y NORAMBUENA (2019), p. 63.

²⁶ Dicho precepto fue introducido en la Ley n.º 20844 que “Establece derechos y deberes de asistentes y organizadores de espectáculos de fútbol profesional”, precisamente para desincentivar los vínculos existentes entre las barras bravas y las cúpulas dirigenciales de los clubes que existían al tiempo de la reforma a la Ley n.º 19327.

nizador, y la responsabilidad por el hecho ajeno, existe un famoso fallo de la Corte Suprema (rol 1630-2010²⁷). Los hechos fueron los siguientes: En el transcurso de un partido de fútbol profesional, un hincha del club local arrojó una bengala, la cual cruzó el estadio e impactó a un menor de edad, provocándole daños corporales. El padre en representación del menor demandó por responsabilidad extracontractual en contra del hincha y del club organizador, fundado en el artículo 2317 y por responsabilidad por el hecho propio del club. El tribunal de primera instancia acogió la demanda, pero teniendo como fundamento la presunción de responsabilidad por el hecho ajeno y el artículo 2320, dando por acreditada la relación entre la barra y el club organizador en razón de ciertos hechos como que el club entregaba entradas liberadas a los barristas, aportaba monetariamente con la barra y le entregaba elementos pirotécnicos. La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia, pero la Corte Suprema terminó acogiendo el recurso de casación en el fondo, rechazando consecuentemente la demanda. Lastimosamente, el máximo tribunal acogió la casación fundado en la vulneración a normas de la prueba y no se pronunció sobre el fondo, teniendo una buena oportunidad para desentrañar si la responsabilidad del organizador de un partido de fútbol puede ser por el hecho propio o si solo sería por responsabilidad por el hecho ajeno²⁸.

2.3. Responsabilidad consagrada en la Ley n.º 19327

Fuera de los preceptos del *Código Civil*, la Ley n.º 19327 de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional también contiene normas especiales sobre la responsabilidad civil de las organizaciones deportivas profesionales en su artículo 18.

Originalmente, en el proyecto de ley sobre violencia en los estadios (*Boletín* 259-07) la responsabilidad civil de los clubes deportivos por los daños sufridos por los espectadores se consagraba en términos amplios. El artículo 13 de dicho proyecto de ley establecía:

²⁷ La causa está caratulada como Vargas Gonzalez Christian con Club Deportivo Provincial Osorno S.A.D.P. y es el único fallo importante en esta materia. Infelizmente, no ha habido más pronunciamientos relevantes de parte de los tribunales superiores de justicia. A diferencia de nuestro país, en Argentina la jurisprudencia es abundante, con casos que han marcado importantes precedentes y avances en la responsabilidad civil del organizador de un evento deportivo. Destacan los fallos Zacarías y Mosca.

²⁸ Otro análisis interesante del fallo se encuentra en LEIVA y NORAMBUENA (2019), pp. 114-121.

“Las entidades, asociaciones o clubes deportivos participantes en un torneo deportivo serán civil y solidariamente responsable de los daños sufridos por los espectadores de los mismos, con ocasión de su desarrollo”.

Sin embargo, durante su tramitación fue desechado, dejando a la Ley n.º 19327, que fija normas para prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional, sin un artículo especial en materia de responsabilidad civil.

Posteriormente, en la tramitación de la reforma a la Ley n.º 19327 (*Boletín* n.º 4864-29), los senadores Walker y Alvear propusieron que se incluyera un precepto sobre la responsabilidad civil de los organizadores. El tenor original era:

“Los representantes legales de la organización deportiva, miembros del directorio y los accionistas de sociedades anónimas deportivas serán solidariamente responsables de los daños ocasionados como consecuencia de la ocurrencia de alguno de los delitos señalados en este artículo, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de la organización deportiva, de alguna de las medidas de seguridad que impone esta ley para la realización de los espectáculos de fútbol profesional o de las instrucciones impartidas por la autoridad pública responsable. Se eximirán de responsabilidad, cuando con anterioridad a la comisión del delito, la organización deportiva hubiere adoptado e implementado cada una de las medidas de seguridad señaladas en esta ley y las instrucciones impartidas por la autoridad pública responsable”.

El actual artículo 18 inciso segundo, introducido a la Ley n.º 19327 por el artículo 6 F de la Ley n.º 20620, consagra:

“Asimismo, las organizaciones deportivas profesionales que, por negligencia de sus dirigentes, incumplan las medidas de seguridad impuestas por la autoridad serán solidariamente responsables por los daños causados como consecuencia de los ilícitos penales cometidos con ocasión de un espectáculo de fútbol profesional que ellas hubiesen organizado. Se eximirán de esta responsabilidad sí, con anterioridad a la comisión de los referidos ilícitos, hubiesen adoptado e implementado cada una de las medidas de seguridad señaladas en esta ley y en las instrucciones impartidas por el Intendente respectivo”.

De la lectura se desprende lo siguiente: Si en virtud de un incumplimiento en las medidas de seguridad impuestas por la autoridad provocada por la negligencia de los dirigentes de los clubes, sujetos cometen un ilícito penal con ocasión de un espectáculo de fútbol profesional organizado por los mismos clubes, entonces solo en este caso las organizaciones deportivas

serán solidariamente responsables. Podemos observar que el legislador ha establecido una responsabilidad de carácter subjetiva, ya que utiliza el vocablo 'negligencia', por lo que para determinar si hay responsabilidad deberemos analizar si existe factor de imputación, culpa o dolo.

Desde un principio se establecieron estándares altos para sancionar al club organizador con una indemnización de perjuicios. El honorable senador Patricio Walker fue muy elocuente durante la tramitación del precepto, entregando una idea resumida de la intención del legislador:

“destacó que la indicación de su autoría establece, en reemplazo de la regla de la negligencia, una responsabilidad solidaria y estricta en caso de incumplimiento, pero morigerada por el hecho de que desaparecerá dicha responsabilidad si la organización deportiva adopta e implementa las medidas de seguridad establecidas en la ley”²⁹.

A continuación, veremos con mayor detención los requisitos para que una organización deportiva profesional sea solidariamente responsable y las diversas problemáticas que se pueden surgir respecto a cada uno de ellos.

2.3.1. Comisión de un ilícito penal por parte de terceros, con ocasión de un espectáculo deportivo

Este primer requisito exige para que proceda una indemnización de perjuicios, la comisión de ilícitos penales por parte de terceros, los que deben producirse con ocasión de un espectáculo deportivo, ya sea en el interior del recinto deportivo o en sus inmediaciones³⁰. El legislador exige la comisión de un delito, supeditando la indemnización de perjuicios a la comisión de un ilícito penal. Recordemos que un mismo hecho puede tener consecuencias penales y civiles, pudiendo surgir ambas responsabilidades en forma autónoma. Así, el hecho puede constituir un delito penal y ser castigado con una pena como, a la vez, un delito civil susceptible de generar indemnizaciones. En este caso, el legislador ha subyugado la segunda a la primera, exigiendo como primer requisito que para que el club sea responsable, se requiere de la comisión de un ilícito penal.

Esta decisión legislativa resulta sumamente llamativa, ya que en derecho comparado, los textos legales no hacen alusión a la existencia de ilícitos penales. Lo anterior coarta significativamente el derecho de las víctimas a obtener una reparación, ya que los actos realizados por los hinchas se caracteri-

²⁹ Historia de la ley 20.620. Segundo Informe de Comisión de Constitución, p. 171

³⁰ El legislador se encargó de determinar que las inmediaciones corresponden “a la distancia de mil metros perimetrales medidos en línea recta desde los límites exteriores y hacia todos los costados del recinto deportivo en que se realizan espectáculos de fútbol profesional”.

zan por ser provocados en un contexto de masas, resultando complejo determinar quien ha sido responsable de cometer un ilícito penal. En los hechos, generalmente no hay muchos detenidos y rara vez estos son condenados³¹.

Además, se presenta otra dificultad relativa al alcance de las palabras “comisión de un ilícito penal”. El texto legal parece desactualizado en relación con los términos utilizados en el *Código Procesal Penal*. Cabe preguntarse si se requiere de la formalización del imputado o se requiere de una sentencia condenatoria por parte de un juzgado de garantía o del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. También surge la duda para el caso que un imputado acepte alguna salida alternativa como una suspensión condicional del procedimiento o en el caso que, con posterioridad a la formalización, el fiscal decida no perseverar con la investigación. En definitiva, la pregunta es quién determina que se ha cometido un ilícito penal. La lógica nos indica que los hechos que darán origen a la indemnización de perjuicios deben ser juzgados y condenados por los tribunales penales respectivos.

2.3.2. Que dicho ilícito genere un daño

Este segundo requisito es acorde con el principio de reparación integral del daño, en virtud del cual todo daño debe ser indemnizado. Respecto de este requisito nos limitaremos a señalar que el legislador utiliza el vocablo daño en términos amplios, sin distinguir entre daño material o daño moral, por lo que es evidente que en caso de perjuicios la víctima podrá solicitar una indemnización por los daños causados en su integridad física, psíquica y su patrimonio.

2.3.3. Que la organización deportiva profesional incumpla las medidas de seguridad impuestas por la autoridad

Se requiere que los daños provocados por los ilícitos penales hayan sido producto del incumplimiento de medidas de seguridad. El club organizador es responsable del orden público y la seguridad en el evento deportivo y como tal deberá tomar todas las medidas de seguridad decretadas por la autoridad con el fin de evitar la comisión de ilícitos penales.

La legislación impone al organizador del evento deportivo múltiples medidas de seguridad, tales como designar un jefe de seguridad, contratar guardias de seguridad privada, instalar y utilizar recursos tecnológicos tales

³¹ Según información recabada por el diario *La Tercera*, entre 2015 y diciembre de 2017, apenas 117 personas han sido condenadas penalmente por Ley de Violencia en los Estadios. Información disponible en www.latercera.com/nacional/noticia/ley-violencia-los-estadios-117-personas-condenadas-tres-anos/322975/

como cámaras de seguridad, detectores de metales u otros que sean necesarios para resguardar en forma adecuada el orden y la seguridad pública; establecer zonas separadas y claramente delimitadas en los estadios, en que se ubicarán los hinchas o simpatizantes de los equipos de fútbol y el público general que concurran a un encuentro deportivo; contar con sistemas de control de acceso e identidad de los espectadores que permitan su identificación y cuantificación; disponer de medios de grabación, a través de cámaras de seguridad, que permitan identificar a los asistentes al estadio. En complemento, el decreto 1046 del 5 de julio de 2016 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que aprobó el reglamento de la Ley n.º 19327, consagró una serie de requerimientos para la organización de eventos deportivos³².

La determinación de las medidas de seguridad que deberá adoptar el club que organice el espectáculo de fútbol profesional será de cargo de la Intendencia, con informe previo de Carabineros de Chile. Las medidas de seguridad serán mayores o menores atendiendo al tipo de encuentro que se dispute³³.

En cuanto al procedimiento, inicialmente el club organizador del espectáculo de fútbol profesional presentará una solicitud al Intendente con información relativa al recinto deportivo, adjuntando documentos sobre las condiciones de seguridad del mismo³⁴. Si la solicitud de autorización cumple con los requisitos, posteriormente Carabineros deberá emitir un informe y el Intendente se pronunciará, autorizando o rechazando el uso del recinto para el espectáculo de fútbol.

Respecto a este requisito, se presentan algunas problemáticas ligadas, principalmente, con el tenor literal. El artículo 18 inciso segundo establece que existirá responsabilidad civil para el caso que exista un incumplimiento

³² El nuevo decreto adquirió notoriedad pública porque, a diferencia del anterior decreto 225 de 10 de julio de 2013, reguló, entre otras cosas, la existencia de elementos de animación tales como bombo o lienzos, que habían estado prohibido en la vigencia del anterior decreto.

³³ El decreto 1046 distingue en su artículo 18 entre espectáculos de categoría A, categoría B, categoría C y Categoría D. A modo de ejemplo, el encuentro será clasificado en la “categoría A” cuando las aficiones de ambos equipos han tenido históricamente un incumplimiento alto de las condiciones de ingreso y permanencia, según los registros elaborados a partir de los informes de supervisión efectuados por Carabineros; o la afición de uno de los equipos ha tenido históricamente un incumplimiento alto o medio de las condiciones de ingreso y permanencia y existe rivalidad entre las aficiones de ambos equipos. Este tipo de evento es el más exigente en cuanto a las medidas de seguridad exigidas al organizador y entre ellas se pueden implementar, por ejemplo, que se contemplen sectores habilitados para el público visitante, separados de los restantes con espacios que dificulten el lanzamiento de objetos entre las aficiones, y los asistentes a estos sectores estén segregados visualmente de los restantes desde el acceso al recinto.

³⁴ Para albergar un evento deportivo, el recinto debe cumplir con ciertas condiciones mínimas, tales como la existencia de un cierre perimetral, de sectores habilitados para el público con de zonas separadas y claramente delimitadas en los estadios, etcétera.

de las medidas de seguridad impuestas “por la autoridad”, lo que parece limitado. No obstante, entendemos que se trata de medidas de seguridad impuestas tanto por la ley, el reglamento, la autoridad administrativa o policial. Interpretarlo en forma restrictiva atentaría con el sentido y los principios de la normativa, conculcando también el deber consagrado en el artículo 3 letra c de los organizadores, de adoptar las medidas de seguridad establecidas en las leyes, reglamentos, disposiciones de la autoridad y protocolos determinados por la entidad superior del fútbol profesional, necesarias para prevenir alteraciones a la seguridad y al orden público que sean producto del espectáculo deportivo de fútbol profesional, hecho o actividad conexas, tales como venta de entradas, entrenamientos, concentraciones y traslados de equipos.

Cabe también preguntarse si nacerá la responsabilidad solidaria para el caso de incumplimiento de alguna otra obligación legal. La Ley n.º 19327 en su artículo 3 consagra una serie de obligaciones para el club organizador, dentro de las cuales existen algunas no ligadas directamente con las medidas de seguridad. Por ejemplo, el club organizador deberá denunciar a la autoridad los delitos que presenciaren o de los que tomen en conocimiento con ocasión de los espectáculos de fútbol profesional o ejercer el derecho de admisión e impedir el acceso al estadio a aquellas personas a quienes se le hubiere ejercido el derecho de admisión. Para el incumplimiento de estas obligaciones, pareciera ser que el club no se hará civilmente responsable, sin perjuicio de que pueda recibir algunas de las multas contempladas en el artículo 25 en relación con la gravedad de la infracción.

2.3.4. Que el incumplimiento en las medidas de seguridad se deba por negligencia de sus dirigentes

Respecto a este cuarto requisito, para que el club sea responsable el actuar imprudente debe provenir de los dirigentes. Revisando la legislación comparada no hay menciones a que la imprudencia se debe producir por los dirigentes, de manera que estamos ante un elemento inédito³⁵. Pareciera ser que el legislador, intentando poner más énfasis en la negligencia, estableció indirectamente mayores exigencias para que proceda la indemnización de perjuicios.

Cabe preguntarse en primer lugar, ¿qué entendemos por dirigentes? La determinación de este concepto no es baladí, considerando que generalmente en los clubes profesionales de fútbol existen múltiples cargos y que en la implementación de las medidas de seguridad intervienen una serie de profesionales que no forman parte de la cúpula dirigenal. Un accionista de

³⁵ Ni en la legislación española, peruana, argentina ni brasilera exige que los negligentes deben ser los dirigentes para que exista responsabilidad.

una sociedad anónima deportiva o el gerente deportivo de la misma, ¿calificarían como dirigente? La ley de violencia en los estadios utiliza en forma reiterada el vocablo 'dirigente', pero no lo define.

En su sentido natural y obvio, según la Real Academia Española de la Lengua, dirigente es el que dirige. A su vez, dirigir consiste en sus acepciones aplicables al caso como "Encaminar la intención y las operaciones a determinado fin" o "gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión". De dicho sentido debiésemos considerar como dirigentes a aquellos que gobiernan o rigen a la organización deportiva profesional. Pareciera no necesariamente ser sinónimo de representante legal. Para el caso de las sociedades anónimas deportivas profesionales³⁶, el presidente del directorio sería un claro ejemplo.

Con respecto a este punto, cabe preguntarse, ¿qué ocurre si quien es negligente en su actuar es el jefe de seguridad?³⁷ En términos generales, el jefe de seguridad debe coordinar con las distintas autoridades encargadas de la seguridad y del orden público, debe permitir la eficiente acción de Carabineros y propender a la adecuada implementación de sus recursos humanos y materiales. En el supuesto que la agresión de los hinchas se produzca por una decisión negligente adoptada por el jefe de seguridad, ¿se extiende dicha conducta a los dirigentes? También podría aplicarse esta misma interrogante para el caso que quien incumpla con las obligaciones sea el jefe de seguridad que debe nombrar cada club en conformidad a la normativa de Conmebol³⁸.

Otro ejemplo lo podemos encontrar en el artículo 42 inciso segundo del decreto n.º 1064, que consagra que un representante del organizador debe ubicarse en cada uno de los accesos del público que se habiliten, a fin de adoptar los procedimientos que correspondan cuando detecten a quienes no puedan ingresar por no tener acceso permitido al sector, estar impedido de asistir a espectáculos de fútbol por prohibición administrativa o judicial o en virtud del derecho de admisión, etc. En caso de que dicho representante

³⁶ En su gran mayoría los clubes de fútbol profesional chileno son sociedades anónimas deportivas profesionales, salvo dos que son sociedades anónimas abiertas (Azul Azul y Blanco y Negro) y cuatro que son fondos de deporte profesional (Curicó Unido, Cobresal, Universidad de Concepción y Deportes Puerto Montt).

³⁷ Este cargo es nombrado por el propio club organizador, debe reunir una serie de requisitos (como ser trabajador dependiente del club, no tener relación con los proveedores de guardia de seguridad, ni estar impedido de asistir a espectáculos de fútbol, etc.) y debe registrarse ante la Intendencia.

³⁸ Por imposición de la Conmebol, los clubes locales deberán nombrar a un oficial de seguridad, quien deberá garantizar la seguridad del partido y en concreto la de los aficionados, espectadores, jugadores, árbitros, delegados y restantes oficiales de partido, miembros de los medios de comunicación, dirigentes y representantes de los patrocinadores.

del organizador deje ingresar a personas no habilitadas y que estas cometan un ilícito penal que ocasione un daño a terceros, ¿podría imputarse dicha negligencia a los dirigentes?

En los ejemplos anteriormente descritos, la negligencia del jefe de seguridad o del representante del organizador que se ubica en los accesos al público, podrían traer aparejada la responsabilidad civil del club organizador, en virtud de la presunción de responsabilidad por el hecho ajeno, pero pareciera ser que no cumplirían con el requisito de “negligencia de los dirigentes” establecido por el artículo 18 inciso segundo de la Ley n.º 19327.

En definitiva, tiene relevancia este precepto, toda vez que el club organizador puede haber decretado todas las medidas de seguridad, pero su ejecución y control ha sido negligente o no se ha cumplido de la forma debida por el actuar culposo de funcionarios del club que no tengan el carácter de dirigentes.

Cumpliendo los requisitos antes mencionados nacerá la responsabilidad solidaria del club organizador, pudiendo la víctima optar por dirigirse contra el patrimonio del club o contra el patrimonio del agresor. Este resulta ser otro ejemplo de casos en que la solidaridad está establecida por el legislador.

Finalmente, el artículo 38 inciso segundo en su parte final establece una supuesta eximente de responsabilidad para los clubes organizadores. Esta consiste en que *ex ante* a la comisión del ilícito el club tomó todas las medidas de seguridad establecidas por la ley y por el Intendente, entonces en ese caso operaría una eximente de responsabilidad. Hay un error lógico en esta parte. Si quien adoptó previamente al ilícito todas las medidas de seguridad, no está exento de responsabilidad, toda vez que para que esta nazca requiere precisamente de la negligencia de sus dirigentes en el incumplimiento de las medidas de seguridad³⁹. En otras palabras, si el club organizador cumple con las medidas de seguridad no habrá responsabilidad. Para estar en presencia de una eximente de responsabilidad tiene que existir primero responsabilidad, cuestión que no ocurriría en este caso.

3. COROLARIO

De todo lo anteriormente descrito podemos concluir que tanto en el ámbito deportivo como en el de responsabilidad civil, las normativas internas presentan una serie de obstáculos para poder sancionar a los clubes de fútbol en nuestro país por hechos de violencia en los estadios.

³⁹ En el mismo sentido SOFFGE y ZAMORA (2014), p. 129.

Por una parte, en materia disciplinaria, a diferencia de lo que ocurre con la normativa de los entes internacionales, en el ámbito interno se establece un sistema de responsabilidad subjetivo exigiendo la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que impone la Ley n.º 19327. De esta forma, para que se castigue al club organizador, se deberá acreditar la negligencia en la implementación de las medidas de seguridad.

Tal como analizamos, la diferencia entre el sistema de responsabilidad objetivo consagrado por FIFA y Conmebol y la responsabilidad subjetiva de la ANFP en la práctica no parecen ser tan evidente, toda vez que el propio Tribunal Autónomo de Disciplina de la ANFP ha “objetivizado” dicha responsabilidad, condenando a los clubes que cometen la más mínima negligencia, no logran acreditar que han cumplido todas las medidas o, bien, estas medidas no han cumplido con el fin de la norma, que es evitar los desmanes.

Donde sí vemos una diferencia relevante es en materia de sanciones, donde el reglamento local en su artículo 66 apenas establece sanciones de carácter pecuniaria y jugar sin público, pero sin establecer nunca la pérdida de puntos. Este punto merece ser destacado, ya que creemos que una de las formas más potentes para conminar a los clubes a cumplir con las medidas de seguridad y erradicar la violencia en los estadios, es la de que estos hechos influyan directamente en el resultado en cancha. Creemos que los dirigentes se tomarán en serio esta labor, si para el caso de incumplir pudieran tener resultados adversos, la pérdida de puntos o, incluso, la desafiliación o descalificación. Estas sanciones si están contempladas por los cuerpos normativos de la FIFA y la Conmebol, donde se han aplicado las sanciones de este tipo.

En cuanto a la responsabilidad civil, del examen de las normas de la Ley de Protección al Consumidor, la Ley n.º 19327 de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional y del *Código Civil*, podemos concluir que el resarcimiento de los daños para las víctimas sigue siendo una tarea compleja, que dificulta obtener una indemnización de perjuicios de parte de los clubes organizadores.

En principio, la Ley de Protección al Consumidor y las normas de responsabilidad contractual son aplicables, en especial si se desarrolla el concepto de “contrato de espectáculo deportivo” y la tácita obligación de seguridad que envuelve. El incumplimiento de esta, siempre que genere daños en los espectadores producto de la negligencia en la adopción de medidas del club organizador, podrá derivar en responsabilidad infraccional debido a la conculcación del deber de seguridad establecido en el artículo 3 letra d de la Ley de Protección al Consumidor, como también puede traer aparejado un incumplimiento contractual susceptible de indemnizarse. Nuestra doctrina

y jurisprudencia no ha avanzado en torno al concepto de contrato de espectáculo deportivo, pero sí ha desarrollado el deber de seguridad implícito en otros contratos como el de prestación de servicios educacionales, lo que en un futuro podría llevar a aplicar un razonamiento jurídico similar para la resolución de estos casos.

En cuanto a las normas de derecho común, tanto la responsabilidad por el hecho propio como la presunción de responsabilidad por el hecho ajeno traen ciertas complicaciones, aunque tampoco han sido suficientemente exploradas en este ámbito. Respecto a esta última, si bien el club organizador puede ser responsable por los hechos de sus dependientes, pareciera que no podría serlo respecto de sus fanáticos o barras bravas.

Finalmente, en cuanto a la responsabilidad consagrada en el artículo 18 de la Ley n.º 19327 de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, esta no solo tiene un carácter subjetivo, sino que, también, es más restringido, estableciendo mayores requisitos para que surja la responsabilidad. La comisión de ilícitos penales por parte de los fanáticos, el incumplimiento de las medidas de seguridad impuestas y la negligencia en este incumplimiento por parte de los dirigentes, se transforman en obstáculos importantes para obtener una indemnización para la víctima. También traen aparejadas diversas problemáticas producto de la mala técnica legislativa.

A simple vista llegamos al absurdo de que pareciera ser mucho más beneficioso para la víctima recurrir al estatuto de protección al consumidor, de la responsabilidad contractual por la existencia de un contrato de espectáculo deportivo o a las normas de derecho común, que al precepto especial contemplado en la Ley n.º 19327 y que fue creado precisamente para eliminar la violencia en los estadios. Lo anterior debido a que no en los otros estatutos, la víctima no tiene que superar los estrictos requisitos exigidos por el legislador, en especial lo relativo a la negligencia de los dirigentes y que exista una comisión de ilícitos penales.

De *lege ferenda*, habría sido más conveniente para garantizar una reparación integral de las víctimas de hechos de violencia, si el legislador hubiese optado por una fórmula amplia donde los daños y perjuicios deben ser indemnizados, independientes de la existencia de una responsabilidad penal.

Solo para terminar, nos parece interesante traer a colación algunos preceptos en otras latitudes que consagran la responsabilidad civil de los clubes, en términos más amplios y claros y sin requisitos exigentes que deben acreditar las víctimas para obtener una indemnización.

El ordenamiento jurídico peruano, en la Ley n.º 30037 que previene y sanciona la violencia en los espectáculos deportivos consagra un régimen de responsabilidad subjetiva, pero sin tantas dificultades como la legislación chilena. Consagra el artículo 25:

“El club deportivo profesional, en caso de incumplir con las disposiciones que establezca la presente Ley, es solidariamente responsable por los daños materiales y personales que ocasionen los integrantes de sus barras en el espectáculo deportivo profesional; entendiéndose los daños que se pudieran ocasionar dentro del recinto deportivo o en los alrededores, en el área de influencia deportiva establecida por la Policía Nacional del Perú”.

También destacaremos el caso de la legislación argentina, donde la Ley n.º 23184 que establece un “Régimen penal y contravencional para la violencia en espectáculos deportivos” consagra en su artículo 33 que

“Las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo son solidariamente responsables civiles de los daños sufridos por los espectadores de los mismos, en los estadios y durante su desarrollo, si no ha mediado culpa por parte del damnificado. La entidad o asociación que hubiese indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro contra el o los codeudores solidarios, conforme al grado de responsabilidad en que hubiesen incurrido”.

También la Ley n.º 24192 sobre “Régimen penal y contravencional para la prevención y represión de la Violencia en Espectáculos Deportivos” consagra en su artículo 51:

“Las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo, son solidariamente de los daños y perjuicios que se generen en los estadios”.

Este segundo cuerpo legal le ha dado mayor amplitud a la responsabilidad abarcando todos los perjuicios que se generen en los estadios, no solo a aquellos que se producen en los eventos deportivos en los estadios y durante su desarrollo⁴⁰. Finalmente, mencionaremos a la legislación brasilera, que en el estatuto del aficionado deportivo, Ley 19671/2003, conocida como “Estatuto do Torcedor”, consagra en su artículo 19 que

“As entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo”.

A diferencia de nuestro ordenamiento jurídico, el legislador argentino y brasilero consagró una fórmula general y de carácter objetivo, sin estable-

⁴⁰ BUSTAMANTE (1997), p. 562.

cer mayores requisitos para la reparación de las víctimas. Bastará acreditar los daños sufridos por un espectador en un estadio, prescindiendo de la culpa y sin exigir acreditar que la dirigencia haya sido negligente en el cumplimiento de las medidas de seguridad

Resulta esclarecedor lo consagrado por otras legislaciones en materia de violencia en los estadios, permitiéndonos analizar posibles modificaciones a la Ley n.º 19327 para el futuro, con miras a que nuestro ordenamiento jurídico pueda establecer mayores garantías para la justa e íntegra reparación de las víctimas, tanto miembros del club como asistentes a los eventos deportivos, por los actos vandálicos que ocurren en nuestros estadios producto del incumplimiento de las respectivas medidas de seguridad de parte del club organizador y que deben ser erradicados absolutamente.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACETO DI CAPRIGLIA, Salvatore (2018): “Responsabilidad deportiva de los atletas profesionales: Esquiadores y jugadores de fútbol a la luz del derecho vigente”, en *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 8, pp. 454-474. Disponible en www.revista-aji.com/articulos/2018/8/454-474.pdf [fecha de consulta: 9 de mayo de 2019]
- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki (1999): “Claves para la comprensión del ordenamiento jurídico del deporte”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año XIX, n.º 57, pp. 33-54. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79655.pdf> [fecha de consulta: 9 de mayo de 2019]
- ALONSO MARTÍNEZ, Rafael (2009): “Las potestades disciplinarias, deportiva y asociativa, de los clubes de fútbol”, en J. Luis Carretero Lestón (coord.), *El nuevo derecho deportivo disciplinario* (España, Editorial Laborum), pp. 169-182.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 180-200.
- BLANCA CASADO, Andrés (2014): “Daños causados a espectadores y terceros con ocasión de la práctica deportiva”, en programa de doctorado “Nuevas tendencias en derecho privado”, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, disponible en https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/125518/1/DDP_CasadoAndr%C3%A9s_Espectador.pdf [fecha de consulta: 9 de mayo de 2019]
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1992): *Responsabilidad civil y otros estudios volumen 3: Doctrina y comentarios de Jurisprudencia* (Argentina, Editorial Abeledo Perrot).
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): “Artículo 3 letra d)”, en Iñigo De la Maza y Carlos Pizarro Wilson (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores* (Santiago, Fundación Fernando Fueyo, Editorial Thomson Reuters): pp. 110-116.

- LEIVA GÓMEZ, Gerardo y Felipe NORAMBUENA SAN MARTÍN (2019): *Responsabilidad civil del organizador de eventos deportivos*, memoria para optar al grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/167916/Responsabilidad-civil-del-organizador-de-eventos-deportivos.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2019]
- OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE (2003): “El deporte y la responsabilidad civil. Tercera parte. Responsabilidad civil derivada de los espectáculos deportivos, respecto de daños sufridos por los espectadores”, en *Estudio Mario Castillo Freyre*, disponible en www.castillofreyre.com
- SOFFGE, Christian y Juan Pablo ZAMORA ITURRA (2014): *Análisis y lectura crítica a la ley N° 19.327: Soluciones normativas para el problema de violencia en el fútbol y los eventos deportivos*, memoria para optar al grado académico de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/129875/Analisis-y-lectura-critica-a-la-ley-No-19327.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2019]
- VUOTTO, Marcelo Oscar (2017): “Evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil en el fútbol. La Corte Suprema desde “Scasserra”, “Zacarías” y “Mosca” hasta la actualidad”, en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia “El Derecho”*, Pontificia Universidad Católica Argentina, N° 14.187, pp. 1-5. Disponible en www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2017/05/23052017.pdf [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2019]

Otros documentos

- “Ley de Violencia en los Estadios: 117 personas condenadas en tres años”, en *La Tercera*, 18 de septiembre de 2018. Disponible en www.latercera.com/nacional/noticia/ley-violencia-los-estadios-117-personas-condenadas-tres-anos/322975/
- HISTORIA DE LA LEY 20.620 (2012): “Segundo Informe de Comisión de Constitución”, 5 de julio de 2012

Normas citadas

- Código Civil chileno, DFL N° 1 del Ministerio de Justicia, 30 de mayo de 2000.
- Boletín 259-07: Reprime desórdenes y hechos de violencia cometidos en estadios y otros centros deportivos con ocasión de espectáculos públicos.
- Boletín 4864-29: Modifica la ley N° 19.327, que contiene normas para la prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional.
- Ley 19.327 de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, 31 de agosto de 1994.

Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, 7 de marzo de 1997.

Ley 20.620 que fija normas para la prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos, con ocasión de espectáculos de fútbol profesional, 14 de septiembre de 2012.

Ley 20.844 que establece derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, 10 de junio de 2015.

Jurisprudencia citada

CORTE SUPREMA (2017): Rol 41542-2017, Escudero Cortes María contra The International School y otra, 25 de abril de 2019.

CORTE SUPREMA (2010): Rol 1630-2010, Vargas González Christian con Club Deportivo Provincial Osorno S.A.D.P., 10 de septiembre de 2012.

¿NECESITA CHILE UN PRINCIPIO DE ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN?*

DOES NEED THE CHILEAN CONSTITUTION A SOCIAL STATE PRINCIPLE?

*Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño***

RESUMEN: La consecución de la justicia social no depende de la consagración, en la Constitución, de un principio de estado social o de derechos sociales vinculantes. Por otro lado, los juristas no poseen los conocimientos o las facultades para determinar, en tanto juristas, lo que una sociedad necesita en términos socioeconómicos. La experiencia comparada y nacional demuestra que la existencia y el éxito de un sistema de bienestar social depende de factores complejos, que no necesariamente están relacionados con las normas constitucionales vigentes en una sociedad dada. Por último, se analiza si existe una cláusula de estado social en la Constitución chilena y cuáles serían los efectos prácticos de su existencia.

PALABRAS CLAVE: Estado social - Derechos sociales - Chile - Derecho constitucional.

ABSTRACT: The attainment of social justice does not depend on the enactment of social rights or a social state principle in a given constitution. Legal scholars, as such, do not possess the knowledge or the powers to determine what a society needs in socio-economic terms. Comparative and national experience

* El presente trabajo corresponde a una versión actualizada y revisada de mi contribución "El principio de Estado social en la Constitución chilena", publicada el año 2017 en el libro de Rubén Miranda Gonçalves Fábio da Silva Veiga y Irene M^a Portela (eds.), *O Direito Atual e as Novas Fronteiras Jurídicas* (Barcelos, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave-IPCA).

** Profesor de Derecho Constitucional y Político de la Universidad Finis Terrae, Chile. Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Correo electrónico: rodrigopoyanco@gmail.com

shows that the existence and success of a social welfare system depends on complex factors, which do not necessarily are related to the existing constitutional norms. Finally, it is discussed whether there is a clause of social state in the Chilean Constitution and what the practical effects would be of its existence.

KEYWORDS: Social state - Social rights - Chilean constitutional law.

INTRODUCCIÓN

Sea de manera jurídico-teórica, sea en el ámbito de reclamo político, algunos en Chile sostienen la necesidad de modificar o sustituir nuestro modelo constitucional, de carácter fundamentalmente negativo, por uno que otorgue mayor protagonismo al Estado en la satisfacción de los derechos sociales prestacionales, como sí sucedía en la Constitución de 1925, particularmente en su texto modificado en 1971¹. Para ello, la doctrina partidaria de esta perspectiva –que será revisada en este trabajo– pone sus esperanzas, entre otros elementos, en el reconocimiento o consagración de un principio de Estado social en Chile. Pero ¿qué es un principio de estado social?, ¿cuáles son sus efectos?, ¿qué sentido tiene su presencia en un ordenamiento constitucional como el chileno? En las líneas que siguen, intentaremos despejar estas y otras interrogantes relacionadas con esta materia.

1. Qué es el principio de estado social

El principio de estado social, muy común en numerosas constituciones de Europa y América Latina, es una idea cuya primera formulación es usualmente atribuida al jurista Herman Heller². Desarrollado, en primer lugar, por la doctrina alemana y, luego –atendida la recepción expresa de este principio en el artículo 20.1 de la Ley Fundamental–, por la jurisprudencia constitucional de ese país, ese postulado ha tenido amplia y expresa recepción en otros ordenamientos constitucionales como el español³ y el colombiano⁴. De

¹ Mediante la Ley n.º 17398 (1971).

² En ese sentido, véase LÓPEZ (1985), p. 339 y MODERNE (2002), p. 510. HELLER (1985), p. 287, estimaba que la búsqueda de lo que denominó “democracia social” era el resultado inevitable de la organización y participación política creciente de la masa del proletariado en la democracia del estado de derecho formal.

³ Artículo 1.1 de la Constitución.

⁴ Artículo 1º de la Constitución.

forma implícita, también se encuentra en constituciones como la italiana⁵ y la portuguesa⁶, la brasileña⁷ y la peruana⁸. Como es sabido, Chile, en cambio, carece de tal principio.

Los fundamentos de este principio son las ideas de “procura existencial” y la dependencia de las personas del Estado, provocada por la reducción del “espacio vital de subsistencia” a disposición de aquellas. Recogiendo las ideas de Ernst Forsthoff, Manuel García-Pelayo sostiene que la necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que se carece de poder de ordenación y disposición directa, produce la “menesterosidad social”, es decir, la inestabilidad de la existencia. Ante ello, le corresponde al Estado, como una de sus principales misiones, la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, es decir, llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo⁹.

Ernst Benda, en tanto, afirma la necesidad de que el Estado intervenga configurando el orden social, pues los problemas sociales no se resuelven por sí mismos:

“[...] En otros tiempos [...] se estaba dispuesto a pagar el precio de la permanencia de condiciones sociales gravosas porque parecía más importante la libertad. Pero un Estado corresponsable de las condiciones sociales y competencialmente habilitado para actuar no puede reproducir las pautas de acción pública del liberalismo originario. El Estado social de Derecho está obligado y dispone de justificación para configurar el orden social”¹⁰.

Así visto el problema, la razón fundamental de un principio de Estado social reconocido en el ámbito constitucional es, en primer término, la premisa de que la sociedad no puede asumir por sí misma la atención de determinadas necesidades sociales fundamentales y, a partir de lo anterior, la entrega una habilitación al Estado para efectuar intervenciones legislativas en materias sociales y redistribución de recursos públicos. Así lo señala Ernst Benda

⁵ Lo que se concluye usualmente a partir de los artículos 1° a 3° de esta Carta. Véase al respecto MODERNE (2002), p. 499 y CARETTI Y TARLI (2005), pp. 192-193.

⁶ Artículo 2° de la Constitución y, en general, el catálogo de derechos sociales (artículos 80 a 83). Véase MARTÍNEZ (1997), p. 50.

⁷ A partir del preámbulo de la Constitución, los artículos 1° y 3° y en general, diversas normas que se preocupan expresamente del combate a la pobreza como objetivo constitucional. Véanse WOLFGANG (2012); AFONSO DA SILVA (2005), p. 125 y MAIA (2012).

⁸ A partir del artículo 43 de la Constitución y las normas relativas a derechos sociales. Véase RUBIO (2013), p. 206; ESPINOSA-SALDAÑA (2015), p. 20 y la jurisprudencia que allí se cita.

⁹ GARCÍA-PELAYO (1977), pp. 27-28.

¹⁰ BENDA (2001), p. 534.

cuando afirma que, en Alemania, la jurisprudencia que cita ha interpretado el postulado del Estado social no solamente como una exigencia programática, sino como una habilitación al legislador para que configure un orden social orientado al establecimiento y a la garantía de la justicia social, así como a la eliminación de situaciones sociales de menesterosidad¹¹. Ernst Forsthoff, por su parte, señala que el Estado social, a diferencia del Estado autoritario y del Estado liberal de derecho, es un Estado que garantiza la subsistencia y, por lo tanto, es Estado de prestaciones y de redistribución de riqueza¹².

Sin embargo, como veremos a continuación, el principio de Estado social, tiene –y debiera tener, como sostendremos en el desarrollo de este artículo–, un valor principalmente interpretativo, por la necesidad de conciliar esta directiva constitucional con otros principios válidos para cualquier democracia constitucional occidental tales como: la alternancia en el poder y la libertad de la sociedad para escoger un determinado modelo político.

2. El principio de Estado social en Alemania y España¹³

Considerando la influencia del constitucionalismo alemán en el derecho constitucional comparado, así como la potencia material que, de hecho, muestra el sistema de prestaciones sociales germano, conviene precisar el alcance que tiene, en la práctica, la norma del estado social en dicho país pues, como señala al respecto Antonio Pereira, la falta de un listado de derechos sociales en la Carta Federal¹⁴ podría debilitar el alcance de esta cláusula o principio¹⁵.

Al respecto, la doctrina alemana coincide en reconocer que el efecto interpretativo del principio en examen tiene importantísimas consecuencias para la existencia y extensión del estado social alemán. Kommers explica que, mientras los autores alemanes discuten encarnizadamente sobre el significado exacto de lo que implica un “estado social”, en general concuerdan en que este principio incorpora un principio directivo de política social, que requiere del Estado el hacer lo necesario para contribuir al crecimiento y

¹¹ BENDA (2001), pp. 530-531.

¹² FORSTHOFF (1986), p. 49. En sentido similar MODERNE (2002), p. 504.

¹³ La elección de estos países se ha hecho de forma arbitraria, considerando, por un lado, la influencia contemporánea del constitucionalismo alemán y, por otro, la cercanía cultural de nuestra madre patria. Sin embargo, un estudio más profundo de esta materia –que, desde luego, excede lo que puede hacerse en un trabajo de esta extensión– debiera considerar también, al menos, los países mencionados en las notas al pie 5 a 10, *supra*; trabajo al que dejamos invitado al lector de estas líneas.

¹⁴ Las constituciones de algunos *Länder* sí contienen derechos sociales; cfr. la Constitución del Estado Libre de Baviera.

¹⁵ PEREIRA (2003), p. 34.

desarrollo de las personas. Como ha sido interpretado en Alemania, el principio del estado social obliga a la legislatura a dar forma a la sociedad y a la economía, con el objeto de maximizar las elecciones individuales y minimizar los riesgos que amenazan a la dignidad humana¹⁶.

En consecuencia, el estado social alemán consiste en el aseguramiento de una igualdad básica, en la justicia social, en numerosas prestaciones del Estado a favor de los más débiles –enfermos, inválidos, parados, personas mayores– y en la garantía del disfrute de un mínimo vital, el *Dasein*¹⁷. En otras palabras, el estado social germano no consiste en la proclamación constitucional de una relación de prestaciones sociales expresadas en forma de derechos, como el derecho a la vivienda o a un puesto de trabajo, sino, más bien, en ese criterio interpretativo, que, entre otros efectos, expande socialmente los derechos liberales, dándole un sentido social¹⁸. La cláusula del estado social se refiere a cuestiones “abiertas a una decisión política sobre prioridades” en las que “el legislador dispone de considerable discrecionalidad”, pero ello no impide que este precepto ofrezca importantes orientaciones, destinadas a evitar o compensar los efectos desintegradores que resultan de las diferencias sociales. Todos los ciudadanos, no solo un estrato privilegiado, deben disponer de una posibilidad de emancipación. Cuando se hace perentoria tal compensación, estamos ante una tarea estatal importante y urgente¹⁹.

Todo ello permite, como señala Pierre BON, que el juez constitucional alemán se entregue a una interpretación “social” de los derechos fundamentales clásicos, pues el Tribunal de Karlsruhe estima que los derechos fundamentales enumerados en el título primero de la Ley Fundamental no son solamente derechos subjetivos que defiendan a los ciudadanos contra las intervenciones del estado, sino, también, derechos objetivos de los que pueden derivarse derechos de prestación positiva²⁰.

¹⁶ KOMMERS (1991), pp. 865-866.

¹⁷ De ahí la expresión “*daseinsvorsorge*”, traducida por GARCÍA-PELAYO (1977), p. 26 y ss. como “estado de la procura existencial”. Se trata de un concepto acuñado por Ernst Forsthoff, circunscrito inicialmente a la prestación de bienes y servicios de importancia vital para la población (electricidad, agua, transportes públicos), pero que luego fue ampliado por dicho autor a otros bienes y servicios de los ámbitos económico, social y cultural, necesarios para una existencia humana plena.

¹⁸ PEREIRA (2003), p. 35. Aunque este autor hace notar que esta concepción, aunque muy estimable por un lado, por otro lleva a la “jurisprudencia de valores” y al activismo judicial, “tan practicados en Alemania hoy”.

¹⁹ BENDA (2001), pp. 528 y 552. El autor excepciona de la discrecionalidad a que se refiere, a aquellas situaciones de “desviaciones erráticas o de una pasividad arbitraria frente a casos evidentes de situaciones precarias”, en las cuales cabría “una corrección constitucionalmente fundada”.

²⁰ BON (1992), p. 50.

Destacan en este punto los efectos que los derechos fundamentales clásicos pueden tener en los beneficios sociales que ya han sido reconocidos por ley. Los derechos clásicos –o, si se prefiere, los principios generales del derecho de la igualdad ante la ley y el debido proceso– no crean derechos a beneficios prestacionales estatales, pero afectan a aquellos que ya existen y que deberían proporcionarse de acuerdo con los principios derivados de esos derechos fundamentales clásicos. Aquí la legislatura ya ha intervenido para establecer y configurar el beneficio, y dicho tribunal se limita a adaptar su modo de acceso, en relación, por ejemplo, con la cláusula de igual protección.

Sin duda, uno de las más notables expresiones del efecto interpretativo del principio de estado social en la jurisprudencia constitucional alemana, puede encontrarse en la sentencia Hartz IV, de 2010²¹, en la que, basándose en la cláusula del estado social –entre otros preceptos constitucionales–, el TCF declaró la existencia de un derecho constitucional al mínimo social, aunque con las limitaciones que indicaremos más adelante.

En España, por su parte, la jurisprudencia del tribunal constitucional español ha citado a la cláusula del estado social numerosas veces. Desde la STC 18/1981, de 8 de junio, este órgano sostiene que “la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental”²². En particular, como sostiene Ricardo García Macho, la STC 146/1986, de 25 de noviembre, destacó de forma nítida la estrecha relación existente entre la asistencia social, más allá de la clásica beneficencia, y la cláusula del Estado social (especialmente fundamentos jurídicos 2º y 5º)²³.

En lo doctrinario, se entiende en España que ese precepto impone ciertos límites al modelo económico. Torres del Moral afirma que ese modelo no puede ser plenamente liberal, pues lo impiden los principios rectores de la política social y económica, “que, si hacen honor a su nombre, deben regir ésta”; así como

“otros tantos preceptos de los títulos I y VII, que imponen tareas y objetivos a la intervención estatal y al sistema fiscal, así como exigen una función social a la propiedad, por muy elásticos que sean todos estos conceptos”.

²¹ BVerfGE 125, 175

²² TENORIO (2012), pp. 257-258, quien señala que hasta 2010 esta expresión había sido empleada por el máximo intérprete de la Constitución en 158 ocasiones–, en todas ellas para sentar que la acción de los poderes públicos ha de estar guiada y orientada a la reducción de la desigualdad social y, por ende, a la protección de los colectivos más desvalidos o desfavorecidos.

²³ GARCÍA-MACHO (2009), pp. 70-71

Por otro lado, sin embargo, el sistema tampoco puede ser de economía plenamente intervenida, por impedirlo los preceptos que consagran la libertad de empresa y la libre circulación de personas y bienes. Por igual motivo, no puede ser una economía de planificación centralizada e imperativa. Y, por su parte, decir que puede ser de planificación indicativa no añade nada a su consideración de economía de mercado²⁴.

En el mismo sentido de limitación, Alfonso Fernández-Miranda entiende que la flexibilidad del sistema se produce dentro de unos límites definidos por los propios preceptos constitucionales que han de ser respetados, aunque el autor se refiere especialmente a los límites contra una liberalización de la economía:

“Se quiere significar con ello que, a menos que se proceda a una reforma constitucional, no hay espacio, dentro de aquellas fronteras, para programas que ignoren los elementos públicos y sociales del modelo constitucionalizado (cláusula del estado social), pretendiendo afirmar la validez de un puro sistema de economía liberal con relaciones de producción simplemente autorreguladas por las fuerzas del mercado, ni tampoco para un sistema de economía colectivizada o de dirección central que ignore abiertamente la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”²⁵.

Por su parte, Sala Sánchez enumera una serie de normas que, en su opinión, establecen la compatibilidad del principio de “libertad de empresa en el marco de una economía de mercado” con la constitucionalidad de intervenciones públicas en la actividad económica, para la salvaguarda del contenido mínimo del estado social de derecho que la Constitución consagra²⁶. Por el contrario,

“mantener a ultranza la absoluta neutralidad de la Constitución en este concreto aspecto significaría tanto como convertirla en un conjunto de principios o aspiraciones abstractos y teóricos y, consecuentemente, privarla de fuerza normativa”²⁷.

Garrorena, aunque estima que en la Constitución española se ha optado por el modelo liberal capitalista, reconoce que el sistema constitucional permite ciertas correcciones:

²⁴ TORRES DEL MORAL (2004), p. 499.

²⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA (2003), pp. 170-171.

²⁶ El autor se refiere a la compatibilidad entre el artículo 38 CE y mandatos tales como los contenidos en los artículos 9.2 y 33.2 de la CE, los principios rectores del capítulo III del título I y los preceptos del título VII, de Economía y Hacienda.

²⁷ SALA SÁNCHEZ (2014), pp. 41-42.

“los enunciados de signo contrario, indican que la asunción de dicho modelo no se ha hecho de manera cerrada y dogmática, es decir, negada a toda posibilidad de superación dialéctica de tales estructuras, con lo cual salva la constitucionalidad de cualquier política profunda e intencionalmente transformadora. Habría una definición constitucional en dos momentos, planteada una relación dialéctica entre una aceptación del modelo social y económico establecido, capitalista, y la apertura en la constitución liberal, de actitudes o políticas dirigidas a la superación de dicho modelo”²⁸.

Como observan Pereira y Tirapu²⁹, esta tendencia hacia la intervención social también ha sido recogida en la STC 18/1984, en la que el tribunal constitucional español afirma:

“La interacción entre estado y Sociedad, destacada por la doctrina, produce consecuencias muy diversas en el mundo del Derecho [...]. El reconocimiento de los denominados derechos de carácter económico y social –reflejado en diversos preceptos de la Constitución– conduce a la intervención del estado para hacerlos efectivos, a la vez que dota de una transcendencia social al ejercicio de sus derechos por los ciudadanos –especialmente de los de contenido patrimonial, como el de propiedad– y al cumplimiento de determinados deberes como los tributarios [...]”³⁰.

A nuestro juicio, la virtualidad jurídica de un principio de estado social tiene su mayor manifestación en la posibilidad de que el Estado protagonice de forma mayoritaria e, incluso, en determinadas circunstancias, monopolice la entrega de bienes o servicios asociados a los derechos sociales prestacionales. En el caso del sistema constitucional español, notablemente más orientado a la intervención mayoritaria del Estado en materias sociales que el chileno, así lo ha advertido la doctrina. Sala Sánchez³¹ destaca la contundencia del artículo 41 CE –

“los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social [...] que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad [...]”;

y el resto de normas que asignan un papel fundamental al Estado en materia de prestaciones sociales. Garrorena, por su parte, advierte que todos aquellos artículos que en el capítulo III del título I comienzan con cláusulas tales como

²⁸ GARRORENA (1984), pp. 94-96.

²⁹ PEREIRA Y TIRAPU (1991), p. 967.

³⁰ STC 18/1984, f.j. 3

³¹ SALA SÁNCHEZ (2014), p. 25.

‘los poderes públicos promoverán...’, ‘El Estado velará...’, etc. (referidos a la cultura, deporte, suelo, vivienda, seguridad social...), “configuran acumulativamente al Estado como titular de esta función asistencial”³².

Sin embargo, aún así, un entendimiento correcto de lo que es un principio de estado social, debiera enfatizar su valor jurídico interpretativo –particularmente en orden a habilitar al legislador a adoptar políticas impositivas, restrictivas del libre mercado y del derecho de propiedad y de redistribución– *más que* jurídico directo. Esto es lo que veremos a continuación.

3. LA CLÁUSULA DE ESTADO SOCIAL Y LA DEFERENCIA HACIA EL LEGISLADOR

En lo doctrinario, la interpretación del principio de estado social, en su origen, es mucho más modesta y acotada de lo que usualmente suele sostenerse en nuestro medio. Como dice Ernst Benda, la doctrina y jurisprudencia alemana señalan, casi de forma conteste, que el principio de estado social no obsta a que, precisamente en lo que concierne a la administración de prestaciones, el legislador disponga de considerable margen de maniobra. Solo de forma excepcional puede inferirse de ese principio una expectativa jurídica directamente invocable ante la jurisdicción ordinaria, o, incluso, mediante recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional. La Ley Fundamental no contiene un programa de encargos concretos al legislador y la Constitución confía a los responsables decidir políticamente, según las condiciones y las necesidades sociales de cada momento, cómo debe traducirse el postulado del Estado social³³. Hartmut Maurer, por su parte, sostiene que la “procura existencial”³⁴ no consiste en un concepto jurídico del que puedan derivarse consecuencias jurídicas concretas (como el derecho de los ciudadanos a obtener determinadas prestaciones). Con él se pretende, más bien, designar una función estatal esencial en un estado social de derecho; una función, ante todo, de la administración, que es quien debe suministrar tales prestaciones, pero también del legislador, obligado a elaborar la regulación correspondiente³⁵.

La jurisprudencia constitucional alemana ha seguido el mismo derrotero. El Bundesverfassungsgericht, que en la sentencia Numerus Clausus,

³² GARRORENA (1984), pp. 82-84.

³³ BENDA (2001), pp. 530-537.

³⁴ En el original alemán, de acuerdo con el traductor de este libro, Hartmut Maurer se refiere al concepto de Daseinsvorsorge.

³⁵ MAURER (2012), p. 8.

de 1972³⁶ reconoció la necesidad de presupuestos materiales mínimos para el ejercicio de los derechos civiles y políticos³⁷, y que en la sentencia Hartz IV³⁸ de 2010, junto a lo anterior, declaró como derecho subjetivo de origen constitucional el derecho a un mínimo vital (recurriendo expresamente al fundamento del principio de estado social del artículo 20.1 de la Ley Fundamental de 1949), ha sido clarísimo en señalar que el referido principio del estado social, aunque con un importante valor interpretativo, no produce efectos directos³⁹; que la exigencia de los derechos sociales está sujeta a la “reserva de lo posible”⁴⁰ y, finalmente, que la configuración de los derechos sociales, incluyendo el derecho al mínimo vital, corresponde al legislador y no al juez⁴¹.

Esta interpretación de la cláusula de estado social no ha sido distinta en España. Como dice Torres del Moral, aunque en los comienzos de la Carta de 1978 se suscitó una abundante discusión respecto de “cuál fue el modelo económico adoptado por la Constitución española”⁴², en la actualidad, la doctrina mayoritaria coincide en la apertura de esa Carta Fundamental a

³⁶ BVerfGE 33, 303.

³⁷ De acuerdo con la transcripción de SCHWABE (2009), p. 353, en lo que interesa a este trabajo, el tribunal señaló: “la libre elección de la educación tiene por naturaleza como objetivo el libre acceso a las instituciones; la libertad, sin el presupuesto efectivo de poder ejercerla, carecería de valor. Por esta razón, el proyecto de una ley marco para las universidades, parte del derecho que tiene todo alemán de poder ingresar a la universidad que elija, cuando está en capacidad de certificar las calificaciones requeridas para ese estudio...”.

³⁸ BVerfGE 125, 175

³⁹ Véanse al respecto PÉREZ (1984), p. 166; BON (1992), p. 50; MAURER (2012), p. 8; ABENDROTH (1986), pp. 28-30 y PEREIRA (2003), p. 34.

⁴⁰ “En tanto que los derechos de participación tampoco se encuentran restringidos de antemano a lo existente, se encuentran, sin embargo, bajo la reserva de lo posible en el sentido de lo que el particular puede exigir en forma razonable de la sociedad” (sentencia Numerus Clausus, de acuerdo con la traducción contenida en SCHWABE (2009), pp. 354-355).

⁴¹ En el párrafo n.º 138 de la sentencia Hartz IV se señala que, si bien el beneficio del mínimo de subsistencia ha sido establecido en la Constitución como derecho fundamental, su alcance en términos del tipo de necesidades a satisfacer, y los medios necesarios para ello, no pueden ser derivados directamente de la Carta Fundamental. La evaluación respecto de qué es lo que es necesario aquí, en relación con los múltiples factores que indiquen en la materia, corresponde a la legislatura parlamentaria, que cuenta con un margen de apreciación para determinar el alcance y contenido de los beneficios necesarios para asegurar el sustento individual. Ese margen será más estrecho en la evaluación de lo necesario para la existencia física, y más amplio cuando se trata del alcance y la posibilidad de participar en la vida social.

⁴² Como explica este autor, se habló tanto a favor sea de un modelo capitalista como de un sistema socialista de planificación. Otros defendieron un modelo de economía social de mercado que, como explica el autor, sigue girando en torno al capitalismo, con sus principios básicos de propiedad privada de los medios de producción y libre iniciativa económica privada.

diferentes alternativas. El Estado tiene la función de regulación y también de redistribución social del producto nacional en forma de prestaciones sociales; pero el grado de intensidad con que se ejerzan ambas funciones variará según las fuerzas políticas que obtengan la mayoría en el poder y la situación económica general. En estos distintos grados de intensidad están las opciones que deja abiertas la Constitución, las cuales han de moverse dentro de los límites del mercado, de la democracia y de la juridicidad y socialidad del estado⁴³.

En sentido similar, Sala Sánchez afirma que la Constitución no ha establecido un modelo o sistema económico acabado y completo que sea susceptible de funcionar como parámetro de constitucionalidad de una determinada intervención política. Dentro de ella pueden encontrar acogida opciones políticas diversas, determinadas por el pluralismo político, que es característica esencial del estado democrático de derecho, también asumido por la Constitución⁴⁴.

En definitiva, como agrega Pedro Tenorio, la doctrina entiende que se trata de un principio (no regla) orientador de la acción del Estado (no estructural) que indica que la acción pública debe estar orientada a la reducción de la desigualdad social⁴⁵.

Por otro lado, la aplicación que la jurisprudencia constitucional española ha dado a este principio tiene caracteres más bien modestos, en general en relación con derechos sociales negativos o beneficios sociales ya creados por el legislador⁴⁶. Además, el Tribunal Constitucional ha negado un valor directamente vinculante a los “principios rectores” de la política social y económica –que es como se denomina a los derechos sociales prestacionales en la Constitución española–, por ejemplo, en la STC 80/1982, f.j. 1, cuando señaló:

“decisiones reiteradas de este Tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma. Pero si es cierto que tal valor necesita ser modulado en lo concerniente a los arts. 39 a 52 en los términos del art. 53.3 de la C.E [...]”;

⁴³ TORRES DEL MORAL (2004), pp. 498-500; GONZÁLEZ MORENO (2002), pp. 64-65.

⁴⁴ SALA SÁNCHEZ (2014), pp. 41-42.

⁴⁵ TENORIO (2012), p. 258;

⁴⁶ En relación con el contenido esencial del derecho a la huelga (STC 11/1981, de 8 de abril, f.j. 9); la justificación de ciertas desigualdades procesales entre empresario y trabajador, en el derecho laboral español (STC 3/1983, de 25 de enero; y STC 14/1983, de 28 de febrero) y la compatibilidad entre una pensión de vejez y otra de viudedad (STC 19/1982, de 5 de mayo). Véase TENORIO (2012), pp. 258-259.

y ha reconocido la latitud de competencias del legislador en materia de políticas sociales (STC 14/1992, f.j. 11). Finalmente, en un voto particular, de la STC 37/1981, del magistrado Luis Díez-Picazo, el Tribunal Constitucional se ha referido expresamente al alcance de la “constitución económica” regulada en la carta fundamental española de 1978:

“El concepto de constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, la constitución económica contenida en la constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas. Por ello, nos parece que la norma del art. 38 y la referencia a la libre empresa en el mercado de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa”⁴⁷.

Por tanto, el principio de estado social es, en términos jurídicos, relativamente neutro frente a las distintas opciones ideológicas, y de consecuencias jurídicas directas más bien limitadas. Pero también parece conveniente que así sea. Como señala Alfonso Fernández-Miranda Campoamor –quien afirma “el inequívoco valor jurídico” de esta cláusula en la Constitución española, por las numerosas razones que abona en su texto–, la

“densidad jurídica de la cláusula [de estado social] no puede ser sino notablemente limitada porque siendo una cláusula finalista, que persigue una sociedad más justa, más igualitaria y más satisfecha en sus necesidades, no puede hacerlo, como toda norma jurídica, sino a través medios y son estos los que determinan el verdadero contenido jurídico. Al depender los fines de opciones y circunstancias políticas, económicas y sociales que ninguna Constitución, sin desnaturalizarse, podría predeterminar, los medios pasan necesariamente a convertirse en cauces muy abiertos para la acción política. La cláusula impone mandatos y fija límites, pero sustancialmente es una poderosa cláusula de habilitación para la legitimación de políticas públicas orientadas al fin propuesto. Ni la Constitución sabe la forma más conveniente del fin perseguido (el Estado de

⁴⁷ STC 37/1981, voto particular del magistrado Luis Díez-Picazo, n.º. 1. *Cursivas nuestras*. Este voto particular contó con la adhesión de otros dos jueces.

bienestar) ni mucho menos los medios más idóneos para alcanzarlo en cada momento, ni siquiera el calendario adecuado ni la administración de prioridades. La cláusula del Estado social (aparte otras significaciones ya analizadas) abre al legislador la posibilidad de construir y asegurar el Estado de bienestar, pero por sí sola en modo alguno conduce a él. [...] Pretender conseguir objetivos materiales mediante el derecho ignorando las circunstancias económicas y las mismas posibilidades materiales es, llanamente, una necesidad⁴⁸.

Si esto es así, estimamos que hay otra consecuencia: en la interpretación de esta cláusula ha de prevalecer la interpretación política que hacen las autoridades encargadas de la conducción del Estado y la sociedad; y que la interpretación jurídica –en particular, la del juez constitucional–, ha de ser deferente con la que efectúen aquellas, salvo, por supuesto, que se quebranten derechos humanos y otros principios basales del Estado de derecho. En otras palabras, el principio de estado social no debiera entenderse como un principio que elimine la libertad de las autoridades políticas para escoger políticas sociales distintas a aquellas de signo más intervencionista; ni, desde luego, como un título constitucional que permita a los jueces imponer determinadas políticas sociales, obviando o directamente desconociendo las facultades del legislador en este tipo de materias

4. EL PRINCIPIO DE ESTADO SOCIAL EN AMÉRICA LATINA, Y LA OBLIGACIÓN DE CONSAGRAR DERECHOS SOCIALES

Sin embargo, particularmente en Latinoamérica –aunque no solo aquí–, alguna doctrina va un poco más allá. De la consagración de un principio de estado social –o, directamente, de derechos sociales en el ámbito constitucional–, no se espera solo una “habilitación” al estado, sino la imposición directa de verdaderas obligaciones a las autoridades políticas, bajo la forma de derechos sociales que gocen de la misma exigibilidad que los derechos civiles y políticos.

Víctor Abramovich denomina a esto como el “enfoque de derechos humanos en relación con las políticas sociales”. Apelando al derecho internacional de los derechos humanos, sostiene este autor que ese “enfoque” apunta, esencialmente, al otorgamiento de poder a los sectores pobres y excluidos por la vía del reconocimiento de derechos. El punto de partida utilizado para la formulación de una política no se limita a reconocer la existencia de ciertos sectores sociales que tienen necesidades no cubiertas, sino que se

⁴⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA (2003), pp. 178-179.

traduce fundamentalmente en derechos que tienen las personas para exigir o demandar del Estado ciertos comportamientos y, por consiguiente, en el establecimiento de mecanismos de tutela, garantía o responsabilidad⁴⁹. En el ámbito del derecho constitucional brasileño, en tanto, Flavia Piovesan y Renato Stanzola Vieira concluyen que la carta brasilera de 1988 –que reconoce como fundamentales a los derechos sociales enumerados en su artículo 6º– acabó por extender las tareas del Estado, incorporando fines económicos sociales positivamente vinculantes, de naturaleza jurídica, que limitan la libertad reconocida hasta ahora a la actividad política⁵⁰.

Consecuentemente, al utilizar el lenguaje de los derechos, los reclamos antes señalados están dirigidos fundamentalmente a la actividad del juez. Se espera que sea este –y no el legislador– el que, directamente, a través de sus sentencias, lleve a cabo el mandato constitucional de justicia social, en el caso de que las autoridades legislativas no lo atiendan adecuadamente, o no lo atiendan en el grado y forma que esa doctrina espera. Víctor Abramovich y Christian Curtis señalan:

“[...] la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana [...]. No existe derecho económico, social o cultural que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación”⁵¹.

Desde luego, este enfoque encuentra importantes partidarios también fuera de América Latina. Es así como Luigi Ferrajoli reconoce las dificultades que encuentra la garantía de los derechos sociales, pero agrega:

“ello no quiere decir que nunca se hayan elaborado técnicas de garantía para estos derechos, y menos aún que sea irrelevante, no vinculante o puramente ‘programático’ su reconocimiento constitucional como derechos. [...]. En general, la calificación constitucional de estas expectativas como ‘derechos’ no supone sólo la obligación constitucional del legislador de llenar las lagunas de garantías con disposiciones normativas y políticas presupuestarias orientadas a su satisfacción, sino además el

⁴⁹ ABRAMOVICH (2006), p. 23.

⁵⁰ PIOVESAN y STANZIOLA (2006), p. 132.

⁵¹ ABRAMOVICH y CURTIS (2002), pp. 46-47. Destacados nuestros.

establecimiento de otras tantas directivas dotadas de relevancia decisiva en la actividad interpretativa de la jurisprudencia ordinaria y sobre todo en la de los Tribunales supremos⁵².

5. LA IMPOSICIÓN DE DETERMINADAS POLÍTICAS

Pero, además, la doctrina partidaria de los derechos sociales tiende a establecer de antemano contenidos concretos que debieran caracterizar el cumplimiento de los deberes de justicia social que se demandan del Estado. Las necesidades sociales no solo deben ser satisfechas como derechos por el Estado, sino que deben serlo de una forma determinada, cualesquiera sean las circunstancias que usualmente influyen en otras políticas sociales, incluyendo la existencia o falta de recursos económicos⁵³:

“En el plano técnico nada autoriza a decir que los derechos sociales no sean garantizables del mismo modo que los demás derechos [...]. Ante todo, hay que afirmar que esta tesis no vale para todas las formas de garantía *ex lege* que, a diferencia de lo que ocurre con las prácticas burocráticas y potestativas propias del Estado asistencial y clientelar, podrían muy bien realizarse mediante prestaciones gratuitas, obligatorias e incluso automáticas: como la enseñanza pública gratuita y obligatoria, la asistencia sanitaria asimismo gratuita o la renta mínima garantizada”⁵⁴.

En un sentido más general, Víctor Abramovich y Christian Courtis señalan que, aún en un contexto de relativa escasez económica, la asunción de obligaciones sociales supone una autolimitación de la discrecionalidad del Estado en materia de disposición presupuestaria⁵⁵. Vladimir Kartashkin, por su parte, señala que, si bien la regulación internacional de los derechos económi-

⁵² FERRAJOLI (1999), p. 109. En Chile véase también BUSTOS (2009), p. 241.

⁵³ Cuestión central, desde luego, en el tema que nos ocupa. Véase MARTÍNEZ (2010), p. 133-134 y BENDA (2001), pp. 557-558, quien remarca que, frecuentemente, se olvida que los servicios sociales han de ser pagados por los ciudadanos. Por eso, un sistema de bienestar requiere de una sociedad de alto rendimiento económico, lo que solo puede darse en una “economía privada generadora de prosperidad”.

⁵⁴ FERRAJOLI (1999), pp. 64-65. Destacado nuestro. En Chile, VIERA (2014), pp. 476-477, señala aquellos sectores de la economía, que, como resultado de un eventual reconocimiento del principio de estado social en Chile “bien pueden sustraerse de la competencia y no tendrá impacto en los indicadores macroeconómicos y [...] significará una elevación del PIB, niveles de integración social, desarrollo humano, etc. Y las áreas a las que me refiero son transporte público, regulación eficaz de la industria de farmacias, educación, sistema de salud y previsión social”.

⁵⁵ ABRAMOVICH Y COURTIS (2002), pp. 36-37.

cos, sociales y culturales no apunta a una estandarización de la legislación o un determinado sistema político o social entre diferentes países, se establecerían, en cambio, un contenido mínimo de los derechos sociales y objetivos de bienestar a ser logrado por los Estados, cualquiera sea su sistema o circunstancias⁵⁶.

Otros autores recurren frecuentemente a lo señalado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, que, como es sabido, ha dictado una serie de observaciones generales desarrollando una particular visión de lo que debe implicar el cumplimiento de los derechos sociales. A nuestro juicio, en no pocas oportunidades esas observaciones traspasan el límite de la interpretación del contenido del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) para pasar a una verdadera redefinición de los derechos sociales allí reconocidos. Así, por ejemplo, mientras ese Pacto se limita a mencionar una vez el derecho a la vivienda –entre un conjunto de otros derechos destinados a proporcionar “un nivel de vida adecuado” a sus destinatarios–, el Comité respectivo, deduce en su observación general n.º 4⁵⁷, una serie de caracteres que deben acompañar a la “vivienda adecuada”, tales como seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; lugar; adecuación cultural, etc. Pero, además, en el párrafo 12 de este documento, el citado Comité estima que el problema se soluciona mediante el establecimiento de una política, detallando cómo esta debe definirse⁵⁸.

El problema que esto plantea no es, en sí, la preferencia por un determinado sistema socioeconómico; cuestión que, en cualquier caso, escapa del ámbito de lo jurídico. El problema es que, al convertir una eventual cláusula de estado social, o las normas sobre derechos sociales prestacionales, en normas jurídicas de efecto directo, esa elección la hagan los juristas –la doctrina o los jueces–, y no las autoridades político-representativas; que se presente esa alternativa como el resultado de un razonamiento jurídico y se intente su imposición con la fuerza del derecho, eliminando del debate a todas aquellas posiciones políticas o de otro tipo, que no se ajusten a lo sostenido por la doctrina en examen; y que todo ello se haga violentando los límites constitucionales que contienen las competencias del juez. Pero ¿son los juristas –y no la sociedad y sus representantes–, los que deben definir la forma en que deben enfrentarse problemas sociales como la pobreza?

⁵⁶ KARTASHKIN (1982), p. 113. El autor mantiene esta afirmación reconociendo que el PIDESC lo que impone es la realización “progresiva” de los derechos sociales.

⁵⁷ Citada y analizada en Chile, por ejemplo, por ESPEJO (2010), p. 53 y ss.

⁵⁸ Se señala, por ejemplo, que debe adoptarse una estrategia nacional de vivienda, que debe reflejar una consulta y participación de las personas afectadas, e incluir medidas de coordinación entre los ministerios involucrados, etcétera.

6. ¿EXISTE UNA SOLA FORMA DE COMBATIR LA POBREZA?

Parece difícil creer que los académicos del derecho del siglo XXI sean capaces de definir exitosamente, recurriendo solo al derecho y las limitadas herramientas que proporciona nuestra formación, la forma específica en que ha de conseguirse la justicia social, cuando, aún hoy, economistas, científicos políticos y otras disciplinas –que, en comparación a nosotros, muestran muy superiores capacidades en el estudio de la pobreza y otros problemas sociales–, discrepan acerca de cómo enfrentar este flagelo⁵⁹. Por otro lado, más allá de la teoría, la insistencia en un modo específico de combatir la pobreza –en general, prestaciones materiales a cargo del Estado– olvida cuestiones tales como la multiplicidad de tipos de estado de bienestar, no todos los cuales dejan la cuestión social, enteramente, en las manos del poder público⁶⁰; la posibilidad de que sea la sociedad –y no solo el Estado– la que enfrente total o parcialmente el tema de la desigualdad social⁶¹; y la existencia de muchas variantes ideológicas que escapan al binomio estatismo-liberalismo⁶².

Desde un punto de vista específicamente constitucional, además, hay un tema que nos preocupa de manera especial: el ineludible problema del

⁵⁹ Muchos juristas, conscientes de esa limitación, invocan estudios de economistas, filósofos y otros especialistas en la materia en apoyo de sus posiciones. Pero, a nuestro juicio, la dificultad sigue allí: ¿Porqué –jurídicamente hablando– un argumento sostenido por Piketty es más pertinente que el defendido por Hayek (pregunta, que desde luego, puede hacerse también a la inversa). Nos parece bastante discutible poner el derecho al servicio de visiones económicas, políticas o sociales que, por legítimas que sean en sí mismas consideradas, tienen poco que ver con la labor propia de nuestra disciplina: resolver casos concretos conforme a reglas de derecho.

⁶⁰ Una obra clásica al respecto es ESPING-ANDERSEN (1990).

⁶¹ Al respecto, GLENDON (1992), pp. 534-535, propone un complemento mutuo entre la experiencia estadounidense, que enfrenta la pobreza a través de un modelo subsidiario, que permita la intervención voluntaria en esta materia de entidades privadas; y el sistema europeo de estados de bienestar, para aliviar los problemas que aquejan a cada sistema: la desprotección de los más débiles y la sobrecarga fiscal, respectivamente. Por otro lado, datos publicados por la OCDE en 2014 demuestran que, en materia de Producto Interno Bruto destinado a servicios sociales, cuando se considera la estructura de impuestos y el papel de los beneficios sociales privados, el país que sube segundo puesto mundial en niveles de gasto social, después de Francia, es Estados Unidos. Véase al respecto Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. “Social spending is falling in some countries, but in many others it remains at historically high levels: Insights from the OECD Social Expenditure database (SOCX)”, Noviembre de 2014. Disponible en www.oecd.org/social/expenditure.htm. Acceso em: 24 set. 2016.

⁶² Así, por ejemplo, de acuerdo con HEYWOOD (2010), p. 244, la “tercera vía”, y que se plasmó, por ejemplo, en la sustitución de las subvenciones de la educación superior con un sistema de préstamos a estudiantes que ahora se emplea en un número creciente de países, incluidos Estados Unidos, Australia y el Reino Unido, y la implantación de costes de docencia. El autor concluye que “los estudiantes tienen el deber de pagar por su educación; no se limitan a tener el derecho de acceso a ella”.

derecho de nuestros conciudadanos para escoger o alejarse, de forma libérrima y con la protección del derecho constitucional, de determinados modelos políticos y sociales, incluyendo aquellos favorecidos por la doctrina; o la posibilidad, ya en términos generales, de que los modelos que ciertos autores del derecho alaban, no sean, quizá, los mejores para combatir el lacerante problema de la pobreza, sobre todo en nuestro continente. Existe más de un enfoque y más de una solución al problema de la pobreza o, al menos, así lo piensa, de manera completamente legítima, un significativo número de personas. Es lo que evidencia Carlos Rosenkrantz cuando recuerda el pluralismo de nuestras sociedades y el hecho de que

“ninguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas. No hay ninguna distribución de recursos que se haya convertido en una verdad política incontestable. Consecuentemente, desde el punto de vista colectivo y político, no sabemos qué es lo que es de cada uno en el contexto de una cooperación justa entre individuos que participan de la empresa de la vida social [...]”⁶³.

La juridización directa de una cláusula de estado social, en definitiva, produce el riesgo de trasladar la decisión de lo social desde el Parlamento a los estrados judiciales (y a quienes influyen en estos). Sin embargo, si creemos de verdad en la democracia, no vemos porqué la opinión de algunos ilustres y reputados académicos de derecho, en favor de un determinado modelo social, pero impuesta con la fuerza de lo jurídico, haya de limitar el derecho constitucional del más humilde habitante de nuestros países, de elegir o descartar una determinada tendencia política o forma de Estado, sea contemple o no la satisfacción de los derechos sociales, en la forma que los autores desean ver realizados; o que los materialice, pero de una manera distinta a la esperada por ellos⁶⁴. Pero, además, como veremos ahora, tampoco existe evidencia de que una decisión así adoptada en este campo –por los juristas, mediante el derecho–, produzca mejores resultados que las que resultan del proceso político-democrático.

7. EL EFECTO PRÁCTICO DEL PRINCIPIO DE ESTADO SOCIAL Y DE LOS DERECHOS SOCIALES

En efecto, la realidad de las cosas demuestra que no hay una relación directa entre la consagración o no de un principio de Estado social o derechos sociales,

⁶³ ROSENKRANTZ (2002), pp. 8-9.

⁶⁴ Se argumenta usualmente que, por el contrario, los derechos sociales son requisitos de la “verdadera” libertad política. Sobre ello nos remitimos a nuestro artículo POYANCO (2016b).

y la existencia de un Estado de bienestar o prestaciones sociales más o menos satisfactorias. Consideremos al respecto, en primer lugar, el trabajo de José Martínez Estay, que efectúa una relación de los más reputados y admirados estados de bienestar que existen en el ámbito mundial, en situaciones en que, en los ordenamientos constitucionales respectivos no se consideró –y en algunos casos, aún no se considera– referencia alguna a un principio de Estado social o derechos sociales⁶⁵. En la propia Alemania, la constitucionalización del derecho al mínimo vital se limitó a elevar a rango constitucional un derecho que ya existía por vía legal, y la sentencia respectiva no eliminó las potestades del legislador en la determinación de su contenido y alcance⁶⁶. Sin perjuicio de ello, de acuerdo con Ernst Benda, se estima unánimemente que las expectativas respecto de la acción social del Estado fueron asumidas “hace ya tiempo [por el legislador], especialmente, a través de la Ley de Asistencia social”⁶⁷.

Agreguemos a lo anterior, en segundo lugar, una mirada histórico-comparada. La vigencia casi centenaria de los derechos sociales consagrados en la famosa Constitución mexicana de 1917 –presentada como uno de los tres grandes hitos en la historia del constitucionalismo social⁶⁸–, no ha impedido que en ese país la pobreza afecte a más del 50% de la población; y la miseria, a un 20%⁶⁹. Ya en 1992, Mary Ann Glendon notaba que la generosa consagración constitucional de los derechos sociales en algunas constituciones europeas se relacionaba poco con el respectivo gasto presupuestario nacional en materia de derechos prestacionales⁷⁰. Actualmente, las normas constitucionales sobre Estado social y derechos sociales, no han impedido que los estados europeos, afectados por la crisis económica en desarrollo, hayan recortado – en ocasiones, de manera dramática– derechos y prestaciones de orden social⁷¹.

⁶⁵ MARTÍNEZ (2008), pp. 276-278, se refiere a los casos de Gran Bretaña, Suecia, Francia y Canadá.

⁶⁶ Véase nota al pie 43, *supra*.

⁶⁷ BENDA (2001), p. 531.

⁶⁸ Los otros dos ejemplos tuvieron corta vida y triste recuerdo: la Constitución española de 1931 y la Constitución de Weimar de 1919.

⁶⁹ “México, uno de los tres países donde creció la pobreza: Cepal”, Diario Excelsior, 23 de febrero de 2016. Disponible www.excelsior.com.mx/nacional/2016/03/23/1082333 [fecha de consulta: 3 de enero de 2017]

⁷⁰ GLENDON (1992), p. 531.

⁷¹ Nos referimos fundamentalmente a leyes de recorte de beneficios de seguridad social. En algunos casos, esas leyes han sido desafiadas ante los tribunales constitucionales o, incluso, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con resultados variables. En todo caso, para ello nunca se ha recurrido al lenguaje de derechos sociales. Para un análisis de sentencias recientes del TEDH en materia de medidas anticrisis, véase nuestro trabajo POYANCO (2016a), pp. 269-282.

Pero aún hay más. Dado que los juristas partidarios de los derechos sociales están recurriendo, en definitiva, al lenguaje de los derechos –factor de reconocida potencialidad para aumentar el activismo judicial⁷²–, el resultado ha sido, en algunos países de América Latina, la judicialización masiva de demandas sociales. Sin embargo, la evidencia muestra que esa judicialización no ha favorecido a las personas de escasos recursos, como se advierte en la jurisprudencia de países como Brasil, Colombia –cuya Constitución, recordemos, consagra expresamente el principio de estado social– e, incluso, Chile⁷³. Esto sucede así porque, en los países donde la responsabilidad primaria del cumplimiento de los derechos sociales pertenece al Estado, la litigación en este campo reduce la cuestión de su exigibilidad, tal como sugiere la doctrina, a la disputa entre dos intereses contrapuestos: por un lado, el Estado y sus alegaciones presupuestarias; por otro, el interesado y sus necesidades sociales, expresadas en la forma de derechos irrenunciables. Pero así –al ignorarse los múltiples factores que inciden en una cuestión de la complejidad de la pobreza; incluyendo, sorprendentemente... las necesidades de los pobres que no litigan–, la judicialización de demandas prestacionales basada en el discurso de los “derechos sociales” ha favorecido de forma masiva a las capas medias y altas de la población, que son las que tienen el capital material y cultural para litigar⁷⁴. En los países latinoamericanos en que los derechos sociales dependen, mayoritariamente, de la acción prestacional del Estado, el dinero que paga las sentencias favorables de los litigantes exitosos sale de los presupuestos destinados a pagar las políticas que estaban destinadas a atender las necesidades de las personas carentes de recursos⁷⁵.

⁷² GLENDON (1998), p. 84.

⁷³ Véase siguiente nota al pie.

⁷⁴ No deja de ser llamativo que esto ha ocurrido, incluso, en Chile, país donde, como es sabido, el diseño constitucional permite un sistema de salud privado, paralelo al estatal, que descansa en la lógica de seguros de salud. Las sentencias roles n.ºs 976, 1218, 1273, 1287 y 1770, del Tribunal Constitucional chileno, relativas al derecho a la salud y al derecho a la seguridad social, han favorecido al 16% más rico de la población chilena, que es el que puede utilizar el sistema privado de seguros de salud vigente en Chile (el sistema de Instituciones de Salud Previsional o ISAPRES). El porcentaje de usuarios del sistema de salud citado puede encontrarse en LARRAÍN (2011) y UNGER, PAEPE, SOLIMANO y ARTEAGA (2008): “Chile’s Neoliberal Health Reform: An Assessment and a Critique”

⁷⁵ Hemos explicado en detalle porqué sucede esta cuestión en nuestro trabajo: POYANCO y ROMERO (2015), pp. 149-172. En el caso brasileño, véase, además, MOTTA (2011), pp. 1643-1668. En el caso colombiano, véase PARRA (2012), pp. 85-145. Por lo mismo, cabe mirar con atención cuales serán los efectos de la reciente tendencia jurisprudencial que se ha manifestado en la Corte Suprema chilena, de ordenar al Estado de Chile a pagar determinados medicamentos, con base en una interpretación extensiva del derecho a la vida. Así sucedió, por ejemplo, en su sentencia del recurso de protección rol n.º 17043-2018.

8.- ¿UN PRINCIPIO DE ESTADO SOCIAL EN LA CONSTITUCIÓN CHILENA?

Cabe preguntarse, entonces, cuál sería el sentido en Chile de una reforma constitucional que consagrara este principio en el ámbito constitucional, y cuales serían los efectos prácticos de una tal reforma. Como es sabido, ese principio no existe de manera expresa en la Constitución chilena, siendo imposible, tampoco, deducirlo de otras normas o principios constitucionales de esa Carta Fundamental, como sí sucede en las otras constituciones latinoamericanas y europeas que aquí hemos mencionado.

Por cierto, algunos autores se han referido a la posible existencia, ya en nuestra Constitución actual, de un principio de Estado social en esta Carta Fundamental. Es así como, por ejemplo, José Cea Egaña señaló, en su momento, que lo que denominaba como “la democracia social” –es decir, el Estado social de derecho– está consagrada “de forma imperfecta” en la Constitución 1980 y solo puede llevarse a cabo de forma subsidiaria, merced a la acción solidaria de la sociedad y el Estado⁷⁶. Enzo Solari Alliende, por su parte, intenta fundamentar la existencia de un estado social en la Constitución chilena de 1980, recurriendo a la preeminencia del artículo 1° de la Constitución, leído desde un enfoque social-cristiano, en particular, los incisos 4° y 5° de esta norma, que dicen respectivamente:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

Sobre la base de esos preceptos, sostiene ese autor, el poder público tendría una responsabilidad derivada de las consecuencias sociales que emanan de la dignidad humana, a través de la promoción de la justicia en los diversos ámbitos de la sociedad. A esa responsabilidad estatal corresponden unos derechos de las personas de ver satisfechas las necesidades fundamentales. Un Estado así configurado, guiado por una subsidiariedad en sentido

⁷⁶ CEA (1983), pp. 14-15.

positivo, no tiene relación ni con una planificación centralizada de la economía ni con un abstencionismo que relega al Estado a ocuparse solo de proteger y asegurar la libre concurrencia económica. Dado que el mandato constitucional de integración armónica puede aplicarse, entre otras alternativas, a la sectorización socioeconómica, “la configuración socialmente igualadora aparece aquí claramente mandada”⁷⁷.

Sin embargo, parece difícil extraer de la literalidad del texto constitucional vigente alguna conclusión en este sentido, incluso considerando que la actual Constitución reconoce derechos sociales⁷⁸ e, incluso, consagra la función social de la propiedad⁷⁹. Los derechos sociales contenidos en la Constitución de 1980 son reconocidos no tanto desde el punto de vista de lo que debe hacer el Estado en materia prestacional, sino, más bien, de las libertades reconocidas a los particulares en materia de prestar y escoger los servicios respectivos⁸⁰.

Por otro lado, puede compararse el tenor de los incisos 4º y 5º del artículo 1º antes citado, con lo expuesto por los numerales 16 y 17 del artículo 10 de la Constitución de 1925, en el texto fijado por una reforma constitucional del año 1971. Estas normas señalaban:

“el Estado adoptará 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 humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional” (n.º 16)

y que:

“el Estado deberá remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y grupos, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley” (n.º 17)⁸¹.

En su texto actual, sin embargo, la Constitución de 1980 no vincula de forma directa la consecución de la libertad, igualdad o dignidad de las per-

⁷⁷ SOLARI (1993), pp. 339-340.

⁷⁸ Los derechos a la salud, educación y seguridad social (numerales 9, 10 y 18 del artículo 19, respectivamente)

⁷⁹ Artículo 19 n.º 24, en particular el inciso 1º.

⁸⁰ Lo que se deduce, fundamentalmente, de lo dispuesto en el artículo 19 n.º 20, que regula lo que en Chile se conoce como el “recurso de protección”, es decir, el amparo de derechos fundamentales.

⁸¹ En ambos casos, destacados nuestros.

sonas con la actividad prestataria del Estado; argumento que, de otro modo, hubiera sido una poderosa razón para reconocer un estado social en Chile, al modo tradicional. La actual preocupación constitucional es resguardar la libertad y derechos de las personas, incluso, en el ámbito de los derechos sociales⁸².

La razón de este enfoque constitucional puede encontrarse en la incidencia de un segundo e importantísimo factor que también está presente en la Carta Fundamental en examen: el principio de subsidiariedad y el entendimiento del constituyente chileno en relación con el papel que corresponde a la propia sociedad en el cumplimiento de las metas –incluyendo las metas sociales– que libremente se imponga. En este sentido, el principal ideólogo del principio de subsidiariedad, Jaime Guzmán, sostenía:

“Lejos de considerar que el Estado se menoscaba por disminuir su tamaño o su actividad [...], quienes postulamos el principio de subsidiariedad creemos que tal realidad beneficia al país, y también favorece un Estado más eficiente en sus trascendentales tareas propias e indelegables [...]. Siempre que no se trate de una función exclusiva e indelegable del Estado (y ni las prestaciones de servicios educacionales o de salud lo son), la responsabilidad estatal debe entenderse subsidiaria o supletoria”⁸³.

En el mismo sentido, Raúl Bertelsen señala como tendencia de fondo de la Constitución de 1980 una orientación doctrinal común, en virtud de la cual al Estado corresponde un papel subsidiario, lo que se traduce en un reconocimiento amplio de los derechos y libertades fundamentales –de modo que cada persona pueda decidir su vida–, y en una participación del sector privado en las prestaciones destinadas a hacer efectivos los derechos sociales. Si bien se reconoce el derecho a la educación, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, el Estado solo controla, protege el ejercicio del derecho y garantiza la ejecución de ciertas acciones, pero no asume –como ocurría anteriormente– una responsabilidad casi exclusiva en el logro de las finalidades que la Constitución persigue⁸⁴.

⁸² Otro interesante argumento a favor de derechos sociales, que no podemos tratar aquí, tiene relación con una posible incidencia del derecho internacional de los derechos sociales, a partir de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental. Por ahora, bástenos señalar que compartimos la posición de aquellos que sostienen que el derecho internacional de los derechos humanos limita la soberanía, pero no tiene rango supraconstitucional. En consecuencia, ha de sujetarse al modelo constitucional impuesto por la Carta Fundamental, entendida en términos sistemáticos. Para un desarrollo de estas posiciones, véase ZÚÑIGA (2008), p. 826 y PEÑA (2011), pp. 111-112.

⁸³ SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1990), p. 15. Destacados nuestros.

⁸⁴ BERTELSEN (1987), pp. 59-61.

El propio Enzo Solari Alliende señala que, si bien la promoción estatal del bien común encuentra su correlato en unas pretensiones subjetivas en orden a la mejor realización posible (a cada momento) de las condiciones sociales que permitan a toda persona su mayor realización espiritual y material, “no hay un sujeto que está en situación de exigir jurídicamente la realización de dichas prestaciones [...], porque su satisfacción pende [...] de las capacidades económicas que tiene el Estado a cada momento”. La tabla de las garantías constitucionales propicia notoriamente, en el campo económico, la libre expansión individual y la contención estatal, haciendo suyas las pretensiones básicas del liberalismo económico⁸⁵. Christian Viera Álvarez, a su vez, estima que la Constitución no reconoce ni derechos sociales ni un estado social. De ahí que los derechos sociales no cuenten con protección reforzada y devengan en anhelos y propósitos deseables, pero sin exigibilidad directa al deber de actuación que corresponde al Estado⁸⁶.

A mayor abundamiento, las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile⁸⁷ que, más allá de sus notorias deficiencias técnicas⁸⁸ reconocieron, al fin, la existencia de derechos sociales vinculantes en Chile, lo han hecho no para exigirlos del Estado, sino... para exigirlos de otros particulares. Como dice José Martínez Estay:

“[La mayoría del Tribunal Constitucional dio] una nueva interpretación al principio de subsidiariedad, al señalar que ‘no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos [...]’, por aplicación del principio de efecto horizontal de los derechos [...]”⁸⁹.

9.- ¿PROHÍBE HOY LA CONSTITUCIÓN DE 1980

UNA MAYOR PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES?

En consecuencia, la Carta Fundamental chilena no busca tanto afirmar –aunque tampoco niega– la acción social del Estado; el objetivo constitucional es la

⁸⁵ SOLARI (1993), pp. 341-344.

⁸⁶ VIERA (2014), pp. 473-474.

⁸⁷ Las sentencias roles n.ºs. 976, 1218, 1273, 1287 y 1770.

⁸⁸ Para un completo análisis crítico de esas sentencias, nos remitimos a MARTÍNEZ (2010).

⁸⁹ *Op. ct.*, pp. 149-150.

salvaguarda de la libertad de los particulares para participar en la prestación de los servicios sociales prestacionales, en igualdad de condiciones con el Estado. Las leyes que desarrollan los respectivos principios constitucionales resguardan la libertad de elección de los usuarios –entre las instituciones públicas o privadas que prestan esos servicios– e, incluso, en el caso de la seguridad social, el sistema permite que las personas se vean obligadas a cotizar, configurar y recibir las prestaciones respectivas a través de empresas privadas.

Por nuestra parte, creemos que la actual ordenación negativa de la Constitución de 1980 no se opone realmente a una mayor intervención prestacional del Estado en materia de derechos sociales, por lo que mal puede acusarse al principio de subsidiariedad de promover la insolidaridad social. Ello fue notado por el propio Enzo Solari, en su análisis antes citado. Dice este autor:

“Esto es evidente en los incisos 2° del N° 21 y 1° del N° 22 del art. 19 [de la Constitución]. En efecto, el primero de ellos habla derechamente de la actividad empresarial del Estado, si bien la limita y regula rigurosamente. Y el segundo, aunque aparente ser plenamente liberal, tiene una enorme virtualidad desde el punto de vista del Estado social. La norma dispone que el trato dado por el Estado y sus organismos en materia económica no puede implicar una discriminación arbitraria. Entonces, discriminar, que es diferenciar una cosa de otra, no es lo que en sí reprocha la Constitución; lo de veras prohibido es discriminar con arbitrariedad [...] Esto es muy importante, pues caracteriza al Estado social la discriminación constante (no arbitraria, por cierto), arraigada en y orientada por el mandato social y económico dirigido al Estado [...]. Estas dos normas, en consecuencia, permiten afirmar que las garantías económicamente liberales son perfectamente compatibles con las tareas sociales y económicas de un Estado social”⁹⁰.

En el mismo sentido, Arturo Fermandois –en Chile, uno de los más notorios defensores del orden público económico consagrado en la Constitución de 1980–, estima:

“que la Carta Fundamental actual no contiene una formulación neoliberal en el tratamiento de ciertos derechos clásicos –libertad, propiedad, trabajo, salud, tributos–, que no sea en lo referido al recurso de protección, como también que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha recogido con intensidad la vertiente social de estos derechos. [...]. [Estas conclusiones] privan o al menos moderan uno de los argumentos

⁹⁰ SOLARI (1993), p. 343.

más comúnmente utilizados para llamar a una nueva constitución y para reemplazar o modificar significativamente la actual⁹¹.

En la práctica, el propio Tribunal Constitucional (sentencia rol 2781-15) ha estimado recientemente que el deber progresivo y gradual de instaurar una educación gratuita⁹², contenido en una ley recientemente promulgada⁹³, importa implementar un sistema de financiación completa que es compatible con el artículo 19, numeral 10º, de la Constitución⁹⁴.

Otro ejemplo práctico en esta materia –que, de paso, confirma que los derechos sociales no dependen de su consagración en la Constitución– es el derecho a la vivienda en Chile, no considerado en la carta fundamental⁹⁵. No obstante sus reconocidos éxitos⁹⁶, el sistema chileno de subsidios habitacionales –es decir, subsidios a la demanda– no existe ni siquiera en el ámbito legal. Las normas que regulan los beneficios respectivos son reglamentarias⁹⁷.

Por tanto, el principio de subsidiariedad busca simplemente proteger y realzar la libertad y responsabilidad de la propia sociedad en el cumplimiento de sus fines, frente a los extremos del colectivismo estatista y el liberalismo extremo: “el principio de subsidiariedad implica para cada grupo menor una exigencia de esforzada autonomía e iniciativa privada. No se puede pedir ayuda al grupo mayor cuando en realidad no se necesita,

⁹¹ FERMANDOIS (2014), p. 213.

⁹² La minoría vencida alegaba, en cambio, que el deber constitucional de gratuidad es inmediato. Véase el voto disidente de los ministros Iván Aróstica Maldonado, María Luisa Brahm Barril y Cristián Letelier Aguilar. Cabe observar, por otro lado, que la generalidad de la doctrina partidaria de los derechos sociales rechaza este sentido de la progresividad: no se trata de excusar al Estado en sus obligaciones prestacionales, sino de obligarlo de forma progresiva al mayor y siempre creciente cumplimiento de los derechos sociales

⁹³ La actual Ley n.º 20845, que entre otras cosas que eliminó el financiamiento compartido y prohibió el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado.

⁹⁴ Tribunal Constitucional de Chile (29 de enero de 2015), considerandos 19º-20º. Véanse también los considerandos 24 y 25 de esta sentencia. Sin perjuicio de lo expresado, creemos que el Tribunal Constitucional no analizó adecuadamente el aspecto relativo a la libertad de enseñanza envuelto en esta ley, cuestión que aquí no podemos desarrollar.

⁹⁵ Cuestión frecuentemente criticada por los autores como, por ejemplo, PINCHEIRA (2014), p. 89 y SCHÖNSTEINER *et al.* (2016), p. 107, estos últimos en relación con las soluciones habitacionales destinadas a gente que vive en campamentos (nombre chileno de las poblaciones miseria o favelas). RAJEVIC (2010), p. 257, estima que esta omisión no quita relevancia constitucional a ese derecho.

⁹⁶ Desde luego, con luces y sombras. Una importante reducción del déficit de viviendas, por un lado, y, por otro, el cuestionamiento por la calidad de las obras y el aumento de la segregación urbana. Véase, por ejemplo, RUBIO VOLLERT, pp. 197–206.

⁹⁷ Una relación de ellas puede consultarse en www.minvu.cl/opensite_20061113165715.aspx [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2016].

pues se impone a los grupos menores y a la persona humana el deber de responsabilidad”⁹⁸. En particular, el principio de subsidiariedad impide una absorción monopolica de lo social por parte del Estado. Esto coincide con lo señalado por Ernst Benda, quien al referirse al sentido del principio de subsidiariedad en el constitucionalismo alemán –recordemos, uno de los grandes modelos de Estado social en Occidente–, señala que existe una reciprocidad entre las obligaciones públicas de ofrecer ciertas prestaciones indispensables resultantes del postulado de estado social de derecho y la actividad social orientada a los mismos fines por propia iniciativa:

“El principio de la solidaridad puede propiciar una regulación legal que distribuya entre muchos las cargas necesarias para despliegue de la tarea pública, haciendo aquéllas llevaderas para el individuo. El principio de subsidiariedad apunta a una mayor continencia del Estado mientras las fuerzas sociales parezcan capacitadas en la misma medida. Constitucionalmente no consta prioridad para uno u otro principio; habrá que resolver en función del caso concreto [...]. En ningún caso resulta del postulado del Estado social que el legislador haya de prever para la realización de tal meta únicamente medidas de las autoridades públicas: nada impide al legislador prever asimismo la asistencia de organizaciones privadas” [...]. Demasiadas veces se pretende identificar al Estado social con una Administración de servicios y una previsión absolutas. Esta no dejaría margen para la iniciativa individual y para la libre actividad de las fuerzas sociales. La burocratización de la existencia, unida forzosamente a la plena responsabilización por el Estado, se ha evidenciado, allí donde ha sido llevada a la práctica, como reductora de la libertad, y no por ello más efectiva”⁹⁹.

10. CONCLUSIONES

En estas breves páginas, hemos intentado desentrañar qué significa un principio de estado social, tal como es entendido en algunos de los modelos constitucionales europeos que lo consagran. Hemos agregado el entendimiento probable que sería dado a este principio en América Latina. Hemos señalado

⁹⁸ SAN FRANCISCO (1992), p. 530. Véase también el desarrollo de la misma idea en D’ORS (1979), pp. 219-221. Por esto consideramos un gravísimo error –que evidencia el mismo Alejandro San Francisco– el utilizar al principio de subsidiariedad, sea en su versión constitucional, sea en su versión social-cristiana, como arma arrojadiza, reduciendo su utilidad a un argumento partisano, sea para justificar el libre mercado y una visión economicista de la sociedad, sea para estimular la ocupación de lo social por el Estado.

⁹⁹ BENDA (2001), pp. 545-546.

también que, en el esquema constitucional actual, no existe un principio de estado social en la Constitución de 1980. Hemos adicionado a lo anterior que los juristas están pobremente calificados para determinar –y para imponer– lo que una sociedad necesita, en términos socioeconómicos; que la constitucionalización de estas materias no tiene una relación directa con la existencia de un mejor o peor sistema de bienestar social; que existen casos concretos, y en nuestro continente, en que la judicialización de lo social ha traído consecuencias nefastas para los pobres que, teóricamente, se dice defender y, finalmente, que la Constitución de 1980 no impide una mayor protección de los derechos sociales.

Frente a este panorama, puede cuestionarse cual sería realmente el aporte de una consagración constitucional expresa de un principio de Estado social –o, incluso, de derechos sociales–, en una constitución como la chilena, sobre todo considerando la potencia que ha demostrado la sociedad en Chile para hacerse cargo de las necesidades sociales envueltas en las prestaciones que usualmente se asignan a los derechos sociales.

Si lo que realmente queremos es combatir la pobreza –y no caer en la tentación de usar el derecho como herramienta de imposición de un determinado modelo social– parece mejor que estas cuestiones sean resueltas no por los juristas, sino por la sociedad y sus representantes, a través del proceso político democrático, con la asesoría de los que realmente saben de estos temas. Parece prudente, también, aprovechar y no limitar la fuerza que la sociedad, de manera autónoma, puede desplegar para hacerse cargo de sus propias necesidades. En ese contexto, el derecho constitucional podrá cumplir de mejor forma su papel propio: el de limitar el poder en beneficio de los derechos y libertades de las personas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABENDROTH, Wolfgang (1986): “El estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoff, K. Doehring (org.), *El Estado Social* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales): pp. 9-42.
- ABRAMOVICH, Víctor (2006): “Los estándares interamericanos de derechos humanos como marco para la formulación y el control de las políticas sociales”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, pp. 13-51. Disponible en <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13370/13641>
- ABRAMOVICH, Víctor y Christian COURTIS (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Editorial Trotta).
- AFONSO DA SILVA, José (2005): *Curso de direito constitucional positivo* (25ª edição, São Paulo, Editorial Malheiros).

- BENDA, Ernst (2001): “El Estado Social de Derecho (capítulo x)” en Ernst Benda, W. Maihofer, H. Vogel, K. Hesse, W. Heyde (Org.), *Manual de derecho constitucional* (2ª edición, Madrid, Editorial Marcial Pons): pp. 487–559.
- BERTELSEN REPETTO, Raúl (1987): “Tendencias en el reconocimiento y protección constitucional de los derechos en Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 14, n.º 1, pp. 49-62. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649593.pdf> [Fecha de consulta: 30 de diciembre de 2016].
- BON, Pierre (1992): “La protección constitucional de los derechos fundamentales: aspectos de derecho comparado europeo”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 11. Disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/fondo-historico?IDR=15&IDN=1240&IDA=35432> [Fecha de consulta: 22 de junio de 2015].
- BUSTOS BOTTAI, Rodrigo (2009) “Derechos sociales y recurso de protección: ¿Una relación difícil?”, en *Derecho y Humanidades*, n.º 15, pp. 231–247. Disponible en <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16044/16561>.
- CARETTI, Paolo, Giovanni TARLI BARBIERI (2005): *I diritti fondamentali: Liberta e diritti social* (2ª edizione, Torino, Editorial Giappichelli).
- CEA EGAÑA, José Luis (1983): “Garantías constitucionales en el estado social de derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 10, pp. 7-19. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649426.pdf>
- D’ORS, Álvaro (1979): “La libertad”, en *Ensayos de teoría política* (Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra), pp. 201-222.
- ESPEJO YAKSIC, Nicolás (2010): “El derecho a una vivienda adecuada”, en *Centro de Investigación Social Un Techo para Chile*, vol. 8, n.º 13, pp. 48–62. Disponible en <http://revistacis.techo.org/index.php/Journal/article/view/92/101>
- ESPING-ANDERSEN, Gøsta (1990): *The three worlds of welfare capitalism* (Princeton, N.J, Princeton University Press).
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (2015): “Anotaciones sobre la evolución de los derechos sociales, económicos y culturales en el Perú”, en *Revista del Departamento de Ciencias Sociales*, vol. 2, n.º 3, pp. 6–30. Disponible en <http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2015/06/RSOC009-01-ARTICULO-ESPINOZA-SALDA%C3%91A.pdf>
- FERMANDOIS, Arturo (2014): “El mito de la Constitución neoliberal: Derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en José Francisco García García (Org.), *¿Nueva constitución o reforma?: Nuestra propuesta, evolución constitucional*, pp. 213-242. Disponible en <http://www.fermandois.cl/wp-content/uploads/2018/07/El-mito-de-la-constitucion-neoliberal-Derechos-sociales-en-la-jurisprudencia-del-TC.pdf>
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso (2003): “El Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 23, n.º 69, pp. 139–180. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/802674.pdf>

- FERRAJOLI, Luigi (1999): *Derechos y garantías: La ley del más débil* (Madrid, Editorial Trotta).
- FORSTHOFF, Ernst (1986): "Problemas Constitucionales del Estado Social", en Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoff, K. Doehring (Org.), *El Estado social* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), pp. 43-67.
- GARCÍA-MACHO, Ricardo (2009): "Los derechos sociales y el derecho a una vivienda", en J. M. T. Jiménez y B. La Noguera de Muela (eds.), *Derecho a la vivienda, urbanismo y cohesión social* (Barcelona, Generalitat de Catalunya, Escola d'Administració Pública de Catalunya), pp. 67-96.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel (1977): *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (3ª edición, Madrid, Editorial Alianza).
- GARRORENA (1984)
- GLENDON, Mary Ann (1992): "Rights in Twentieth-Century Constitutions", in *The University of Chicago Law Review*, n.º 59: pp. 519-538. Disponible en <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4760&context=uclev>
- GLENDON, Mary Ann (1998): "El lenguaje de los derechos", en *Revista Estudios Públicos*, n.º 70, pp. 77-150. Disponible en <http://unamujerunavoz.org/wp-content/uploads/2011/06/El-lenguaje-de-los-derechos-Mary-A-Glendon.pdf>
- GONZÁLEZ MORENO (2002)
- HELLER, Hermann (1985): "Estado de derecho o dictadura", en *Escritos políticos* (Madrid, Editorial Alianza), pp. 283-301.
- HEYWOOD, Andrew (2010): *Introducción a la teoría política* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- KARTASHKIN, Vladimir (1982): "Economic, Social and Cultural Rights", in K. Vasak, P. Alston (Org.), *The International dimensions of human rights* (Westport, Conn, Paris, France, Greenwood Press), vol. 2.
- KMIEC, Keenan D. (2004): "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", in *California Law Review*, vol. 92, n.º 5, pp. 1441-1477. Disponible en: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>
- KOMMERS (1991)
- LARRAÍN, L. (2011): "Financiamiento del Sistema de Salud, análisis de las propuestas. Superintendencia de Salud. Propuestas de la Comisión Presidencial de Salud: Un análisis desde las universidades y centros de estudios. Disponible en www.supersalud.gob.cl/568/articles-6703_recurso_5.pdf
- LÓPEZ PINA, Antonio (1985): "Epílogo", en Hermann Heller, *Escritos políticos* (Madrid, Editorial Alianza), pp. 335-382.
- MAIA JÚNIOR, Jairo (2012): "Voz pobreza", en D. Dimoulis (Org.), *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional* (2ª edição, São Paulo, Editorial Saraiva).

- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (1997): *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales* (Barcelona, Editorial Cedecs).
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2008): “Los derechos sociales: una reflexión a propósito de la sentencia rol 976 del Tribunal Constitucional”, en *Nomos*, n.º 2, Universidad de Viña del Mar, pp. 275-290. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3999434>
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2010): “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, en *Estudios Constitucionales*, vol. 8, n.º 2, pp. 125-166. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200006
- MAURER, Hartmut (2012): *Derecho administrativo alemán* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n.º 637).
- MODERNE, Franck (2002): “¿Cuál es el futuro del constitucionalismo social en la Europa contemporánea?”, en M. Carbonell (Org.), *Derechos fundamentales y estado: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, pp. 493-527. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/340/23.pdf>
- MOTTA FERRAZ, Octavio Luiz (2011): “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”, in *Texas Law Review*, vol. 89, n.º 7, pp. 1643-1668. Disponible en www.texaslrev.com/89-texas-l-rev-1643/
- PARRA VERA, O. (2012): “Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad”, en *Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada* (México D.F., Corte Suprema de Justicia de la Nación (ed.)).
- PEÑA TORRES, Marisol (2011): “Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de derecho y a la democracia”, en *Colección Conmemoración 40 Años del Tribunal Constitucional 1971-2011*, n.º 47. Disponible en https://www.tribunalconstitucional.cl/descargar_documento2.php?id=1589
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos (2003): *Sistema político y constitucional de Alemania: Una introducción* (Santiago de Compostela, Editorial Andavira).
- PEREIRA Y TIRAPU (1991)
- PÉREZ ROYO, Javier (1984): “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el estado social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 4, n.º 10, pp. 157-181. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249933.pdf>
- PINCHEIRA HILL, Verónica Paz (2014): “Políticas habitacionales y la falta del derecho a la vivienda en Chile”, en *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 11, Universidad Viña del Mar, pp. 57-92. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5605966.pdf>
- POYANCO, Rodrigo (2016a): “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los beneficios de seguridad social en tiempos de crisis: cuando la ponderación no protege las prestaciones sociales”. En I. Portela, R. Miranda Gonçalves, & F. da Silva Veiga

- (eds.), *O direito constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global* (Barcelos, Portugal, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave).
- POYANCO, Rodrigo (2016b): "Los derechos sociales y la libertad: un análisis problemático", en *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 9, pp. 4179. Disponible en www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2016/10/RODRIGO-POYANCO.pdf
- POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo y Camila ROMERO GOMES (2015). "El derecho a la salud en Chile y Brasil: ¿Los jueces como héroes de la justicia social?", en *Revista Internacional CONSINTER de Direito*, vol, 1, n.º 1, pp. 149-172. Disponible en doi.org/10.19135/revista.consinter.00001.08
- PIOVESAN, Flavia y Renato STANZIOLA VIEIRA (2006): "Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas", en *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 8, n.º 15: pp. 128-146. Disponible en <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1117/1013>.
- RAJEVIC MOSLER, Enrique (2010): *Cohesión social e intervención administrativa en el territorio urbano (con especial referencia a España y Chile)*", tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado. Disponible en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/11771/5/enrique_rajovic_tesis.pdf [fecha de consulta: 1 de enero de 2017].
- ROSENKRANTZ, Carlos F. (2002): "La pobreza, la ley y la constitución", en *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*. Disponible en http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yls_sela [Fecha de consulta: 13 de enero de 2014].
- RUBIO, Patricio (2013): "Los derechos económicos sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Derecho PUCP*, n.º 71: pp. 201-230. Disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8902/9307>.
- RUBIO VOLLERT, R. (2006): "Lecciones de la política de vivienda en Chile", en *Bitácora Urbano Territorial*, vol. 1, n.º 10, pp. 197-206. Disponible en www.revistas.unal.edu.co/index.php/bitacora/article/download/18722/19619
- SALA SÁNCHEZ (2014)
- SAN FRANCISCO REYES, Alejandro (1992): "Jaime Guzmán y el principio de subsidiariedad educacional en la Constitución de 1980", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19, n.º 3: pp. 527-548.
- SCHÖNSTEINER, Judith, Vicente SILVA, Pedro CISTERNA, Francisca ALARCÓN (2016): "Derecho a una vivienda adecuada en Chile: Una mirada desde los campamentos", en Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales (Org.), *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile*: pp. 81-121.
- SCHWABE, Jürgen (ed.) (2009): "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas", en *Programa Estado de Derecho para Latinoamérica*. Disponible en <https://>

www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038

- SOLARI ALLIENDE, Enzo (1993): “Recepción en Chile del Estado social de derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.º 2: pp. 333-344. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649835>
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro J. (2012): “El tribunal constitucional, la cláusula del estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno”, en José L. Cascajo Castro (ed.), Manuel José Terol Becerra *et al.*, *Derechos sociales y principios rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*: pp. 257-299.
- TORRES DEL MORAL (2004)
- UNGER, JEAN-PIERRE, Pierre DE PAEPE, Giorgio SOLIMANO CANTUARIAS, Oscar ARTEAGA HERRERA (2008): “Chile’s Neoliberal Health Reform: An Assessment and a Critique”, in *PLoS Medicine*, vol. 5, n.º 4, e79. Disponible en <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.0050079>
- VIERA ÁLVAREZ, Christian (2014): “Estado Social como fórmula en la Constitución chilena”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, vol. 21, n.º 2: pp. 453-482. Disponible en <http://revistaderecho.ucn.cl/article/view/1920/1546>
- WOLFGANG SARLET, Ingo (2012): “Voz Estado Social de Direito”, in D. Dimoulis (Org.), *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*, (2ª edição, São Paulo, Editorial Saraiva).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2008): “Derechos humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno: apostillas sobre tratados y Constitución”, en *Revista de Derecho Político*, n.º 71-72: pp. 789-827. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9058/8651>

Otros documentos

- REPÚBLICA DE CHILE (1990): Diario de sesiones del Senado, legislatura 320ª ordinaria, sesión n.º 15, 10 de julio de 1990. Disponible en www.senado.cl/appsenado/generaPDF.php?mo=sesionessala&teseid=25263&legiid=162 [Fecha de consulta: 20 de diciembre de 2016]
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1990), Intervención del Senador Jaime Guzmán, p. 15.

Jurisprudencia citada

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA (1972): Sentencia Numerus Clausus, BVerfGE 33, 303.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ALEMANIA (2010): Sentencia Hartz IV, BVerfGE 125, 175.

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2007): Rol 976-07, 26 de junio de 2008 (Inaplicabilidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2008): Rol 1218-08, de 7 de julio de 2009 (Inaplicabilidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2009): Rol 1287-08, de 8 de septiembre de 2009 (Inaplicabilidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2010): Rol 1273-08, de 20 de abril de 2010 (Inaplicabilidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2011): Rol 1770-10, de 17 de mayo de 2011 (Inaplicabilidad).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (2015): Rol 2781-15, de 19 de mayo de 2015 (Control constitucional obligatorio).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1981): STC 37/1981, de 16 de noviembre de 1981.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1982): STC 80/1982, de 20 de diciembre de 1982.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1984): STC 18/1984, de 7 de febrero de 1984.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (1992): STC 14/1992, de 10 de febrero de 1992.

LAS IDEAS POLÍTICAS EN EL CHILE
DE FINES DEL SIGLO XVIII:
ENTRE EL BARROCO Y EL ABSOLUTISMO

THE POLITICAL IDEAS IN CHILE DURING
THE END OF THE XVIII CENTURY:
BETWEEN BAROQUE AND ABSOLUTISM

*Eduardo Andrades Rivas**

RESUMEN: Este trabajo estudia los fundamentos históricos de la formación del pensamiento político chileno entre los siglos XVII y XVIII. Se contraponen los ideales políticos del barroco indiano y su concepción de la monarquía tradicional y del absolutismo borbónico. Especial atención se presta a la forma en que pudo aplicarse el pensamiento absolutista en Chile, teniendo presente la existencia de una cultura político-jurídica muy diversa, presente en los habitantes del reino, y que contribuyó a que los españoles chilenos cooptaran las reformas borbónicas ocupando progresivamente casi todas las esferas de poder.

PALABRAS CLAVE: Barroco indiano - Monarquía hispánica - Democracia - Reforma borbónica - Ilustración - Absolutismo - Colonia.

ABSTRACT: The article studies the historical basis of the formation of Chilean political thought between the 17th and 18th centuries. The political ideals of the Indian baroque and their conception of the traditional monarchy and Bourbon absolutism are compared. Special attention is given to the way that absolutist thought could be applied in Chile, bearing in mind the existence of a very diverse legal political culture, present in the inhabitants of the kingdom, which contributed to the Chilean Spaniards co-opting the Bourbon reforms progressively, occupying most of the spheres of power.

* Doctor en Derecho, UNED, Madrid, España. Profesor titular de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Dirección postal: Ainavillo 456, 5° piso, Concepción, Chile. Correo electrónico: eandrade@udd.cl.

KEYWORDS: Indian Baroque - Hispanic Monarchy - Democracy - Bourbon Reform - Enlightenment - Absolutism - Colony.

INTRODUCCIÓN¹

La historiografía chilena, especialmente la liberal clásica del siglo XIX, ha sostenido que fueron las ideas de la ilustración, de origen francés, las que prepararon el terreno para configurar en la mente de los españoles americanos el anhelo de independencia. Y habría sido la difusión de estas ideas en las élites urbanas la que constituyó una verdadera novedad en una realidad mental anterior completamente huérfana de ideas políticas.

Por cierto, esta afirmación, hasta hoy repetida², no deja de constituir otro tópico de los que denominamos mito fundacional³. Pero para poder comprender debidamente la mentalidad de los chilenos del siglo XVIII y comienzos del XIX, hemos de retrotraernos al periodo anterior, los siglos XVI y XVII, que fueron los que forjaron la mentalidad política criolla⁴.

Es verdad que el siglo XVI estuvo marcado por la actividad militar del reino, en la interminable Guerra de Arauco, lo que, según los cronistas e historiadores posteriores, fue configurando una mentalidad castrense y aguerrida en la población civil, especialmente en la zona de frontera, Concepción o Penco, que constituyó una sociedad con sus instituciones políticas propias y singulares⁵. Mientras que en el norte los cabildos iban consolidando poco a poco,

¹ El presente trabajo corresponde a un estudio preparatorio de nuestra tesis doctoral, intitulada: *Los inicios del mito fundacional republicano (estudio histórico jurídico sobre la Patria Vieja en Chile)*, presentada a la UNED, Madrid, España, 2019.

² Lo reiteran hasta hoy los manuales oficiales de historia, aprobados por el Ministerio de Educación de Chile, y destinados a estudiantes secundarios. Véase MÉNDEZ *et al.* (2009), p. 84.

³ En otra oportunidad hemos hablado acerca de la noción de mito fundamental de la República, pero podemos resumirla en la construcción de una serie de afirmaciones pseudohistóricas que sirvieron de justificación político-ideológica a la naciente república, la que necesitaba de tal fundamento, ya que había cortado todos sus lazos con su larga tradición histórico-política de la monarquía hispánica de los tres siglos anteriores. ANDRADES (2018), pp. 284-286. En el mismo sentido nuestro estudio doctoral ya aludido, ANDRADES (2018), pp. 23-32.

⁴ "Durante los tres siglos de la dominación española corresponde destacar la influencia predominante hispano-indiana de los teólogos del siglo XVI, como precursores del derecho natural, del derecho de gentes y del derecho político y aun en problemas fundamentales del derecho penal; la influencia de los juristas historicistas del siglo XVII y de los economistas del siglo XVIII, todas ellas corrientes del pensamiento que trascendieron en las Provincias indianas y singularmente en el proceso revolucionario que culmina en 1810". LEVENE (1956), p. 26.

⁵ Aparte de las instituciones municipales, que, por su aislamiento virtual respecto del norte pacificado, tendieron a consolidar una mentalidad regional que le distinguió del resto del país,

y a un cansino ritmo, sus usos y costumbres a la manera en que lo hacían sus similares de la Península, en el sur, la necesidad militar volvió a las instituciones representativas más activas y participativas en la dirección de los negocios públicos.

1. EL BARROCO INDIANO EN CHILE Y EN SUS GENTES

Será el siglo XVII donde se desarrolle el pensamiento jurídico-político de la población del reino de Chile y, por extensión, de la América hispánica. Es en esta centuria, el denominado Barroco Indiano, donde se consolidan definitivamente las instituciones municipales, que desarrollaron una actividad permanente y que poco a poco fueron controladas casi íntegramente por americanos. Considerando el virtual aislamiento de las pocas ciudades existentes en un inmenso territorio, y una autoridad política casi permanentemente ocupada de la dirección de la Guerra de Arauco en la frontera, es muy natural que la mentalidad de autonomía heredada de los fueros castellanos⁶ se exprese aquí sin los contrapesos que hicieron languidecer a los ayuntamientos en Castilla, sumado todo ello a la enorme distancia que separaba al Monarca y a su Corte de las posesiones americanas. Los cabildos hicieron sentir su peso en la formación de una mentalidad política compleja y muy anclada en el sentir general de los vecinos⁷, aun cuando se trataba de costumbres y de modos de actuar que eran muchas veces centenarios, y que habían nacido muy lejos, en el contexto de la guerra de reconquista hispánica⁸.

el gobierno efectivo del reino, radicado por largas temporadas en la ciudad de Concepción, cabeza de las operaciones militares contra los indígenas araucanos, hizo que fueran habituales los capítulos castrenses como las Juntas de Guerra.

⁶ Los Austrias se distinguen por “la descentralización administrativa, siendo su institución típica el Cabildo y afirmándose, además, la precedencia de las leyes provinciales o territoriales dictadas por las autoridades con potestad legislativa (Virreyes, Adelantados, Gobernadores, Audiencias, Cabildos, Consulados, Universidades)”. LEVENE (1956), p. 143.

⁷ “...el Cabildo ...se halló fuertemente condicionado por los grupos sociales de mayor influencia (vecinos), y por la burocracia de la Corona... su presunta contraparte. No obstante, las limitaciones dichas era el único portavoz de la comunidad. Con mayor fuerza cuando revestía la forma de ‘cabildo abierto’”. VIAL (2010), p. 175.

⁸ “Hubo una especie de pacto colonial característico de la época de los Austrias que perduró en las primeras etapas del gobierno de los Borbones. Pacto aquel que resultaba por completo necesario porque el gobierno estaba lejos y era débil y los funcionarios locales demasiado cerca de las élites y grupos de presión locales como para poder eludir sus exigencias. Estas flaquezas imponían como necesaria una forma de gobernar en la que primaba, frente a la imposición y a la orden jerárquica e indiscutible, la negociación y el cabildeo. Por debajo de las formalidades y las instrucciones escritas, fluía el arreglo informal y los apaños. Tenían

Las pruebas de esta concepción política, donde el poder efectivo radica en los vecinos y en el “pueblo”, entendiendo por tal al conjunto de los principales vecinos y habitantes de las ciudades, las tenemos desde el nacimiento mismo del reino. En efecto, uno de los primeros actos del fundador, Pedro de Valdivia, sería dotar a Santiago, y luego a las demás ciudades que creó, de las instituciones municipales representadas por el Cabildo. Estos órganos de gobierno municipal ejercieron funciones políticas de primera importancia, como la de designar al propio Pedro de Valdivia como Gobernador interino⁹, haciendo uso de la representación popular del distante Monarca, en este caso, el César Carlos V¹⁰.

Asimismo, eran los cabildos, en su indicado carácter de órganos representativos del reino, los que exigían a las nuevas autoridades políticas, un juramento de acatar las leyes, usos y costumbres del país, no obstante que en rigor no existían fueros de origen medieval en América. Es lo que destaca Julio Alemparte al estudiar los usos de los cabildos del Barroco en Chile. Ante ellos juraba el Gobernador guardar y respetar las leyes y costumbres del reino y ellos eran los encargados de celebrar las “juras” de cada nuevo soberano, donde la ciudadanía toda se vertía a las calles para saludar el paso del nuevo Rey, representado por un retrato oficial y la celebración de múltiples jolgorios públicos¹¹.

No siempre la importancia de los cabildos fue aceptada como un factor positivo dentro del sistema institucional de la monarquía. Frecuentemente la autoridad de los gobernadores y de los oidores, miembros de la Audiencia, se enfrentaba con los regidores del ayuntamiento indiano¹².

estas formas de administrar un espacio adecuado en el que desarrollarse porque el sistema de gobierno establecido en los siglos XVI y XVII era muy descentralizado, de manera que estaba en la mano de las autoridades territoriales decidir sobre el contenido de políticas o acuerdos particulares de importancia, tanto en materias económicas como sociales. Aunque el gobierno central retuvo poderes para intervenir en los asuntos más relevantes, no siempre estuvo dispuesto a hacerlo o tuvo algo que decir”. MUÑOZ (2017), p. 393.

⁹ GAY (2009), pp. 17-23 y, en el mismo sentido, EYZAGUIRRE (1957), p. 28.

¹⁰ Sin perjuicio de que más tarde, el virrey Cristóbal Vaca de Castro, lo nombró su teniente de gobernador en Chile, Pedro siguió titulándose Gobernador en su carácter de electo por el Cabildo santiaguino. ALEMPARTE (1966), p. 52.

¹¹ ALEMPARTE (1966), p. 106 y ss.

¹² Es el caso del Gobernador Agustín de Jáuregui quien en 1773 dirigía al Rey la siguiente queja sobre la falta de interés del Cabildo santiaguino de reunirse para ocuparse de sus funciones: “Sirven sus empleos sin asistir a las sesiones que deben celebrar los martes y viernes de cada semana, por lo que no tratan de muchas cosas de beneficio público; concurriendo sólo a la elección de Oficios el día 10 del año, o adonde quieren, sin licencias ni aun aviso; resultando de esta omisión que no haya número suficiente ni para el Paseo del día de Santiago, con el Real Estandarte”. Disponible en www.auroradechile.cl/newtenberg/681/printer-2386.html (01-01-2017) [fecha de consulta: enero 2017]

En Chile desde la instalación de la Real Audiencia, en 1609, los cabildos perdieron, al menos en teoría, sus facultades políticas, pero hubo algunas potestades que nunca sufrieron mengua hasta después del proceso de independencia¹³.

“...eran ellos como un poder aparte y representativo de las ciudades dentro de la unidad monárquica. Hay, pues, aunque no se confiese, una coexistencia de poderes: de un lado, el rey, con los gobernadores, virreyes, audiencias; del otro, los cabildos. Esta coexistencia que hunde sus raíces en los fueros medievales y se acentúa en América, por la acción de conquistadores y burguesías, muéstrase, al fin, en forma clarísima en la guerra de la Independencia que pone frente a frente, de una manera general, a cabildos y agentes de la corona”¹⁴.

Con todo, la mayor demostración de la vitalidad política de los cabildos del sur del reino tuvo lugar con motivo de la destitución del gobernador y capitán general Antonio de Acuña y Cabrera en 1655¹⁵, bajo el reinado de Felipe IV¹⁶. Tras una infortunada gestión, que había dejado al reino al borde de la anarquía, una rebelión indígena que amenazaba directamente a todo el sur y acusaciones de corrupción permanente, nepotismo y enriquecimiento ilícito, el Cabildo de Concepción llamó a los vecinos más destacados a reunirse en cabildo abierto, el 20 de febrero de 1655. Fue dicho cabildo el que tomó la decisión de despojar al Gobernador de sus cargos, acusándolo de los graves cargos indicados¹⁷.

La asamblea pronunció dicha resolución a los gritos de “Viva el Rey, muera el mal gobierno”, tradicional pronunciamiento por el cual la población expresaba que su determinación no era en contra del Soberano, sino contra la autoridad que había abusado de la confianza del Rey y que causaba daño al gobierno de Su Majestad¹⁸.

¹³ “El Poder comunal representaba en Indias la soberanía naciente del pueblo, como lo había representado en Castilla y León y así lo establecen expresamente las Leyes de Partida (Partida II, Título X, Ley I) sobre ‘qué quiere decir pueblo’.” LEVENE (1956), p. 259.

¹⁴ ALEMPARTE (1966), p. 100.

¹⁵ Ello no obstante que, como se ha dicho, con la creación de la Real Audiencia de Santiago de Chile, en 1609, las *Leyes de Indias* habían despojado a los cabildos de sus atribuciones políticas de nombrar o destituir a los gobernantes, para trasladar dichas competencias a los tribunales superiores. *Ibid.*

¹⁶ EYZAGUIRRE (1957), p. 37.

¹⁷ AMUNÁTEGUI (1910), p. 306 y ss.

¹⁸ Entre otras muchas muestras de similar pensamiento político puesto en acción, podemos recordar que a lo largo del siglo XVII hubo reacciones análogas en todo el hemisferio, como la rebelión de los criollos mexicanos contra el marqués de Gelves, Diego Carrillo de Mendoza y

La vitalidad cívica y política de los cabildos en este tiempo era consecuencia directa del incremento de la población española americana y peninsular. Y son los que le dieron su estabilidad al sistema¹⁹. Se acentuaban los caracteres propiamente hispánicos del pensamiento chileno:

“El aumento de la población y su enriquecimiento progresivo; la relativa paz que reinaba en Arauco, gracias a la cual la juventud masculina podía permanecer en sus hogares, y particularmente, el definitivo establecimiento de los Gobernadores en la capital (anteriormente la guerra los obligaba a residir en Concepción), procuraron a la mortecina ciudad (Santiago de Chile) cierto interés y movimiento, y no demoró en formarse una pequeña atmósfera de sociabilidad totalmente desconocida antes”²⁰.

2. ANTECEDENTES DOCTRINALES DEL PENSAMIENTO POLÍTICO CHILENO HISPÁNICO

Pero el ideario del poder político del pueblo frente al del Rey era de larga data en el inconsciente colectivo de los españoles peninsulares y americanos. Desde los muy remotos siglos de la monarquía visigoda, el pensamiento de san Isidoro de Sevilla había sido transmitido en forma continua generación tras generación de españoles²¹, lo que se expresó de múltiples maneras, como

Pimentel, virrey de Nueva España en 1624. MARTÍNEZ DE VEGA (1990), pp. 87-102. O la que debió enfrentar el gobernador de Paraguay, Sebastián Félix de Mendiola en 1691. Asimismo, en el siglo XVIII, supuesto tiempo del “absolutismo borbónico”, más teórico que real, tuvieron lugar levantamientos semejantes en América, así se produjo la sublevación de los vegueros en La Habana, Cuba, de 1717, reacción en contra de la implantación del Estanco del Tabaco. Bajo el lema que hemos citado, más de quinientos vegueros se sublevaron contra la autoridad del Capitán General que intentaba imponer el estanco. Se les impidió embarcar el cargamento de tabaco y enseguida se obligó al Capitán General a abandonar la isla, junto a los oficiales de la Factoría del Tabaco que estaban encargados de la administración del estanco. Lo mismo ocurrió en 1730 con la rebelión de los criollos en Cochabamba, Alto Perú (actual Bolivia) y más tarde en 1781, en el virreinato de Nueva Granada, acaecería la llamada “Revolución comunera” de El Socorro. Bajo la dirección de la criolla Manuela Beltrán, se alzaron contra la reimplantación del impuesto de la Armada de Barlovento por parte del visitador regente Juan Francisco Gutiérrez de Piñeres. AGUILERA (1985), p. 277. Aun en pleno siglo XIX y tan cerca del Cabildo Abierto del 18 de septiembre de 1810 en Santiago de Chile, los criollos de Venezuela o mantuanos emplearían el mismo lema para proclamar en similar Cabildo Abierto de 19 de abril del mismo año, su Junta Conservadora de los Derechos de Fernando VII.

¹⁹ “España consolidó durante el siglo XVII una paz política y en cierta medida social que nunca más ha vuelto a producirse en Hispanoamérica”. LEÓN (2011), p. 89.

²⁰ SOLAR (1970), p. 54.

²¹ De especial importancia es la afirmación de san Isidoro sobre el papel del Monarca como cabeza del reino, al complementar la frase latina del poeta Horacio “rex eris si recte

en los tratados políticos de los siglos XVI y XVII y en las múltiples ceremonias políticas que tenían su más distante origen en los juramentos de los reyes godos en la catedral de Toledo, ante el pueblo congregado en ella y con la institución de los *discussores iuramenti*²², que son los más primitivos antecedentes de las juras de los reyes por parte de los ayuntamientos o cabildos²³.

El ideario filosófico político y jurídico hispano es riquísimo en el desarrollo de un pensamiento político donde se salvaguardan las libertades del pueblo frente a los derechos de los monarcas²⁴. Las obras de Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Luis de Molina, Juan de Mariana y otras, todas ellas difundidas desde hacía siglos en América, demuestran que en la mentalidad de los españoles peninsulares y americanos se encontraba presente este cuerpo de ideas²⁵.

facias”, con el agregado cristiano, “si non facias non eris”. De esta manera nació en el contexto de la cultura jurídico-hispánica el primer antecedente del que posteriormente los pensadores cristianos llamarían, el “derecho de resistencia a la opresión”: Es un hecho de la mayor importancia para dejar en claro que los fundamentos de la monarquía hispánica estuvieron siempre muy distantes del absolutismo, que se intentó imponer por los soberanos de la Casa de Borbón. Sobre el tema del absolutismo y sus limitaciones en la concepción francesa. LAPEYRE (1979), p. 210 y ANDRADES (2017), pp. 166-168.

²² Estos “recorrian el reino recibiendo el juramento en nombre del rey”, MERELLO (1996), p. 91. En el mismo sentido “El juramento visigodo no es más que la plasmación ritual de la general obligación de fidelidad al rey y al reino a la que están sometidos todos los hombres libres. Este juramento se presta directamente al rey o bien a los *discussores iuramenti*; bien entendido que estos discussores, delegados por el rey para recibir el juramento, no son más que representantes del monarca; y de ninguna manera se erigen en destinatarios de la fidelidad jurada”. HIDALGO DE LA VEGA et al. (1998), p. 285. Como puede apreciarse la existencia de estos funcionarios refuerza el vínculo del Monarca con el pueblo, y le presta a la monarquía visigoda en España un carácter democrático en su origen.

²³ Más aún, la tradición de cabildos dotados de facultades de gobierno local antecedió a los visigodos y se hundía en los tiempos de la decadencia del Imperio donde los órganos decurionales de las ciudades romanas se hicieron cargo del vacío de poder central. “Muchas de esas ciudades habían sido en época romana sede de municipios, con sus órganos de gobierno local. En no pocas regiones de la Península Ibérica hubo un largo periodo de vacío de autoridad estatal, entre el ocaso de la Romanidad y la efectiva implantación del poder visigodo. Este paréntesis favoreció el autogobierno de la ciudad por las oligarquías locales, que era en definitiva la esencia del régimen municipal”. ORLANDIS (2006), p. 144.

²⁴ MEZA (1975), p. 227.

²⁵ “Notable es la concepción acerca del origen de la sociedad política y del poder público, según la cual la autoridad procede de Dios, pero por derecho natural radica en el cuerpo político, el cual, no pudiendo ejercerlo por sí, lo confiere a una o varias personas, de donde no había otro poder legítimo que el emanado del consentimiento tácito o expreso de la sociedad. Integra tal concepción política, contraria al cesarismo romano, la de la subordinación del Príncipe a las leyes, poniendo como límite a la autoridad legítima del soberano, las normas eternas del Derecho Natural y proclamando que la ley humana debe conformarse a la divina y a la natural”. LEVENE (1956), p. 36.

Abelardo Levaggi nos recuerda a Francisco de Vitoria, el gran dominico, dotado de esa sorprendente y avanzada mirada sobre la realidad americana, que sostuvo que el origen de la autoridad le pertenecía por constitución divina a la república.

“Y la causa material en la que tal potestad reside, por Derecho natural y divino, es la misma república, a la que compete gobernarse y administrarse a sí misma, y dirigir todas sus potestades al bien común”²⁶.

Jaime Eyzaguirre ha destacado adecuadamente la importancia de las ideas de Francisco Suárez y Luis de Molina, los padres jesuitas que llevaron las antiguas ideas políticas de san Isidoro y al pensamiento escolástico consagrado en las *Partidas* de Alfonso X, a su culminación. Es una concepción jurídico-política “viva y popular de la monarquía española del renacimiento y del barroco”²⁷.

La idea es conocida, siendo Dios el origen de toda potestad, el poder político desciende desde el Creador al titular del mismo, por medio del pueblo y por su libre consentimiento, pues el estado natural de los hombres es su libertad. Pero el pueblo, en la concepción de Francisco Suárez²⁸, no es una simple agregación numérica de voluntades individuales, como afirmaría más tarde la filosofía ilustrada francesa, sino una “entidad moral orgánica”. La comunidad humana se constituye por un acuerdo voluntario destinado a alcanzar el bien común, para lo cual erige desde su propio seno a la autoridad encargada de lograrlo. Por ello, destaca Luis de Molina²⁹, siendo Dios la fuente del poder, toca al pueblo elegir al encargado de ejercerlo libremente, de forma que, si se ha fijado la fórmula hereditaria en forma de monarquía, cada nuevo Rey recibe la potestad no del Altísimo, sino del pueblo que consiente³⁰.

De allí la ceremonia de las Juras de los Reyes, donde el Monarca debía ratificar el pacto con su pueblo, jurando defender, respetar y gobernar de acuerdo con las leyes, fueros y costumbres de sus vasallos³¹.

²⁶ Véase en LEVAGGI (1991), p. 11.

²⁷ EYZAGUIRRE (1957), p. 18.

²⁸ La obra donde Francisco Suárez desarrolla esta tesis es su tratado sobre las leyes. SUÁREZ (1919), p. 317.

²⁹ MOLINA (1941), p. 607.

³⁰ EYZAGUIRRE (1957), p. 19.

³¹ Un ejemplo de lo que decimos lo constituye el viejo y tradicional juramento de los reyes de Aragón. Dicho juramento fue impuesto en 1348 por las cortes zaragozanas, para prestarse al subir un nuevo rey al trono, y era luego seguido del juramento del pueblo. Al parecer su origen semilegendario se encuentra en los llamados Fueros de Sobrarbe.

La fórmula se explica por sí sola: “Nos, que valemos tanto como Vos, que no valéis más que Nos, os juramos como príncipe y heredero de nuestro reino, con la condición de que conservéis

Juan de Mariana llevaría estas tesis al punto de justificar el tiranicidio, que tendría lugar cuando el Rey se apartara de la ley divina y natural. Esta concepción sería particularmente rechazada por el absolutismo³².

3. LA DIFUSIÓN DEL TEATRO BARROCO ESPAÑOL

Incluso, en la dramaturgia barroca del siglo de oro encontramos referencias explícitas a este carácter popular, pactista y democrático de la monarquía hispana. *Fuenteovejuna*³³, *Peribañez y el Comendador de Ocaña*³⁴. *El mejor alcalde, el Rey*³⁵ y

nuestras leyes y nuestra libertad, y haciéndolo Vos de otra manera, Nos no os juramos". En 1711 Felipe V, primer borbón en el trono español abolió dicha Jura invocando la traición de los aragoneses en la Guerra de Sucesión. Disponible en www.archisevilla.org/el-juramento-de-los-reyes-de-aragon/ [fecha de consulta: 6 de julio de 2017]

³² Es conocido el impacto que el libro del padre Juan de Mariana, *De Rege, et regis institutione*, tuvo en Francia, donde el Rey ordenó su quema en público, mientras que en España merecía una respetuosa felicitación del monarca, Felipe III de Austria. Un análisis reciente sobre la originalidad de este tratado se contiene en MERLE (2014), pp. 89-102. Véase, igualmente, EYZAGUIRRE (1988), p. 39.

³³ El drama de Félix Lope, escrito hacia 1613, inspirado directamente en un hecho verídico, nos presenta la más perfecta de las imágenes del poder del Soberano y las libertades de sus vasallos. En el relato, los habitantes de la villa de Fuenteovejuna se rebelan y dan muerte a su gobernante, el odioso Comendador, debido a sus abusos y violaciones de las leyes, costumbres y fueros de la villa. Así, alzados al grito tradicional de "Viva el Rey, muera el mal gobierno", los habitantes de la localidad rechazan al que, abusando del poder confiado por el Soberano, quebranta la ley. Finalmente, los Reyes Católicos, modelo de gobernantes restablecen la paz y restauran la vigencia del derecho, respetando el sentir de sus vasallos, que era lo demandado por el pueblo. LOPE DE VEGA CARPIO (2014), p. 126.

³⁴ Del mismo autor, escrito solo un año después, en 1614, es otro drama histórico que recrea las alternativas de un villano que, por defender la honra de su mujer acosada por las solicitudes del Comendador, termina dando muerte a este. Finalmente, el rey Enrique III de Castilla lo deja libre al serle expuesta la verdad de los hechos. Hay aquí una nueva insistencia en que los derechos y las libertades del pueblo son anteriores al mandato de las autoridades, cuyo poder no es absoluto. Se presenta al rey como garante de dichas libertades. LOPE DE VEGA CARPIO (2002), p. 198.

³⁵ En esta tercera obra, publicada hacia 1620-1623, Félix Lope nos relata el trágico episodio de una pareja de pobres campesinos de Galicia, aunque de origen hidalgo, que desean contraer matrimonio y que le anuncian su intención al dueño de las tierras, un noble terrateniente, quien abusa de la joven reteniéndola por la fuerza. El joven hidalgo solicita la intervención del Rey, Alfonso VII, quien se introduce de incógnito en presencia del noble y desenmascara sus planes criminales. El Monarca hace justicia, ordenando el matrimonio entre el noble y la joven, con lo que ella recupera su honra mancillada, pero inmediatamente el Monarca condena al secuestrador a muerte, con lo que la joven, viuda y heredera de la mitad de los bienes del criminal puede casarse con su novio. En similar estructura de contenido, se nos presenta a los derechos de los vasallos, quebrantados por un abuso criminal y al Rey como el restaurador de dichos derechos. LOPE DE VEGA CARPIO (1997), p. 158.

*El alcalde de Zalamea*³⁶, vuelven una y otra vez a la cuestión de los derechos del pueblo y sus relaciones con el Rey, frente a los abusos de los nobles. Tenemos constancia de la amplia circulación de estas obras en América, incluido Chile³⁷.

Este espíritu “democrático” del régimen de gobierno hispánico que tenía más de mil años de tradición, no podría ser borrado de la conciencia de los españoles por un siglo de pretendido absolutismo.

Por lo demás, como se ve más adelante en este trabajo, el reformismo borbónico estuvo lejos de alcanzar las mismas cotas de concentración del poder en América que lo que logró en la Península. El balance del poder en el Nuevo Mundo se inclinaba lenta, imperceptible, pero sostenidamente hacia los americanos. Y esto sería un factor de la mayor importancia para el proceso que se inició en Chile a partir del gobierno de Luis Muñoz de Guzmán³⁸.

4. LA CONDICIÓN JURÍDICO POLÍTICA DE LAS INDIAS

Asimismo, hay que considerar la especial condición de dependencia de las Indias Occidentales respecto de la Corona, situación ampliamente arraigada en la mentalidad de los españoles americanos. El nacimiento de la monarquía universal se produce, en efecto, con la donación pontificia del papa Alejandro VI, quien en sus bulas de donación, especialmente la de 4 de mayo de 1493 o

³⁶ De este relato, existen al menos dos versiones, una de ellas del mismo Félix Lope de Vega, pero la más conocida es la de Pedro Calderón de la Barca, de 1636. La historia retrata a un villano próspero, cuya hija es violentada por un noble que se aloja en su casa. Este se niega a casarse con la joven alegando su extracción social inferior. El padre, elegido alcalde de la villa, juzga al noble y lo condena al garrote. El rey Felipe II, enterado de los hechos, confirma la sentencia y le nombra alcalde perpetuo. En este caso se validan tanto la honra como los derechos a reparación de los hombres del pueblo frente a los viejos privilegios de la nobleza. CALDERÓN DE LA BARCA (1990), p. 188.

³⁷ Los cultísimos misioneros franciscanos, mercedarios y dominicos solían introducir estas obras en el Nuevo Mundo para su difusión entre los jóvenes españoles americanos y llegaban a traducir fragmentos de las mismas a las lenguas vernáculas de América, para educar y facilitar la introducción de los aborígenes en la cultura hispánica. “Además de las piezas religiosas supérstitas se tienen noticias de traducciones de loas, autos, entremeses y comedias de Lope de Vega, Calderón de la Barca y, más tarde, Moliere, algunas de las cuales combinan palabras en castellano y en la lengua nativa correspondiente”. LAMUS (2013), p. 27.

³⁸ “La compleja estructura institucional de Indias hizo imposible el gobierno absoluto. Ninguna autoridad detentaba todo el poder y éste se desprendía de la fuente nominal del Rey, desplegándose en una vasta organización, en la que cada una de sus autoridades defendía celosamente sus propias prerrogativas. Los Reyes de España no desempeñaron un poder absoluto en el gobierno de Indias. En su nombre intervenían instituciones organizadas jurídicamente, en la Metrópoli y en el Nuevo Mundo”. LEVENE (1956), p. 47.

segunda *Intercaetera*, dona las islas y tierras descubiertas y por descubrir a los Reyes Católicos, Isabel y Fernando, reyes de Castilla y León, sus herederos y sucesores³⁹. Es esta incorporación a la Corona, la que determina que las Indias no fueron “colonias”, ni dominios del reino de Castilla (ni menos de España, que no existía ni política ni jurídicamente en el siglo XV). Eran una propiedad personal del Monarca y sus herederos, bienes de realengo, incorporadas en su patrimonio por concesión directa de la sede apostólica⁴⁰, no *aeque principaliter* como Aragón o Navarra, sino por vía de accesión⁴¹.

³⁹ En su parte dispositiva sostenía el documento de Alejandro VI: “Et, ut tanti negotii provinciam apostolice gratie largitate donati liberius et audacius assumatis, motu proprio, non ad vestram vel alterius pro vobis super hoc nobis oblate petitionis instanciam, sed de nostra mera liberalitate et ex certa scientia ac de apostolice potestatis plenitudine, omnes insulas et terras firmas inventas et inveniendas, detectas et detegendas versus occidentem et meridiem fabricando et constituendo unam lineam a polo Arctico scilicet septentrione ad polum Antarcticum scilicet meridiem, sive terre firme et insule invente et inveniende sint versus Indiam aut versus aliam quancunque partem, que linea distet a qualibet insularum, que vulgariter nuncupantur de los Azores et Caboverde, centum leucis versus occidentem et meridiem, ita quod omnes insule et terre firme reperte et reperiende, detecte et detegende, a prefata linea versus occidentem et meridiem, per alium regem aut principem Christianum non fuerint actualiter possesse usque ad diem nativitatis domini nostri Jhesu Christi proxime preteritum a quo incipit annus presens millesimus quadringentesimus nonagesimus tertius” (traducción española: “Y para que más libre y valerosamente aceptéis el encargo de tan fundamental empresa, concedido liberalmente por la Gracia Apostólica «motu proprio», y no a instancia vuestra ni de otro que Nos lo haya sobre esto pedido por vosotros, sino por nuestra mera liberalidad, de ciencia cierta y con la plenitud de nuestra potestad apostólica, por la autoridad de Dios Omnipotente concedida a Nos en San Pedro, y del Vicario de Jesucristo que representamos en la tierra, a vosotros y a vuestros herederos y sucesores los Reyes de Castilla y León, para siempre según el tenor de las presentes, donamos, concedemos y asignamos, todas las islas y tierras firmes descubiertas y por descubrir, halladas y por hallar hacia el Occidente y Mediodía, fabricando y construyendo una línea del Polo Ártico que es el Septentrión, hasta el polo Antártico que es el Mediodía, ora se hayan hallado islas y tierras firmes, ora se hayan de encontrar hacia la India o hacia otra cualquiera parte, la cual línea diste de las islas que vulgarmente llaman Azores Cabo Verde cien leguas hacia el Occidente y mediodía, así que todas sus islas y tierra firme halladas y que hallaren, descubiertas y que se descubrieren desde la dicha línea hacia el Occidente y mediodía que por otro Rey cristiano no fuesen actualmente poseídas hasta el día del nacimiento de Nuestro Señor Jesucristo próximo pasado del cual comienza el año presente de mil cuatrocientos y noventa y tres”). Con lo que queda claro que las bulas eran un documento de donación pontificia en la persona de los reyes y no una donación al reino. Disponible en <http://constitucionweb.blogspot.cl/2012/02/bulas-alejandrinas-la-segunda-bula.html> [fecha de consulta: 23 de marzo de 2017]

⁴⁰ Lo afirma de esta forma el doctor Juan López de Palacios Rubios, en su tratado “De las Islas del Mar Océano”, “La Iglesia es, por tanto, la que únicamente puede conceder a los Príncipes cristianos una nueva conquista contra los infieles...”. LÓPEZ DE PALACIOS Y SE PAZ (1954), p. 129.

⁴¹ “...las Indias no son una propiedad privada del rey, sino un bien de realengo, es decir, un dominio público de la monarquía, sometido directamente a la corona y que no puede ser

Como decimos, al ser incorporadas las Indias directamente a la Corona, se transforman en parte indisoluble de ella y eso conduce a que Carlos V, sucesor de Isabel y Fernando, haya decretado la inalienabilidad de las mismas, comprometiéndose a que por ningún motivo, ni él, ni sus herederos, ni sucesores podrían enajenarlas o entregarlas a otro señor⁴². Es esta unión profunda entre las dos orillas continentales de la monarquía hispánica llevó a que desde el reinado de Felipe II el Rey se titulara *Hispaniarum et Indiarum rex*⁴³. Y lo que resulta más importante es que esta condición estaba totalmente presente en la mentalidad de los líderes americanos de inicios del siglo XIX.

enajenado o entregado a otro señorío”. EYZAGUIRRE (1957), p. 22. Llamada también “Unión accesoría”. El principal autor que estudia la naturaleza de esta unión fue Juan de Solórzano y Pereyra, en su *Política Indiana*. Véase SOLÓRZANO PEREYRA (1648), p. 38. En el mismo sentido se pronuncia Mariano Moreno, quien enseña que “las Leyes de Indias declararon que la América era una parte o accesión a la Corona de Castilla.” LEVENE (1951), p. 130.

⁴² La mejor prueba de que en los fundamentos del sistema indiano se rechaza toda posibilidad de crear colonias, es la famosa real cédula de Carlos I, contenida en la ley 1, título 1, libro III de la *Recopilación de Leyes de Indias*, que fue dada para la Española por Carlos I y reiterada en sucesivas oportunidades (del emperador Carlos, en Barcelona a 14 de septiembre de 1519, para la Isla Española, el Rey y la reina Juana en Valladolid a 9 de julio de 1520, con carácter general, en Pamplona a 22 de octubre de 1523 y el mismo Emperador y el Príncipe gobernador en Monzón de Aragón a 7 de diciembre de 1547, en Madrid, Felipe II a 18 de julio de 1563 y Carlos II y la reina gobernadora en la recopilación de 1680) según enumera detalladamente Ricardo Levene, véase LEVENE (1951), p. 48. El texto de la ley es el siguiente: “Por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos, somos Señor de las Indias Occidentales, Islas, y Tierra firme del Mar Océano, descubiertas, y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla. Y porque es nuestra voluntad, y lo hemos prometido y jurado, que siempre permanezcan unidas para su mayor perpetuidad y firmeza, prohibimos la enagenacion de ellas. Y mandamos, que en ningun tiempo puedan ser separadas de nuestra Real Corona de Castilla, desunidas, ni divididas en todo, ó en parte, ni sus Ciudades, Villas, ni Poblaciones, por ningun caso, ni en favor de ninguna persona. Y considerando la fidelidad de nuestros vasallos, y los trabajos que los descubridores, y pobladores pasaron en su descubrimiento y población, para que tengan mayor certeza y confianza de que siempre estarán y permanecerán unidas á nuestra Real Corona, prometemos, y damos nuestra fe y palabra Real por Nos, y los Reyes nuestros sucesores, de que para siempre jamas no serán enagenadas, ni apartadas en todo, ó en parte, ni sus Ciudades, ni Poblaciones por ninguna causa, ó razon, ó en favor de ninguna persona; y si Nos, ó nuestros sucesores hiciéremos alguna donacion ó enagenacion contra lo susodicho, sea nula, y por tal la declaramos”. Véase en el mismo sentido, ALEMPARTE (1966), p. 34. La ley citada nos sirve también para descartar los supuestos fundamentos de un absolutismo de los Reyes Católicos o de los Austrias, pues difícilmente podría haberse aceptado tal concepción, totalmente anacrónica por lo demás, si la propia Corona se limitaba hereditariamente y para siempre en relación con la disposición de las Indias, que pasaban a perpetuidad a formar parte integrante de la misma. En similar sentido se pronuncia Ricardo Levene en la obra citada.

⁴³ EYZAGUIRRE (1957), p. 23.

5. LA REALIDAD DEL ABSOLUTISMO EN INDIAS Y EN CHILE

Frente a todo lo dicho, cabe preguntarse, en qué se tradujo, entonces, el absolutismo borbónico para las Indias Occidentales. La respuesta es compleja, pero clara en el estado actual de nuestra historiografía jurídica⁴⁴.

Desde el punto de vista de las instituciones de gobierno, más allá de las ideas francesas sobre la naturaleza de la monarquía⁴⁵, de las cuales la adición del elemento sálico al multisecular principio hereditario⁴⁶ de la monarquía es la más conocida, las principales reformas borbónicas en la Península y América tuvieron por objetivo concentrar la autoridad política en manos del Rey⁴⁷ o de sus representantes. Así se crearon dos nuevos virreinos en América del Sur y se establecieron las Intendencias, como autoridad real intermedia entre el Gobernador y los cabildos, cuyo territorio era la “provincia”. Asimismo, durante el reinado de Carlos III, se alcanzó el momento “cumbre” de las reformas, se fomentaron las ciencias, las artes, se crearon las academias

⁴⁴ BRAVO (1994), p. 490.

⁴⁵ “La dinastía borbónica introduce en España la ideología política predominante en Francia durante el reinado de Luis XIV. Los monarcas ya no reciben el poder por intermedio del pueblo y con el consentimiento de éste, sino que lo tienen directamente de Dios y se convierten así en ‘ungidos del Señor’. La teoría del derecho divino de los reyes contribuye no solo a exaltar su personalidad por encima de sus súbditos, sino que también los exime del cumplimiento de las leyes, acentuándose considerablemente el absolutismo real. Estas ideas no modifican, sin embargo, la organización tradicional de la monarquía hispánica, ni cambian la legislación en que ésta se apoya; pero en los hechos se afirma el absolutismo con la supresión de la mayor parte de los privilegios regionales y de los consejos que los representaban, la decadencia de los otros consejos, y la centralización gubernativa en torno al rey...”. ZORRAQUÍN BECÚ (1981), p. 34.

⁴⁶ “La forma de Estado que se impuso en la mayor parte de Europa fue la monarquía hereditaria. Los contemporáneos consideraron que sólo la sucesión dinástica permitía colocar el poder soberano por encima de los intereses personales y los conflictos de grupo y garantizar la continuidad del desarrollo institucional. Mientras que los Estados en que se había impuesto el principio electivo, como el Santo Imperio Romano Germánico o el reino de Polonia, eran víctimas de la división interna y de la intervención externa, las monarquías hereditarias, como Francia, Prusia o Rusia, lograban consolidar el orden interno y ampliar sus dominios. La experiencia histórica demostraba la superioridad de las monarquías hereditarias”. KREBS (1990), p. 25.

⁴⁷ Esta forma de concebir al Rey no solo tenía orígenes en el pensamiento francés, sino que encontraba algunos pocos defensores en la tradición hispánica. Como el caso de canónigo indiano Felipe Antonio Martínez de Iriarte, “el buen orden exige que en toda jerarquía haya un primer determinador, árbitro de los demás, que los determine, que los gobierne, y que los mande, sin que él sea mandado, y gobernado por otro. Éste en su reino es el rey, primer móvil en lo civil, y temporal, quien mueve, gobierna, y manda a todos sin depender sino de sólo Dios, causa de todas las causas, rey de todos los reyes, y señor de todos los señores. La palabra del rey es poderosa, y ninguno puede decirle por qué obráis así, dice el sabio”. LEVAGGI (1991), p. 13.

y hubo una importante influencia ilustrada francesa e italiana⁴⁸. Aun cuando los intelectuales españoles estuvieron lejos de los excesos y sobre todo del agnosticismo o ateísmo de sus contemporáneos franceses⁴⁹.

Y para los efectos de este estudio, se intervinieron los ayuntamientos o cabildos desde un doble punto de vista, externo e interno. En lo externo, los monarcas establecieron un nuevo funcionario, superpuesto a la autoridad del órgano colegiado local, denominado “corregidor”, que, en la práctica, suplantó las competencias de los cabildos, con lo que estos se conservaron en su papel deliberativo, pero fueron despojados de gran parte de sus facultades. Mientras que, en lo interno, a partir de 1757 la generación de los cabildos fue cooptada por la monarquía, de manera que los cargos de regidores pasaron a ser vendidos en pública subasta, siendo el producido del remate destinado a la real hacienda. Incluso, se vendieron varas de regidor perpetuo, con lo que los cabildos pasaron a ser integrados por las oligarquías americanas acaudaladas. El papel de los cabildos, reducidos a órganos de representación o ceremonia, no cuadraba con las aspiraciones de los españoles americanos que los controlaban en su inmensa mayoría. Por lo que estos se las arreglaron para influir en todo orden de cosas, lo permitieran las reformas de los reyes de la Casa de Borbón o no⁵⁰.

Asimismo, las reformas borbónicas intervinieron las instituciones judiciales, separando la administración de la justicia. La más característica de estas innovaciones fue la creación del cargo de “regente”, que pasó a reemplazar al Virrey o Gobernador como cabeza de las Audiencias⁵¹. Aunque esta reforma, destinada a consolidar el poder real sobre los tribunales, solo vino a reafirmar la amplia presencia de los españoles americanos en las Audiencias. Sería el caso preciso de la Real Audiencia chilena, la férrea defensora de los derechos del Rey, que en el tiempo de la invasión napoleónica a la Península contaba con mayoría de ministros u oidores americanos y, particularmente, chilenos⁵².

⁴⁸ EYZAGUIRRE (1988), p. 42.

⁴⁹ PAYNE (2017), p. 96.

⁵⁰ “Los Borbones se caracterizan por el regalismo y la centralización, con las instituciones representativas, el Ministerio de Estado y las Gobernaciones Intendencias en Indias”. LEVENE (1956), p. 143. En el mismo sentido véase REYES (1947), p. 97.

Por su parte, el historiador del Rey, fray Melchor Martínez, dedica abundante documentación de su monumental obra, a probar la influencia del cabildo de Santiago de Chile en los hechos políticos que ocurrieron en el reino a partir de 1808. MARTINEZ (1964), pp. 360 y 424 respectivamente.

⁵¹ BRAVO (2006), pp. 179-180.

⁵² “Los cargos de las Audiencias fueron también objeto de las apetencias de los criollos y colonos. Las necesidades económicas de la Corona habían precipitado la venta de oficios desde los años finales del reinado de Carlos II. Y la urgencia de obtener recursos por la vía de

Otro tanto ocurría con los obispos, pese a la aparente política regalista borbónica, considerando que una cantidad más que significativa eran naturales del reino. La inmensa mayoría de los preladados de las dos diócesis del reino, Santiago e Imperial-Concepción, durante el siglo XVIII y XIX fueron americanos e, incluso, chilenos. Y nueve obispos nacidos en Chile fueron obispos en otras diócesis indianas como nos recuerda Jaime Eyzaguirre⁵³.

El fenómeno es adecuadamente caracterizado por Alfredo Jocelyn-Holt Letelier, quien sostiene que el

“reformismo borbónico propuso diversos mecanismos institucionales, debidamente aprovechados por la sociedad local como instancias participativas en las cuales se hicieron sentir sus inquietudes y necesidades. En efecto, durante todo el siglo XVIII la sociedad local hizo uso repetido de petitorios, reconvenciones, representaciones, solicitudes e informes para elevar sus deseos y quejas, todos los cuales sirvieron para ir precisando aún más las conveniencias del grupo local. De modo que estos intereses se fueron gestando ya sea por oposición o bien por canales activos de integración al sistema”⁵⁴.

la venta de oficios, se mantuvo, hasta la mitad del siglo siguiente. El resultado fue que, hacia 1750, los criollos peruanos ocupaban la mayor parte de los cargos de la Audiencia de Lima y eran también los criollos quienes tenían mejor posición en las Audiencias de Chile, Charcas y Quito. Los pagos de dinero y la influencia local prevalecían sobre la administración independiente de la justicia. Entre 1687 y 1750 de un total de 311 nombramientos para desempeñar cargos en las Audiencias de América, 138, es decir, el 44 %, recayeron en criollos frente a 157 en peninsulares. De los 138 criollos, 44 habían nacido en los distritos para los que habían sido nombrados y 57 de otras partes de América. Casi las tres cuartas partes de esos 138 americanos habían comprado su cargo. 103, es decir, el 75 % de los americanos que habían conseguido ser nombrados para ocupar un cargo en una Audiencia, tuvieron que pagar por ello.

El crecimiento progresivo de la influencia de los criollos repercutía en un debilitamiento creciente del poder del gobierno metropolitano, a cambio de potenciar a las clases sociales, especialmente criollas, dirigentes en los territorios americanos. La mayoría de los oidores criollos de las Audiencias estaban vinculados por lazos de parentesco o intereses económicos con las clases terratenientes dominantes. Por tanto, las Audiencias fueron una reserva de familias ricas y poderosas de la región”. MUÑOZ (2017), p. 395.

⁵³ “...hay también que recordar que de los nueve Obispos que tuvo Santiago entre 1708 y 1807, y de los ocho que gobernaron la diócesis de Concepción entre 1704 y 1806, solo dos fueron peninsulares. Es verdad que la mayoría de los criollos que ocuparon esas sedes no eran nacidos en Chile, pero asimismo lo es que nueve hijos del país fueron honrados con mitras en otras diócesis del Nuevo Mundo entre 1701 y 1810.” EYZAGUIRRE (1957), p. 55.

⁵⁴ JOCELYN-HOLT (2009), p. 160.

6. CONCLUSIÓN

Así, pues, el balance sería evidente. Las reformas del periodo borbónico estuvieron muy lejos de consolidar un régimen absolutista en América⁵⁵ según lo entiende la historia de la filosofía política⁵⁶, ni de implantar el pensamiento absolutista ilustrado que le da sustento.

Más allá de decisiones tan polémicas y espectaculares como la expulsión de la Compañía de Jesús, por parte de Carlos III en 1767, o de transformaciones económicas como las alcabalas⁵⁷, el estanco del tabaco o los navíos de registro, que reemplazaron a las antiguas flotas y galeones, la gran mayoría de las reformas serían definitivamente cooptadas por las élites americanas de una forma tan contundente que nadie podría haber dejado de encontrarle razón a Santiago de Liniers cuando escribió a Luis Muñoz de Guzmán, indicándole que el poder recaía en las Indias, en los americanos (y aun en los indios) y que la monarquía universal descansaba solo en el lazo de lealtad que aquellos tenían con esta⁵⁸.

⁵⁵ Sostiene al respecto Julio Alemarte Robles: "En síntesis, lo creado en América a través de los siglos XVI a XVIII no fue propiamente un sistema colonial con un déspota a la cabeza que tiranizara y esquilmará a los 'pobres colonos', sino un régimen esencialmente español, trasplantado y moldeado por españoles y que, en razón de la lejanía del poder supremo –detentado en esos siglos por dos casas extranjeras– pudo desarrollarse aquí con más libertad y más de acuerdo con las auténticas tradiciones de las villas y pueblos de España. Mucho más que la corona, en efecto, fueron los conquistadores y colonizadores quienes elaboraron el régimen y, naturalmente, lo hicieron en su provecho, por mucho que el príncipe a su vez persiguiera también el suyo... En todo, era el derecho de Castilla el que regía; y aquello que perjudicaba a los señores quedaba por lo común en el papel. Repitémoslo una vez más. Los viejos fueros y libertades hispánicos trasplantados en un mundo nuevo y además rico, por hombres audaces y fuertes, no podían dar el fruto tan mísero de que se habla en los textos; lejos de ser colonos infelices y obedientes que temblaban a la voz del rey, los españoles que pasaron a América no desmintieron la altivez tradicional de su raza". ALEMPARTE (1966), p. 294.

⁵⁶ "El desarrollo del Estado absoluto se caracterizó fundamentalmente por la concentración política y económica de grandes espacios geográficos, la eliminación de los derechos políticos de los antiguos estamentos y la creación de una administración pública organizada desde arriba hacia abajo. El Estado absoluto creó todas las instituciones de la vida política: administración, política económica y cultural del Estado y, ante todo, el ejército. Recién el absolutismo desarrolló una conciencia de Estado y un sentido del Estado". MOMMSEN (1990), p. 97. Es interesante apuntar que esta caracterización del absolutismo formulada por Theodor Mommsen prácticamente no tiene ninguna coincidencia con el régimen de gobierno en las Indias. No hubo concentración política ni económica, los derechos políticos de los vasallos se encontraban completamente vigentes y en aplicación, y ya existían todas las instituciones políticas. Tal vez lo único que se llevó delante de acuerdo con los modelos teóricos del absolutismo fue la administración burocrática bien definida y con objetivos perfectamente normalizados en la legislación indiana.

⁵⁷ SILVA (2005), p. 255 y ss.

⁵⁸ Indicaba Santiago de Liniers que la victoria en la defensa de Buenos Aires debía "servir de modelo de fidelidad y patriotismo a todos los que tiene la dicha de ser vasallos del mejor

En el momento en que los americanos dejaran de considerarse españoles⁵⁹, en ese instante el imperio se hundiría, sin que el Monarca pudiera hacer nada para impedirlo⁶⁰. Y eso fue lo que precisamente ocurrió, a partir de 1808, con la invasión francesa a la Península.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILERA PEÑA, Mario (1985): *Los comuneros: guerra social y lucha anticolonial* (Bogotá, Universidad Nacional de Colombia).
- ALEMPARTE ROBLES, Julio (1966): *El Cabildo en Chile colonial* (2ª ed. aumentada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- AMUNÁTEGUI, Miguel Luis (1910): *Los precursores de la Independencia de Chile* (Santiago, Imprenta, litografía i encuadernación Barcelona), tomo 2.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo (2017): "La autoridad de los reyes según San Isidoro", en *Textos fundamentales para el estudio de la Historia del Derecho, colección de*

de los soberanos y gobernados por las más sabias leyes del mundo". EYZAGUIRRE (1957), p. 88. Lo mismo reconocerían en su momento los ingleses derrotados. En efecto, tal ambiente de identificación entre los intereses de la metrópoli con los de los españoles americanos se reconocía en el famoso memorial del ministro de Relaciones Exteriores británico Robert Steward, vizconde de Castlereagh, de 1 de mayo de 1807, donde declaraba ser contrario a las expediciones británicas en la América hispánica (cuya derrota se había producido en Buenos Aires entre 1806 y 1807) debido a que estaban condenadas a fracasar por no contar con la simpatía de los pobladores de América, cuya lealtad a la Corona era cosa fuera de toda duda. PÉREZ (1960), p. 280 y WEBSTER (1934), p. 423.

⁵⁹ Proféticamente advertía al Rey el arzobispo de Granada, monseñor Juan Manuel Moscoso y Peralta, tras un levantamiento en La Paz, Alto Perú, sobre la conservación del imperio: "La conservación de aquel país depende enteramente de la tranquilidad de España. Cualquiera turbación en su gobierno, la dominación extranjera, sobre todo, aun cuando fuese pasajera y momentánea, movería en las regiones de América el deseo natural de evitar igual suerte...

Las circunstancias temidas por el Arzobispo Moscoso y anheladas por los escasos conspiradores, llegaron al fin y trajeron las consecuencias previstas. Pero sin ellas, difícilmente se hubiera sacado, al menos en fecha próxima, a América de su sumisión a la corona". EYZAGUIRRE (1957), p. 90.

⁶⁰ "Podrá parecer demasiado exagerada la fórmula que voy a exponer; la creo, no obstante, más apropiada de la verdad que la contraria: los reyes no estaban en España sino en las Indias; los verdaderos soberanos, en cierto modo, eran los señores coloniales. En Castilla estaba el cetro, la potestad oficial, la ordenación jurídica; pero la auténtica soberanía que es la que surge del dominio efectivo de las tierras y de la masa de los habitantes estaba en manos de los señores". Véase ALEMPARTE (1966), p. 84. En el mismo sentido nos dice Leonardo León: "Si bien los terratenientes, empresarios mineros y comerciantes ya controlaban gran parte del poder económico, aún restaba capturar la administración del país para eliminar la burocracia colonial dirigida desde España y asumir, de ese modo, el control del país". LEÓN (2011), p. 34.

documentos y fuentes primarias para la Historia del Derecho, con comentarios y cuestionarios, pp. 741.

- ANDRADES RIVAS, Eduardo (2018): *Los inicios del mito fundacional republicano (estudio histórico jurídico sobre la Patria Vieja en Chile)*, tesis doctoral, programa de doctorado en derecho y ciencias sociales, Universidad Nacional de Educación a Distancia, pp. 601. Disponible en http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Leandrades/ANDRADES_RIVAS_Luis_Eduardo_Tesis.pdf
- ANDRADES RIVAS, Eduardo (2018): "La incultura en que España mantenía a sus colonias. Dos tópicos del mito fundamental republicano en Chile", en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, n.º 40, pp. 283-308. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552018000100283
- BRAVO LIRA, Bernardino (1994): *El absolutismo ilustrado en Hispanoamérica, Chile (1760-1860) De Carlos III a Portales y Montt* (Santiago, Editorial Universitaria).
- BRAVO LIRA, Bernardino (2006): *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico, del Estado de Derecho al derecho del Estado (siglos XVI a XXI)* (Santiago, Editorial Lexis Nexis).
- CALDERÓN DE LA BARCA, Pedro (1990): *La vida es sueño y El alcalde de Zalamea* (14ª ed., México, Editorial Porrúa S.A.).
- EYZAGUIRRE GUTIÉRREZ, Jaime (1957): *Ideario y ruta de la emancipación chilena* (Santiago, Editorial Universitaria).
- EYZAGUIRRE GUTIÉRREZ, Jaime (1988): *Historia de las instituciones políticas y sociales de Chile* (8ª ed., Santiago, Editorial Universitaria).
- GAY, Claudio (2009): *Historia física y política de Chile. Documentos, tomo I* (Santiago, Cámara Chilena de la Construcción, Pontificia Universidad Católica de Chile y Biblioteca Nacional de Chile, colección Biblioteca Fundamentos de la Construcción de Chile), tomo I.
- HIDALGO DE LA VEGA, María José, Dionisio PÉREZ y Manuel José R. GERVÁS (eds.) (1998): "Romanización" y "Reconquista" en *La Península Ibérica, nuevas perspectivas* (España, Ediciones de la Universidad de Salamanca).
- JOCELYN-HOLT LETELIER, Alfredo (2009): *La Independencia de Chile. Tradición, modernización y mito* (Santiago, Random House Mondadori S.A.).
- LAMUS OBREGÓN, Marina (2013): *Geografía del teatro en América Latina: un relato histórico* (Bogotá, Luna Libros).
- LAPEYRE, Henri (1979): *Las monarquías europeas del siglo XVI las relaciones internacionales* (trad., de José Manuel Cuenc a, 3ª ed., Barcelona, Editorial Labor S.A.).
- LEÓN, Leonardo (2011): *Ni patriotas ni realistas. El bajo pueblo durante la Independencia de Chile, 1819-1822* (Santiago, Ediciones de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, colección Sociedad y Cultura), vol. LII.

- LEVAGGI, Abelardo (1991): *Manual de Historia del Derecho argentino (castellano-indiano/nacional) estatal, económico, laboral* (Buenos Aires, Ediciones Depalma), tomo III.
- LEVENE, Ricardo (1956): *El mundo de las ideas y la revolución hispanoamericana de 1810* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LEVENE, Ricardo (1951): *Las Indias no eran colonias* (Buenos Aires, Espasa Calpe S.A.).
- LOPE DE VEGA CARPIO, Félix (1997): *El mejor Alcalde, el Rey* (Madrid, Editorial Cátedra).
- LOPE DE VEGA CARPIO, Félix (2002): *Peribañez y el comendador de Ocaña* (22ª ed. Madrid, Espasa Calpe S.A.).
- LOPE DE VEGA CARPIO, Félix (2014): *Fuenteovejuna* (Madrid, Mestas ediciones).
- LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, Juan y fray Matías DE PAZ (1954): *De las Islas del mar Océano y Del dominio de los Reyes de España sobre los indios* (trad. de Agustín Millares Carlo, México, Fondo de Cultura Económica).
- MARTÍNEZ DE VEGA, María Elisa (1990): "El marqués de Gelves: un militar del siglo XVII novohispano", en *Militaria: revista de cultura militar*, n.º 2, pp. 87-102. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=909684&orden=1&info=link>
- MARTÍNEZ, fray Melchor (1964): *Memoria histórica sobre la revolución de Chile desde el cautiverio de Fernando VII hasta 1814. Escrita por Orden del Rey por fray Melchor Martínez* (3ª ed, Santiago, Ediciones de la Biblioteca Nacional), 2 tomos,
- MÉNDEZ MONTERO, Verónica et al. (2009): *Guía didáctica para el profesor, incluye texto para el estudiante, Historia, Geografía y Ciencias Sociales, 2º educación media* (Santiago, Editorial Santillana del Pacífico S.A.).
- MERELLO ARECCO, Ítalo (1996): *Historia del derecho* (2ª reimposición, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso), tomo I.
- MERLE, Alexandra (2014): "El De rege de Juan de Mariana (1599) y la cuestión del tiranicidio: ¿un discurso de ruptura?", en *Criticón*, n.º 120-121, pp. 89-102.
- MEZA VILLALOBOS, Néstor (1975): *Historia de la política indígena del Estado español en América 1474-1974* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile).
- MOLINA, Luis DE (1941): *Los seis libros de la Justicia y el Derecho* (trad. de Manuel Fraga Iribarne, Madrid, Imprenta de José Luis Cosano).
- MOMMSEN W., Theodor (1990): "Zur Beurteilung des Absolutismus", en Ricardo Krebs Wilckens, *La monarquía absoluta en Europa, el desarrollo del estado moderno en los siglos XVI, XVII y XVIII* (2ª ed. Santiago, Editorial Universitaria), pp. 104.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2017): *Hablamos la misma lengua, Historia política del español en América, desde la Conquista a las Independencias* (Barcelona, Editorial Planeta S.A.).

- ORLANDIS ROVIRA, José (2006): *Historia del reino visigodo español* (2ª ed, Madrid, Ediciones RIALP).
- PAYNE, Stanley G. (2017): *En defensa de España, desmontando mitos y leyendas negras* (Barcelona, Espasa).
- PÉREZ, Joaquín (1960): “Artigas y San Martín y los proyectos monárquicos en el Río de la Plata y Chile (1818-1820)”, en *Revista Histórica*, tomo XXX, n.º 88-90, pp. 280.
- REYES ABADIE, Washington (1947): *El régimen indiano* (Montevideo, Organización tipográfica Medina).
- SILVA VARGAS, Fernando (2005): “Reformismo y revolución: modificaciones administrativas y tributarias en Chile, 1770-1808”, en Rafael del Pino y Moreno y Gonzalo Anes (coords.), *La América Hispana en los albores de la emancipación, Actas del IX Congreso de Academias Iberoamericanas de la Historia*, pp. 249-276.
- SOLAR CORREA, Eduardo (1970): *Las tres colonias* (2ª ed. Buenos Aires, Editorial Francisco de Aguirre).
- SOLÓRZANO PEREYRA, Juan (1648): *Política Indiana*, libro I, capítulo IX (Madrid).
- SUÁREZ, Francisco (1919): *Tratado de las leyes y de Dios Legislador* (trad. de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Editorial Reus).
- VIAL CORREA, Gonzalo (2010): *Chile, cinco siglos de historia, desde los primeros pobladores prehispánicos hasta el año 2006* (2ª ed., Santiago, Editorial Zigzag), tomo 1.
- WEBSTER, Charles K. (1934): *The Foreign Policy of Castlereagh, 1815-1822, Britain and the European Alliance* (London, G. Bell and Sons LTD.).
- ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo (1981): *La organización política argentina en el período hispánico* (4ª ed., Buenos Aires, Editorial Perrot).

Otros documentos

- ARQUIDIÓCESIS DE SEVILLA (2015): *El juramento de los reyes de Aragón*, 9 de marzo de 2015. Disponible en <http://www.archisevilla.org/el-juramento-de-los-reyes-de-aragon/>
- AURORA DE CHILE, disponible en www.auroradechile.cl/newtenberg/681/printer-2386.html.
- CONSTITUCIÓN WEB, disponible en <http://constitucionweb.blogspot.cl/2012/02/bulas-alejandrin-as-la-segunda-bula.html>

AMICUS CURIAE EN SEDE PENAL

AMICUS CURIAE AT CRIMINAL HEADQUARTERS

Rodrigo Vera Lama*

RESUMEN: Este trabajo analiza la factibilidad o viabilidad procesal, conveniencia y particularidades de la intervención del denominado *Amicus Curiae*, un tercero que no es parte de la causa, entregando su opinión especializada en procesos penales.

PALABRAS CLAVE: *Amicus Curiae* - Proceso penal - Opinión especializada.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the feasibility or procedural viability, convenience and particularities of the intervention of the so-called *Amicus Curiae*, a third party that is not part of the cause, delivering his specialized opinion in criminal proceedings.

KEYWORDS: *Amicus Curiae* - Criminal Process - Specialized Opinion.

1. CONCEPTUALIZACIÓN

Se ha dicho en doctrina que el *Amicus Curiae*, que significa “amigo del Tribunal” o “asistente oficioso”, consiste en

“la presentación en un proceso de un tercero que interviene aportando una opinión fundada que puede resultar relevante para la resolución de un litigio en el que se debatan cuestiones socialmente sensibles. Ese tercero, por tanto, no reviste calidad de parte ni mediatiza, desplaza o reemplaza a éstas; debe ostentar un interés justificado en la decisión que pondrá fin al pleito en el que se presenta; es preciso que muestre

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Magíster en Derecho Penal por la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Abogado.

reconocidas competencia y versación en la cuestión debatida; su informe no constituye un dictamen pericial, y la actuación que despliega no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal ante el que comparece”¹.

El *Código Procesal Penal*² en el artículo 12 establece:

“para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley permitiere ejercer facultades determinadas”.

El artículo 466 agrega como interviniente durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad al delegado a cargo de la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva, y al curador. A su vez, en el título IV del libro I se señalan como sujetos procesales, el Tribunal, el Ministerio Público, la policía, el imputado, la defensa, la víctima y el querellante.

En relación con lo anterior se señala:

“suele existir cierta dificultad en el tratamiento del tema relativo a los sujetos procesales en el Derecho Procesal chileno, tanto por un problema sistemático como por una imprecisión en el lenguaje jurídico. Existe un problema sistemático porque si bien es cierto en el actual derecho procesal penal rige el sistema acusatorio, abundan influencias del sistema inquisitorio que impiden la conformación del procedimiento penal como un procedimiento de partes. A diferencia del procedimiento civil, regido por el principio dispositivo, el procedimiento penal se rige por el principio de oficialidad, esto significa que la sustanciación del procedimiento es una actividad privativa del Estado y el órgano persecutor penal actúa por iniciativa propia, en consecuencia a quienes se les intente denominar como ‘partes’ no tienen el dominio absoluto del procedimiento en el que participan. Así atribuirle a tal o cual sujeto procesal tal calidad resulta extremadamente complicado. Por otro lado, existe un problema de imprecisión en el lenguaje porque el legislador confunde términos y, reiteradamente, para la identificación de un mismo fenómeno o sujeto suele utilizar dos expresiones con significado diverso, así por ejemplo, la clásica confusión entre procedimiento, proceso y juicio y, más recientemente, la vaguedad conceptual entre parte e interviniente. Específicamente, cabe destacar las siguientes denominaciones: sujeto, parte, interviniente y

¹ BAZÁN (2009), p. 135.

² *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 12 de octubre de 2000.

tercero; respecto de las cuales se intenta a continuación unas definiciones únicamente funcionales. 1. Sujetos procesales. Bajo esta expresión el CPsalP agrupa genéricamente a aquellos órganos o personas que participan con distintos fines dentro del procedimiento penal ejerciendo derechos autónomos o independientes. Ellos son: el tribunal, el MP, policía, el imputado, la defensa, la víctima y el querellante. 2. Parte. Por parte debe entenderse a aquella persona (puede ser una o muchas) que, a nombre propio o ajeno, se incorpora o comparece en el procedimiento penal mediante el ejercicio de una acción penal o civil o el ejercicio de una excepción o defensa (...) 3. Interviniente. Interviniente es cualquiera de aquellos sujetos procesales que menciona el artículo 12 del CPsalP (Ministerio Público, imputado, defensor, víctima y querellante) a quien se le reconoce participación válida, en el procedimiento penal, desde que realizare cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley le permitiere ejercer facultades determinadas. Las calidades de parte e interviniente no siempre coinciden como sucede con la víctima que es interviniente, pero que sólo es parte si formula querrela e interpone una acusación. 4. Tercero. Tercero, por exclusión, es aquella persona que no es parte ni interviniente en el procedimiento penal³.

También se ha dicho:

“debe considerarse la utilización de tres conceptos que difieren en cuanto a su alcance, como son los de sujetos procesales, intervinientes y partes. Por sujetos procesales entendemos a todos aquellos que tienen derecho a participar en relación con la persecución penal, sin que se vincule ello con la pertenencia de la pretensión punitiva. Por interviniente se considera a quienes la ley les reconoce su derecho a intervenir dentro del proceso penal desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas por encontrarse relacionados activa o pasivamente con el hecho punible. En este sentido, se nos indica que los intervinientes son aquellas personas con facultades de actuación en el procedimiento, aun cuando no tengan la calidad de parte, como ocurre con la víctima que no ha deducido querrela (...) Finalmente, nos encontramos con el concepto de parte, el que no tiene gran aceptación dentro del proceso penal en atención a que nos encontramos en presencia del Ministerio Público quien no actúa para la protección de intereses particulares, sino de la comunidad en general⁴.”

³ CASTRO (2008), pp. 115-117.

⁴ MATURANA Y MONTERO (2010), pp. 155-156.

Cabe destacar que en derecho comparado se homologan las expresiones sujeto procesal e interviniente. Al respecto un autor señala:

“Considero partícipes o participantes (intervinientes) en el procedimiento penal a aquellas personas que, idealmente, están interesados jurídicamente en el desenlace del procedimiento y que, con el fin de defender esos intereses, cuentan con facultades procesales autónomas, en el sentido de que ellos tienen derecho a intervenir durante todo o casi todo el curso del procedimiento penal. Se trata de aquellas personas que la doctrina estudia casi siempre bajo el rubro de sujetos procesales, aunque pueda existir alguna discrepancia acerca del contenido exacto del concepto”⁵.

En los otros procedimientos penales existentes en Chile, regulados por el *Código de Procedimiento Penal*⁶ y *Código de Justicia Militar*⁷, tampoco existe referencia al *Amicus Curiae*.

De esta forma, en sede penal, el *Amicus Curiae* –que solo entrega una opinión especializada– no es sujeto procesal ni interviniente, y tampoco puede ser considerado como tercerista o parte indirecta en los términos de los artículos 22 a 24 del *Código de Procedimiento Civil*⁸.

Desde un punto de vista de la historia del *Amicus Curiae*,

“sus antecedentes más remotos se encuentran en el derecho romano, cuando los jueces consultaban a los abogados de reconocida trayectoria para recibir consejo respecto de la solución del caso. Luego se incorpora especialmente en las legislaciones del Common Law, como Inglaterra, Canadá y muy especialmente en la legislación estadounidense donde ha tenido su mayor desarrollo”⁹.

2. CONSAGRACIÓN POSITIVA

En el artículo 2.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) promulgada por el DS n.º 873/1990 del Ministerio de

⁵ MAIER (2003), p. 183.

⁶ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 19 de febrero de 1906.

⁷ DS n.º 2226/1944 del Ministerio de Defensa Nacional, 19 de diciembre de 1944.

⁸ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 30 de agosto de 1902.

⁹ AGUIRREZABAL (2016), p. 24.

¹⁰ Aprobado por la Corte en su lxxxv período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

Relaciones Exteriores¹¹, aplicable en virtud del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República, expresamente se reconoce la figura del *Amicus Curiae*:

“(…) significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”.

En cuanto a la consagración positiva nacional, la figura del *Amicus Curiae* se haya recogida en el artículo 6° n.° 9 de la Ley n.° 20730¹² que regula el *lobby*, en el artículo 19 de la Ley n.° 20600¹³ que crea los Tribunales Ambientales, norma esta última donde en lo pertinente se estatuye que:

“(…) cualquier persona, natural o jurídica, que no sea parte en el proceso, que posea reconocida idoneidad técnica y profesional en la materia objeto del asunto sometido al conocimiento del Tribunal Ambiental y que invoque la protección de un interés público, podrá presentar, por escrito y con patrocinio de abogado, una opinión con sus comentarios, observaciones o sugerencias. La opinión escrita deberá acompañarse de tantas copias como partes litigantes hubiere, y de los antecedentes que acrediten la idoneidad técnica y profesional de quien la emite. La entrega de la opinión escrita no suspenderá ni alterará la tramitación del procedimiento, pero el tribunal deberá considerarla en la sentencia definitiva. La presentación de la opinión escrita no conferirá a quien la haya emitido la calidad de parte, ni le otorgará ninguna posibilidad de actuación adicional en el proceso”,

y en el artículo 4° letra j) de la Ley n.° 21067¹⁴ que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, donde se establece que corresponderá especialmente a esa Defensoría:

“Actuar como *amicus curiae* ante los tribunales de justicia, pudiendo realizar presentaciones por escrito que contengan su opinión con comentarios, observaciones o sugerencias en los casos y las materias relativas a su competencia. La presentación de la opinión escrita no conferirá a la Defensoría la calidad de parte ni suspenderá o alterará la tramitación del procedimiento. El tribunal deberá siempre pronunciarse respecto de

¹¹ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de enero de 1991.

¹² *Op. cit.*, 8 de marzo de 2014.

¹³ *Op. cit.*, 28 de junio de 2012.

¹⁴ *Op. cit.*, 29 de enero de 2018.

dicha opinión en la sentencia. No podrá ejercerse esta facultad cuando la Defensoría haya actuado en el juicio de cualquier forma”.

Asimismo, se halla presente esta institución procesal en diversos tratados internacionales ratificados por Chile: artículo 9.20 n.º 3 del Acuerdo de Libre Comercio con Colombia, promulgado por el DS n.º 54/2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁵; artículo 10.20 n.º 2 del Tratado de Libre Comercio con Australia, promulgado por el DS n.º 30/2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁶; artículo 11.20 n.º 3 del Acuerdo de Libre Comercio con Perú, promulgado por el DS n.º 12/2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁷; Anexo 13.9 n.ºs 32-35 del Tratado de Libre Comercio con Panamá, promulgado por el DS n.º 25/2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁸; Anexo 15.B n.ºs 34-37 del Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica y otros, promulgado por el DS n.º 354/2006 del Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁹ y artículo 10.19 n.º 3 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América, promulgado por el DS n.º 312/2003 del Ministerio de Relaciones Exteriores²⁰.

Por otro lado, en la legislación nacional, específicamente en los artículos 228 a 230 y 805 del *Código de Procedimiento Civil* en relación con el artículo 372 n.º 6 del *Código Orgánico de Tribunales*²¹, se contempla la posibilidad de que terceros emitan pronunciamientos jurídicos a través de Informes en Derecho.

3.- PROCEDENCIA DEL *AMICUS CURIAE*

Al tiempo de estudiar el procedimiento penal se afirma:

“aunque la sentencia consiga establecer la culpabilidad del acusado, el juicio sólo será adecuado al ordenamiento procesal (principio de formalidad), cuando ninguna garantía formal del procedimiento haya sido lesionada en perjuicio del imputado. En un procedimiento penal propio del Estado de Derecho, la protección del principio de formalidad no es menos importante que la condena del culpable y el restablecimiento de la paz jurídica”²².

¹⁵ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 8 de mayo de 2009.

¹⁶ *Op. cit.*, 6 de marzo de 2009.

¹⁷ *Op. cit.*, 28 de febrero de 2009.

¹⁸ *Op. cit.*, 7 de marzo de 2008.

¹⁹ *Op. cit.*, 8 de noviembre de 2006.

²⁰ *Op. cit.*, 31 de diciembre de 2003.

²¹ *Op. cit.*, 9 de julio de 1943.

²² ROXIN (2001), p. 2.

Lo anterior implica cautelar el derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 19 n.º 3 de la Constitución Política de la República –donde se estipula la exigencia de que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”–, y también en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) promulgado por el DS n.º 778/1976 del Ministerio de Relaciones Exteriores²³ y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), aplicables estas últimas normas en virtud del artículo 5º inciso 2º de la Constitución. Además, en el artículo 373 letra a) del *Código Procesal Penal* se señala como causal de nulidad del juicio oral y de la sentencia

“cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Luego, no se advierte de qué forma la intervención de un *Amicus Curiae*, que solo da una opinión, puede significar una infracción de derechos fundamentales. Por el contrario, que el tribunal llamado a resolver un asunto, en especial donde existe un interés público, cuente con la mayor cantidad de conocimientos especializados fácticos y jurídicos –aportados por el *Amicus Curiae*– que conllevaría emitir resoluciones razonadas, justas y jurídicamente sustentables, implica resguardar el derecho al debido proceso de los involucrados.

Así, no vislumbrándose algún inconveniente de orden constitucional, convencional o legal con la admisión del *Amicus Curiae*, y realizando una interpretación conforme al elemento sistemático contenido en los artículos 22 inciso 2º y 24 del *Código Civil*²⁴, se extrapola la aplicación de este instituto procesal en materias diversas. A su turno, en doctrina se ha expresado:

“(…) si ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe la posibilidad de comparecer en calidad de amicus y si llegar con un caso ante ella supone el agotamiento previo de los recursos internos del Estado demandado –requisito este último concedido, según la Corte, en interés del propio Estado–, resulta entonces absurdo prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse en calidad de amicus ante los tribunales internos (oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación en sede interna) y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la Corte por la imputación de los mismos hechos. Además, y siendo la instancia inte-

²³ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 24 de abril de 1989.

²⁴ Santiago, 1 de enero de 1857.

americana coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno, parece razonable –sostienen– ofrecer a los grupos o instituciones interesados en articular opiniones fundadas sobre la materia en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede interna que la que tienen en sede internacional, adelantando ante los tribunales locales argumentos que eventualmente serán considerados por la Corte Interamericana”²⁵.

Coadyuva a este entendimiento de permitir la intervención del *Amicus Curiae*, el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 19 n.º 12 de la Constitución Política de la República en relación con el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), aplicables en virtud del artículo 5º inciso 2º de la Constitución, normas que en lo sustancial establecen que el citado derecho comprende

“la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Asimismo, el artículo 19 n.º 14 de la Constitución Política de la República, consagra el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

En cuanto a la relación entre el aforismo latino *iura novit curia*, que significa que “el juez conoce el Derecho”, y el *Amicus Curiae*, se ha sostenido:

“de ninguna manera cabría predicar de la figura incompatibilidad con el principio *iura novit curia*, dado que el magistrado actuante jamás debe abdicar de su obligación de seleccionar y aplicar el derecho pertinente para resolver el caso, independientemente de si aquél coincide o no con la argumentación traída por el *amicus*. Además, esgrimir una posición tan conservadora y prejuiciosa (sobre un pretendido atentado contra la materia procesal subyacente tras aquella máxima latina), paralelamente a dar curso a un formalismo cuando menos objetable, dejaría traslucir un trasfondo de soberbia al considerar –erróneamente– que el juez conoce todo el derecho, al tiempo que supondría una nota de infalibilidad que no casaría adecuadamente con la implementación de una estructura procesal recursiva (ordinaria y extraordinaria) para revisar defectos,

²⁵ BAZÁN (2004), p. 268.

excesos y demás imperfecciones plasmados en las sentencias por los respectivos jueces de las instancias inferiores”²⁶.

A mayor abundamiento, el *Código Penal*²⁷ en los artículos 223 n.º 1 y 224 sanciona como delito la realización por jueces de actuaciones judiciales “por negligencia o ignorancia inexcusables”, de lo que se colige, *a contrario sensu*, que aun para los magistrados hay casos en que el desconocimiento del derecho es excusable, refrendándose así la idea de lo útil que puede resultar la colaboración del *Amicus Curiae*, lo que va en la misma línea de los informes en derecho.

En relación con lo anterior, el *Código de Ética Profesional* 2011 del Colegio de Abogados de Chile²⁸, en su artículo 93 prescribe:

“El abogado debe prestar apoyo a la magistratura. La actitud del abogado ha de ser de deferente independencia con los jueces y funcionarios administrativos, manteniendo siempre la más plena autonomía en el libre ejercicio de su ministerio”.

A su turno, según el artículo 70 del *Código Iberoamericano de Ética Judicial*²⁹,

“el juez debe mantener una actitud abierta y paciente para escuchar o reconocer nuevos argumentos o críticas en orden a confirmar o rectificar criterios o puntos de vista asumidos”.

Asimismo se señala como el quinto mandamiento del abogado ser

“leal para con el Juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices; y que, en cuanto al Derecho, alguna que otra vez, debe confiar en el que tú le invocas”³⁰.

Por otro lado, reafirmando el interés de la judicatura por contar con la intervención del *Amicus Curiae*, la E. Corte Suprema el 7 de octubre de 2016 emitiendo el informe proyecto de ley 38-2016³¹ de conformidad al artículo 77 de la Constitución Política de la República y artículo 16º de la Ley n.º 18918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional³², respecto del proyecto de ley que crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, *Boletín* 10584-07, expresó:

²⁶ BAZÁN (2004), p. 268.

²⁷ Santiago, 12 de noviembre de 1874.

²⁸ Vigente a partir del 1 de agosto de 2011.

²⁹ Adoptado el 22 de junio de 2006 por la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, en Santo Domingo, República Dominicana.

³⁰ COUTURE (2003), pp. 12-13.

³¹ Oficio n.º 147-2016 de 11 de octubre de 2016.

³² *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 5 de febrero de 1990.

“Decimoquinto: Que la atribución de actuar como *amicus curiae* aparece contemplada en la letra h) del artículo 4º, que establece que en esa calidad, la Defensoría puede realizar presentaciones por escrito que contengan su opinión con comentarios, observaciones o sugerencias en los casos y las materias relativas a su competencia. Ciertamente, en materia de infancia, y en atención a la necesidad de que el tribunal cuente con las herramientas y conocimientos especializados sobre los derechos del niño, niña y adolescentes, parece aconsejable contar con la institución del *amicus curiae*, como recomienda el Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 2 (2002), punto 19, letra r). Sin embargo, sería conveniente incorporar una norma semejante a la contenida en el artículo 19 de la Ley 20.600, que al regular la institución del *amicus curiae* respecto de los tribunales ambientales impone al juez la obligación de hacerse cargo en la sentencia definitiva de la opinión vertida por el Defensor, con el objeto de evitar que se transforme en un trámite meramente formal y carente de utilidad deliberativa de cara a la solución del caso”.

En jurisprudencia nacional se ha admitido la participación del *Amicus Curiae* en diversos procesos, entre otros: E. Corte Suprema, roles 5888-2019 el 11 de abril de 2019 resolviendo “tégase presente en la vista de la causa”; 15163-2018 (caso Luchsinger Mackay) el 21 de agosto de 2018: “a todo, tégase presente”; y 8134-2018 el 16 de mayo de 2018 proveyendo “tégase presente”; S. E. Tribunal Constitucional, roles 3205, el 15 y 22 de noviembre de 2016; 3056 el 14 de junio de 2016; 2970 el 9 de marzo de 2016 donde se proveyó

“teniendo presente lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, no ha lugar a ser tenido como parte en el presente proceso de inaplicabilidad, sin perjuicio de aceptarse su participación en el proceso como ‘*amicus curiae*’”;

2800 el 25 de agosto de 2015; 2777 el 10 de marzo de 2015 donde se proveyó

“2º. Que esta Magistratura estima que puede contribuir a la mejor resolución de este proceso constitucional el oír también a aquellas instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el asunto que debe resolver este Tribunal, que deseen acompañar información y/o exponer sobre la materia jurídico - constitucional de autos, en la forma y oportunidad que se determinarán en la presente resolución”

y 17 de marzo de 2015; y 740 el 7 de septiembre de 2007 y 22 de octubre de 2007; I. Corte de Apelaciones de Santiago, roles protección -ant- 148237-

2013 el 25 de marzo de 2014; y protección -ant- 3533-2012 el 2 de abril de 2012; I. Corte de Apelaciones de Temuco, rol reforma procesal penal -ant- 388-2012 el 4 de junio de 2012; y Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 1610042350-6 / RIT O-12758-2016 (Caso Exalmar que involucraba al Presidente de la República y un Diputado), 4 de enero de 2018, resolviéndose en esta causa “Téngase presente”. De los casos mencionados, conviene destacar lo resuelto por S. E. Tribunal Constitucional en autos rol 3056 el 14 de junio de 2016 donde compareció como *Amicus Curiae* la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, autorizándose a “ser oído en audiencia pública”; y en caso rol 1723, el 28 de septiembre de 2010:

“TERCERO: Que esta Magistratura Constitucional estima que puede contribuir a la mejor resolución de este proceso oír, también, a aquellas personas, instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el proceso constitucional que, contando con información especializada sobre la materia de autos, deseen acompañarla o exponerla en la forma y oportunidad determinadas en la presente resolución (...)”.

Por otro lado, han existido procesos donde los tribunales han rechazado la intervención del *Amicus Curiae*. Así, E. Corte Suprema, rol 11299-2014, 25 de junio de 2014:

“Atendido lo resuelto por el Tribunal Pleno en acuerdo de fecha 22 de noviembre de 2013, comunicado al Instituto Nacional de Derechos Humanos mediante oficio de 26 de noviembre de 2013, a todo no ha lugar. Prescíndase del informe y devuélvase”;

I. Corte de Apelaciones de Chillán, rol penal -138-2018 (Gendarmes condenados por apremios ilegítimos a presos), 9 de mayo de 2018: “A toda la suma: No ha lugar”; I. Corte de Apelaciones de Temuco, rol penal -312-2018 (Operación Huracán), 13 de abril de 2018: “A lo principal, primer y segundo otrosí: No ha lugar a todo por improcedente”; Juzgado de Garantía de Temuco, RUC 1810002236-9 / RIT O-410-2018 (Operación Huracán), 14 de marzo de 2018: “No siendo interviniente en ésta causa, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 del Código Procesal Penal, a todo: No ha lugar”; y Octavo Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 1610015512-9 / RIT O -3799-2016 (Injurias de un Diputado a un conocido empresario), 6 de enero de 2017:

“A lo principal, primero, segundo y tercer otrosí: Tratándose en el fono de una acción penal privada y no de un asunto de público interés ni socialmente sensible –conceptos contenidos en las citas jurisprudenciales y doctrinarias expuestas por el compareciente– y no encuadrándose su posición en las que conceptualiza como ‘interviniente’ el artículo 12 del Código Procesal Penal en forma taxativa, no ha lugar” (sic).

El *Amicus Curiae* también cumple el papel de hacer viable institucionalmente la participación ciudadana. De ahí que se diga:

“se convierte tanto en un mecanismo procesal idóneo para asistir la decisión de la judicatura, por la vía de suministrar elementos de juicio para dar lugar a una sentencia justa, como en un medio de abrir a la opinión pública el debate en una causa de interés general, fortaleciendo tanto a la transparencia y legitimidad del poder judicial ante la comunidad como el necesario diálogo cívico de la democracia”³³.

La participación ciudadana en asuntos judiciales a través de la institución del *Amicus Curiae* ha ido adquiriendo tal relevancia, que en el proyecto de Reforma Constitucional de 11 de junio de 2015, *Boletín* 10193-07, se incorpora a la Carta Fundamental el siguiente artículo 78:

“Las personas que no fueran parte en el pleito, pueden presentarse en cualquier grado jurisdiccional en calidad de Amigo del Tribunal (*amicus curiae*), en todos los procesos judiciales en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general”.

Si comparece como *Amicus Curiae* una organización no gubernamental, además la solicitud está amparada por el artículo 1º inciso 3º de la Constitución, norma que prescribe:

“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 únicos propios fines específicos”.

Ahora bien, a diferencia de los particulares, tratándose de organismos públicos, atendido el principio de legalidad establecido en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, lo cierto es que solo pueden obrar como *Amicus Curiae* si dicha actuación se encuadra dentro las atribuciones que la ley le confiere al respectivo organismo. Un ejemplo de aquello es lo establecido en el artículo 3º de la Ley n.º 20405³⁴ del Instituto Nacional de Derechos Humanos:

“Le corresponderá especialmente al Instituto (...) 2.- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país (...) 3.- Proponer a los órganos del Estado las medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos”.

³³ Informe sobre la procedencia del *Amicus Curiae* en causas seguidas ante tribunales chilenos, *Libertades Públicas*, mayo 2011.

³⁴ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 10 de diciembre de 2009.

4. PARTICULARIDADES DEL *AMICUS CURIAE*

Al no ser el *Amicus Curiae* un interviniente, y no habiendo normas como las contempladas en la Ley n.º 20600 y en la Ley n.º 21067, que imponen al juez el deber de pronunciarse sobre la opinión del *Amicus Curiae*, dicha presentación constituye un antecedente que el sentenciador ha de oír tal como si uno de los intervinientes invocara, verbigracia, un texto doctrinario. No puede constituir un medio de prueba al no provenir de los intervinientes, sin perjuicio de que si versa sobre puntos de derecho tampoco puede ser un elemento probatorio, pues el derecho nacional no requiere ser probado. Así, se ha dicho respecto de los informes en derecho que “se trata de una prueba que no se puede utilizar en nuestro sistema jurídico bajo ningún respecto en el juicio oral”³⁵. También se afirma en relación con el *Amicus Curiae* que “su intervención no se rige por las reglas comunes de las tercerías, podría decirse que es una intromisión en un litigio de índole sui generis”³⁶.

A su turno, atendido que el *Amicus Curiae* no es parte ni tercerista en sentido estricto, tradicionalmente se ha sostenido:

“la actuación del amicus debe ser, entonces, totalmente imparcial. Si por ventura su opinión se manifiesta a favor de un determinado sentido, su presentación debe ser rechazada. A la postre, son simplemente colaboradores informales del tribunal, y repetimos, sin integrar la relación procesal (...) La aludida competencia o idoneidad que debe poseer el amicus debe acreditarse”³⁷.

Sin embargo, la institución ha ido experimentado variaciones, y

“en esta evolución ha dejado de lado el amicus su carácter primigenio de imparcialidad, convirtiéndose –desde el punto de vista de nuestra legislación procesal civil– en un tercero coadyuvante, de modo tal que su intervención es interesada y comprometida”³⁸.

Y se agrega:

“hoy las legislaciones han superado la exigencia original de neutralidad que se requería del amicus curiae, porque ‘argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia’. De ahí que parte de la doctrina señala que más que un amigo de la Corte, resulta ser un amigo de la causa”³⁹.

³⁵ DUCE (2016), p. 325.

³⁶ OBERG (2016), p. 300.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Op. cit.*, pp. 301-302.

³⁹ AGUIRREZABAL (2016), p. 28.

Respecto a la relevancia de no ser interviniente, el I. Tercer Tribunal Ambiental, en caso R-3-2014, el 29 de octubre de 2014 ha dicho:

“el solicitante no es parte en el proceso, no ocurre en apoyo de ninguna parte, ni se encuentra financiado por alguna de ellas, circunstancia esta última de suma importancia, pues de ser así, el solicitante no sería más que una extensión de los intereses de la parte que lo financia, lo que contraría el requisito del interés público que más adelante referiremos. Del mismo modo, el solicitante no es una potencial parte que perdió su oportunidad procesal para serlo, y que por la vía del *amicus curiae* quiera subsanar su propia torpeza”.

Otra característica del *Amicus Curiae* es su idoneidad profesional. Así:

“la opinión o parecer que emita debe provenir de una persona –natural o jurídica– que tenga una reconocida competencia, técnica o profesional sobre la cuestión debatida en el pleito. Lo que originalmente lleva al *amicus* a intervenir en un pleito es su espíritu altruista, un interés público –lo que puede asimilarlo a una acción popular–, más aún cuando dicha intervención tiene un carácter gracioso, pues no genera derecho a honorarios ni costos”⁴⁰.

En lo tocante al concepto de interés público, el I. Tercer Tribunal Ambiental, en caso R-3-2014, el 29 de octubre de 2014 ha afirmado:

“la idea de interés público excluye al interés privado, por lo que cualquier atisbo de parcialidad deberá impedir que una solicitud de *amicus curiae* tenga otro destino que ser rechazada (...) el amigo del tribunal busca la protección y bienestar de la sociedad considerada como un todo (...) el *amicus curiae* debe indicar en forma concreta cómo su opinión experta puede colaborar con el interés público, que a su juicio se encuentra comprometido”.

A su vez, debe tenerse presente que la misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, entendiendo esto último como “un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente”⁴¹, concepto donde emerge con claridad la existencia del interés público en materia penal, interés que queda especialmente de manifiesto en aquellos casos en que están involucrados organismos o funcionarios públicos; cuando se trata de delitos en que la ley concede acción popular para presentar querrela, verbigracia, artículo 111 inciso 2º del *Código Procesal*

⁴⁰ OBERG (2016), p. 300.

⁴¹ GARRIDO (2010), p. 63.

Penal y artículo 51 inciso 2° del DFL n.° 5/2017 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.° 18556, Orgánica Constitucional sobre sistema de inscripciones electorales y Servicio Electoral⁴² y, en general, cuando son hechos de connotación social. Normalmente estos casos son objeto de difusión por el mismo Poder Judicial a través de sus canales de comunicación, haciendo así partícipe a la sociedad de los pormenores de los procesos.

En lo relativo al contenido de la opinión que da el *Amicus Curiae*, entendemos que esta no necesariamente debe recaer sobre puntos de derecho. Así, el I. Tercer Tribunal Ambiental, en caso R-3-2014, el 29 de octubre de 2014, ha dicho que “el Tribunal no solo requiere de amigos que le ilustren sobre algunos aspectos del derecho, sino que además sobre aspectos no legales o técnicos”.

Conviene aquí hacer presente que no debe confundirse la institución del *Amicus Curiae*, con las denominadas acciones populares, es decir, “aquellas que se hacen valer por cualquiera persona del pueblo en el solo interés de la comunidad”⁴³, puesto que, si bien ambas tienen como fundamento el interés público, sucede que la presentación del *Amicus Curiae* no constituye una acción, la que se entiende como

“la facultad que tiene una persona para presentarse ante los tribunales de justicia solicitando el reconocimiento o la declaración del derecho que cree tener”⁴⁴.

Se ha dicho que el *Amicus Curiae* no requiere patrocinio de abogado a la luz del artículo 1° de la Ley n.° 18120⁴⁵, pues, si bien

“es cierto que el informe es una presentación escrita que se presenta ante un tribunal, empero ha quedado dicho que el amicus no es parte ni tampoco interesado, por lo cual no tendría que cumplir con esta obligación, siendo suficiente su comparecencia personal”⁴⁶.

En el escrito de *Amicus Curiae* ante tribunales con competencia penal, resulta pertinente justificar la procedencia o viabilidad procesal de esta figura, el interés público existente en el caso concreto, junto con indicar los antecedentes que den cuenta de la idoneidad profesional del *Amicus Curiae*, y en la parte petitoria o súplica solo se debe pedir tenerlo presente.

⁴² *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 6 de septiembre de 2017.

⁴³ CASARINO (2005), p. 62.

⁴⁴ *Op cit.*, p. 57.

⁴⁵ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 18 de mayo de 1982.

⁴⁶ OBERG (2016), p. 301.

Sin perjuicio de que en virtud del artículo 31 del *Código Procesal Penal*, artículo 8º de la Ley n.º 20886⁴⁷ y artículo 67 y siguientes del auto acordado contenido en el acta n.º 71-2016 de la E. Corte Suprema⁴⁸, la facultad de proponer una forma de notificación electrónica la tienen solo los intervinientes, y que de conformidad al artículo 56 del *Código de Procedimiento Civil*, aplicable de acuerdo con el artículo 52 del *Código Procesal Penal*,

“las notificaciones que se hagan a terceros que no sean parte en el juicio, o a quienes no afecten sus resultados, se harán personalmente o por cédula”;

es dable solicitar, de acuerdo al derecho de petición reconocido en el artículo 19 n.º 14 de la Constitución Política de la República sumado al principio de economía procesal, que la notificación de la resolución que recaiga en la presentación del *Amicus Curiae*, sea a través de correo electrónico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2016): “Aspectos procesales de la incorporación del Amicus Curiae al proceso que persigue la reparación del daño medioambiental”, en *Cuadernos de extensión jurídica*, n.º 28, Universidad de Los Andes.
- BAZÁN, Víctor (2004): “Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*. Disponible en www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/10599.pdf
- BAZÁN, Víctor (2009): “¿De qué hablamos cuando hablamos de amicus curiae?”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 71, Universidad de Chile. Disponible en <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/35689/37357>
- CASARINO VITERBO, Mario (2005): *Manual de derecho procesal. Derecho procesal civil*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo III.
- CASTRO JOFRÉ, Javier (2008): *Introducción al derecho procesal penal chileno* (Legal Publishing Chile, Santiago).
- COMISIÓN AMICUS CURIAE (2012): “Informe sobre la procedencia del Amicus Curiae en causas seguidas ante tribunales chilenos”, en *Libertades Públicas*, n.º 4. Disponible en <https://doctrina.vlex.cl/vid/amicus-curiae-seguidas-tribunales-chilenos-496949470>
- COUTURE, Eduardo J. (2003): *Los mandamientos del abogado* (México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México).

⁴⁷ *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 18 de diciembre de 2015.

⁴⁸ *Op. cit.*, 8 de julio de 2016.

- DUCE JULIO, Mauricio (2016): “Los informes en Derecho Nacional y su admisibilidad como prueba a juicio en el proceso penal chileno”, en *Revista de Derecho*, vol. 29, n.º 1, Universidad Austral de Chile. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502016000100014
- GARRIDO MONTT, Mario (2010): *Derecho penal, parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- MAIER, Julio (2003): *Derecho procesal penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto), tomo II.
- MATURANA MIQUEL, Cristián y Raúl MONTERO LÓPEZ, (2010): *Derecho procesal penal*, (Santiago, Legal Publishing Chile), tomo I.
- OSBERG YÁÑEZ, Héctor (2016): “Amicus curiae”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 33, Universidad del Desarrollo.
- ROXIN, Claus (2001): *Derecho procesal penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto).

Normas citadas

- Código Civil*, DFL N° 1 del Ministerio de Justicia, 30 de mayo de 2000.
- Código de Ética Profesional 2011* del Colegio de Abogados de Chile, 1 de agosto de 2011.
- Código de Procedimiento Civil*, ley n.º 1.552 del Ministerio de Justicia, 30 de agosto de 1902.
- Código de Procedimiento Penal*, ley n.º 1.853 del Ministerio de Justicia, 19 de febrero de 1906.
- Código Iberoamericano de Ética Judicial*, 2 de abril de 2014.
- Código de Justicia Militar*, Decreto N° 2.226 del Ministerio de Justicia, 19 de diciembre de 1944.
- Código Orgánico de Tribunales*, Ley N° 7.421 del Ministerio de Justicia, 9 de julio de 1943.
- Código Penal* del Ministerio de Justicia, 12 de noviembre de 1874.
- Código Procesal Penal*, Ley N° 19.696 del Ministerio de Justicia, 12 de octubre de 2000.
- Constitución Política de la República de Chile, decreto n.º 100 del Ministerio de secretaría general de la presidencia, 22 de septiembre de 2005.
- DFL n.º 5/2017 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 6 de septiembre de 2017.
- DS n.º 12/2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 28 de febrero de 2009.
- DS n.º 25/2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 7 de marzo de 2008.
- DS n.º 30/2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 6 de marzo de 2009.

- DS n.º 54/2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 8 de mayo de 2009.
- DS n.º 312/2003 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 31 de diciembre de 2003.
- DS n.º 354/2006 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 8 de noviembre de 2006.
- DS n.º 778/1976 del Ministerio de Relaciones Exteriores, 29 de abril de 1989.
- DS n.º 873/1990, Ministerio de Relaciones Exteriores, 5 de enero de 1991.
- Ley n.º 18120 establece normas sobre comparecencia en juicio y modifica los artículos 4º del Código De Procedimiento Civil y 523 del Código Orgánico De Tribunales, 18 de mayo de 1982.
- Ley n.º 18918 ley orgánica constitucional del Congreso Nacional, 5 de febrero de 1990.
- Ley n.º 20405 del instituto nacional de derechos humanos, 10 de diciembre de 2009.
- Ley n.º 20600 crea los tribunales ambientales, 28 de junio de 2012.
- Ley n.º 20730 regula el lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, 8 de marzo de 2014.
- Ley n.º 20886 modifica el código de procedimiento civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales, 18 de diciembre de 2015.
- Ley n.º 21067 crea la Defensoría de los Derechos de la Niñez, 29 de enero de 2018.
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 al 28 de noviembre de 2009.

Jurisprudencia citada

- CORTE SUPREMA (2016): Acta N° 71-2016, auto acordado que regula el funcionamiento de tribunales que tramitan electrónicamente, 16 de junio de 2016.
- CORTE SUPREMA (2016): Informe proyecto de ley 38-2016, oficio n.º 147-2016, 11 de octubre de 2016.

ALGUNAS NOTAS EN TORNO A LAS NOCIONES DE *IUS* Y *IUSTITIA* EN D.1.-

SOME NOTES ABOUT THE NOTIONS OF *IUS* AND *IUSTITIA* EN D.1.

*Benjamín Musso Arratia**

RESUMEN: Comenzaremos estudiando el concepto celsino de *ius*, luego haremos lo propio con el concepto de *iustitia*, examinando las teorías de la justicia dadas por Aristóteles y cómo ellas se reflejan en los pasajes ulpianos; a continuación, diremos algunas palabras relativas a la labor que le corresponde a la jurisprudencia y al jurista para relacionar ambos conceptos en la filosofía jurídica romana.

PALABRAS CLAVE: *Ius* - *Iustitia* - *Aequitas* - *Iurisprudentia*

ABSTRACT: For our work we will start studying the Celsius' concept of *Ius*, then we will do the same with the concept of *iustitia*, examining the theories of justice given by Aristotle and how they relate in the Ulpian passages, then we will say some words that correspond to the jurisprudence and the jury to relate both concepts in Roman legal philosophy.

KEYWORDS: *Ius* - *Iustitia* - *Aequitas* - *Iurisprudentia*

En el libro primero de *Institutionum* (D.1.1.1.-) el jurista Ulpiano cita a Celso con su famosa definición del derecho como un *ars boni et aequi*. Ahora bien, lo llamativo del pasaje no es únicamente la definición celsina del *ius*, sino la construcción del discurso que hace Ulpiano para llegar a ella.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo; profesor de Derecho Romano, Universidad del Desarrollo; alumno del Programa de Doctorado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario Conicyt PFCHA/Doctorado Nacional 2018-21181349. Correo electrónico: bmusso@uc.cl. Agradezco los comentarios de mis ayudantes, Abraham Navarro y Cristóbal Labra.

Dice el pasaje:

Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum; nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi ¹ .	Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de dónde proviene la palabra ius (derecho). Llámase así de iustitia (justicia); porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y lo equitativo.
--	---

Si nos damos cuenta, Ulpiano nos dice que derecho (*ius*) proviene de justicia (*iustitia*) y para dar razón de tal afirmación, recurre al concepto celsino. Por ende, cabe preguntarse qué quiere decir Celso cuando define el derecho como un *ars boni et aequi* y luego, si existe tras el pensamiento romano clásico alguna teoría de la justicia. Finalmente cabe preguntarse qué papel desempeña el jurista romano en la vinculación *ius-iustitia*; creemos que, despejando dichas interrogantes podremos acercarnos al elemento unificador entre tales conceptos que esclarezca en qué sentido el derecho se llama así de la justicia.

1. IUS: ARS BONI ET AEQUI

Ius puede significar muchas cosas, ya que los romanos –a quienes se les reconoce por ser esencialmente prácticos– no eran dados a definir sus instituciones jurídicas². En ese orden de ideas, Javoleno sostenía que *toda definición en el “Derecho civil es peligrosa”*³ justificando ello en que siempre podían ser alteradas. A los romanos no les interesaba mucho lo que las cosas son, sino para qué sirven, ello explica, por ejemplo, que no definan el dominio, sino que lo reconozcan por los poderes que tal derecho otorga a su titular. Recordemos que el derecho romano es un derecho casuístico, que nace de la solución que los juristas dan a situaciones concretas. Así las cosas, lo primero que podemos señalar del *ius* es su indefinición.

En las fuentes romanas el vocablo *ius* aparece referido en reiteradas ocasiones, cambiando su significancia dependiendo del contexto en el que su utilice, así como de la época de la fuente de que se trate. Por tanto, *ius* podría estar confundido con *fas* o con *mos*, o referido a *lex*; podría estar propiamente referido a derecho en alguna de sus múltiples clasificaciones, etcétera. Prueba de ello es un pasaje paulino en el cual el jurista, en su

¹ D. 1, 1, 1.- Ulp. 1 inst.

² AMUNÁTEGUI (2016), p. 19.

³ D. 50, 17, 202, 0 Iav. 11 epist.- *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset.*

comentario *Ad sabinum* comienza diciendo: “Llámesse derecho de varias maneras...”⁴. Pudiendo identificarse así en un sentido objetivo como “ordenamiento jurídico”⁵ (*v.gr. ius civile, ius gentium, ius honorarium, etc.*), como una facultad de obrar reconocida por el derecho, pero no desde un carácter subjetivo, sino siempre desde una posición objetiva (como serían el *ius utendi, ius fruendi, ius abutendi, ius in re aliena, ius possidendi, etc.*), como el lugar donde se administra justicia (de donde vendría la *in ius vocatio*, por ejemplo), entre otras muchas formas de referirnos al *ius*, que no viene al caso ahondar más en ellas.

Como señalamos en un comienzo, Celso, citado por Ulpiano en el *Digesto*, ha definido el derecho como el “arte de lo bueno y equitativo” (*ars boni et aequi*) rompiendo en parte con esta suerte de regla general de indefinición de conceptos en el derecho romano, por un lado, y proveyéndonos de una definición que podría pensarse es más teórica que práctica al vincular las ideas de derecho y justicia, pero que a juicio de Salvatore Riccobono tiene un alto contenido técnico-jurídico⁶, sobre lo que volveremos más adelante.

Un análisis pormenorizado del concepto celsino lo ha hecho Carlos Amunátegui, el que, *grosso modo*, señala que *ars* debe entenderse en el sentido grecolatino de la palabra, donde arte tiene relación con un proceso creativo, guiado por la lógica, capaz de producir una nueva realidad. Así, el

⁴ D. 1, 1, 11, pr, Paul. 14 ad Sab.- “Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit, relatione scilicet facta non ad id quod ita praetor fecit, sed ad illud quod praetorem facere convenit. alia significatione ius dicitur locus in quo ius redditur, appellatione collata ab eo quod fit in eo ubi fit. quem locum determinare hoc modo possumus: ubicumque praetor salva maiestate imperii sui salvoque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur” (“dícese derecho en varias acepciones. En una, cuando se llama derecho lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural; en otra, lo que en cada ciudad es útil para todos o los más, cual es el derecho civil; y no menos rectamente se llama derecho en nuestra ciudad el derecho honorario. Dicese también que el pretor administra derecho, aun cuando decide injustamente, atendiendo, por supuesto, no a lo que de tal manera hizo el pretor, sino a lo que convino que el pretor hiciera. En otra significación llámesse derecho al lugar en que se administra el derecho, aplicando el nombre de lo que se hace al lugar en donde se hace; cuyo lugar podemos determinar de este modo: donde quiera que el pretor, salva la majestad de su jurisdicción y salva la costumbre de los mayores, determina pronunciar derecho, este lugar se llama con razón ius (derecho)”).

⁵ V. Gr, Gai. Inst. 1,2.- “constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium” (“El derecho del pueblo romano se funda en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los príncipes, en los edictos de los que tienen derecho de dar edictos y en la respuesta de los prudentes”).

⁶ Véase RICCOBONO (1948), p. 5 y ss.

derecho cambia el mundo circundante al establecer un sistema de reglas. Lo relevante en el concepto es el proceso creativo lógico, por lo que no es raro que “arte” se traduzca en el mundo romano como una técnica (*techné*), incluso, algunas traducciones de la definición de Celso hablan derechamente de técnica: *derecho es la técnica de lo bueno y equitativo*⁷.

Pietro Cerami, a este respecto hace una distinción referente a dos momentos distintos en la experiencia jurídica romana en cuanto a la forma de entender el *ars*. Señala este autor que durante el primer siglo antes de Cristo, la ciencia se ve influenciada por un clima epistemológico intelectual, designándose en términos griegos como *epistémé* o *téchne* que corresponden a las voces latinas de *scientia* y *ars*. Así, la ciencia se define como un sistema que aglutina en forma orgánica lo múltiple en una correlación dogmática autosuficiente de principios y elementos a través de un procedimiento lógico-dialéctico que permita establecer y definir la división de la unificación. Este sistema dialéctico se ve influenciado por la filosofía platónica-aristotélica. Ello cambia en el siglo II d.C por una suerte de escepticismo metodológico que no ve el método dialéctico como un instrumento exclusivo y universal del conocimiento científico, sumado al desarrollo de la medicina como una ciencia dinámica, que se opone a la ciencia estática del epistemologismo. Reconozcamos que el sentido de arte, técnica, sistema o ciencia del vocablo *ars* es una *eterna polémica*⁸.

Cicerón, en su obra *De oratore* aboga por la reducción del *ius* a un *ars* mediante la creación de un sistema de reglas⁹, por lo que siguiendo a Pietro Cerami, debemos ubicarlo en el primer movimiento que entiende el *ars* como un sistema, de modo tal que es forzoso concluir que el Arpinate se ha visto influenciado por el ideal helenístico de inspiración aristotélica. Dice Cicerón

“si me fuera permitido hacer lo que ya hace tiempo pienso, o si cualquier otro me sustituyera por serme imposible o tras mi muerte consiguiera, en primer lugar, disponer todo el derecho en géneros –que son muy pocos–, a continuación hacer como partes de los miembros de esos géneros, y por fin establecer mediante definición la particular esencia de cada una, tendríais una acabada ciencia del derecho, más imponente y rica en posibilidades que difícil y oscura”¹⁰.

Esta idea ciceroniana de arte como ciencia (sistema) se refleja, además, en su obra *De inventione* donde el jurista afirma:

⁷ DOMINGO (2002), p. 125.

⁸ FERNÁNDEZ (2017), p. 35.

⁹ Véase CERAMI (1985), p. 10; AMUNÁTEGUI (2016), p. 20.

¹⁰ CICERÓN (2002), 1, pp. 185-190.

“por manera de ser entendemos una cualidad moral o física permanente y definitiva en algún aspecto determinado, como, por ejemplo, la posesión de alguna virtud o arte, unos conocimientos especiales, e incluso alguna capacidad física que no sea debida a la propia naturaleza sino que ha sido adquirida mediante el esfuerzo y la práctica”¹¹

en el texto latino “practica” se refiere como *scientiam*.

Tal ciencia en el entendido celsino está dada por sus fines: *Bonum et aequum*¹². Carlos Amunátegui entiende que lo bueno y lo igual hacen referencia a dos tipos de justicia aristotélica: la justicia distributiva en lo bueno y la justicia conmutativa dada por lo equitativo¹³.

Lo bueno (*bonum*) busca unificar concepciones jurídicas y morales, sin embargo, lo jurídico y lo moral no necesariamente serán coincidentes, pues el *ius/lex* se aplica sin atención a las convicciones de los destinatarios de él. Paulo –contemporáneo a Ulpiano– sostenía que “no todo lo lícito es honesto”¹⁴ Ulpiano se refiere a lo honesto dentro de sus *precepta iuris*, que analizaremos más adelante¹⁵. Para Amelia Castresana, además, lo bueno se relaciona con la *fides* que las partes se deben en una relación jurídica, apoyando sus dichos en un pasaje de Cicerón en el cual el jurista funda la justicia en la lealtad¹⁶.

Lo equitativo (*aequum*), es el ideal de la justicia que debe inspirar a las normas. En la experiencia jurídica romana la *aequitas* tiene una importancia capital: El pretor, desatendiendo las estrictas normas civiles, la hace primar por sobre la legalidad en varias ocasiones¹⁷, solo por dar un ejemplo, en materia sucesoria corrige al *ius civile*, pues le parece de toda justicia que los parientes cognados sean llamados antes que los agnados a suceder a su padre.

A juicio de Rosario de Castro tanto *bonum* como *aequum* permiten la calificación ética de los actos jurídicos, identificándose lo bueno con la realización del bien común al equilibrar el interés individual con el del colectivo,

¹¹ CICERÓN (1997), 1, pp. 25, 36.

¹² “tale formula si pone, nel contesto del discorso celsino, come precipua qualificazione e specificazione epistemologica del ius in quanto “ars”, in quanto cioè esperienza metodicamente qualificata” véase. CERAMI (1985), p. 19.

¹³ AMUNÁTEGUI (2016), p. 21.

¹⁴ D. 50, 17, 144, 0 Paul. 62 ad ed.- “Non omne quod licet honestum est”.

¹⁵ Véase FERNÁNDEZ (2017), p. 35.

¹⁶ CASTRESANA (2015), p. 94; véase CICERÓN (1946)1, pp. 7, 23.

¹⁷ D. 1, 1, 7, 1 Pap. 2 def. “*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*”. (“Derecho pretorio es el que los pretores introdujeron, por causa de utilidad pública, algunas veces ayudando, supliendo o corrigiendo al derecho civil, y decimos honorario pues se nombra así del honor de los pretores”)

en cambio, lo equitativo permite el equilibrio de intereses contrapuestos¹⁸. La misma idea del equilibrio tiene Amelia Castresana quien establece que lo equitativo es la espiritualización de lo plano que no admite desequilibrios en los platillos de la balanza¹⁹.

Llegado este punto, cabe, entonces, analizar el sentido de justicia en la *forma mentis* romana.

2. IUSTITIA: SUUM CUIQUE TRIBUENDI

Antes de la definición de derecho dada por Celso, en el pasaje en comento, Ulpiano nos dice que el vocablo *ius* proviene de *iustitia* (“*est autem a iustitia appellatum*”) referida por él mismo como la “constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”²⁰ que corresponde a la clásica definición dada por el filósofo Simónides de Ceos, según nos recuerda Platón en *La República*²¹.

Dice Platón (mejor dicho Sócrates²²):

<p>λέγε δὴ, εἶπον ἐγώ, σὺ ὁ τοῦ λόγου κληρονόμος, τί φῆς τὸν Σιμωνίδην λέγοντα ὀρθῶς λέγειν περὶ δικαιοσύνης; ὅτι, ἦ δ' ὄς, τὸ τὰ ὀφειλόμενα ἐκάστῳ ἀποδιδόναι δίκαιόν ἐστι. τοῦτο λέγων δοκεῖ ἔμοιγε καλῶς λέγειν. ἀλλὰ μέντοι, ἦν δ' ἐγώ, Σιμωνίδη γε οὐ ῥάδιον ἀπιστεῖν—σοφὸς γὰρ καὶ θεῖος ἀνὴρ—τοῦτο μέντοι ὅτι ποτὲ λέγει, σὺ μὲν, ὦ Πολέμαρχε, ἴσως γινώσκεις, ἐγὼ δὲ ἀγνοῶ: δῆλον γὰρ ὅτι οὐ τοῦτο λέγει, ὅπερ ἄρτι ἐλέγομεν, τό τινας παρακαταθεμένον τι ὄψοι μὴ σωφρόνως ἀπαιτοῦντι²³</p>	<p>Entonces interpele a Polemarca: – Puesto que eres el heredero de la argumentación, di qué es lo que Simónides afirma correctamente acerca de la justicia. – Que es justo devolver a cada uno lo que se le debe: me parece que, al decir esto, habla muy bien. – respondi. – Ciertamente –dije–, no es fácil dudar de lo que dice Simónides, pues es un varón sabio y divino. No obstante, qué es lo que quiere decir, tal vez tú lo sepas, Polemarca, mas yo lo ignoro. Porque es evidente que no se refiere a aquello de que acabamos de hablar: el caso de devolver a alguien que, no estando en su sano juicio, reclama lo que ha entregado en depósito. Sin embargo, eso que se ha depositado es algo que se debe.</p>
--	--

¹⁸ DE CASTRO (2016), p. 137.

¹⁹ CASTRESANA (2015), p. 94.

²⁰ D. 1, 1, 10, pr. Ulp. 1 reg.- “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”. (“Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”)

²¹ PLATÓN (1988), 331e.

²² Recordemos que, en sus *Diálogos*, Platón “recuerda” las conversaciones entre Sócrates y sus interlocutores, por lo que realmente, quien dialoga, es Sócrates.

Esta discusión socrática recogida por Platón en un diálogo conocido como el “Trasímaco” (por ser este uno de los principales interlocutores en el diálogo) correspondiente al libro primero de *La República*, parte con una conversación entre Céfalo y Sócrates que deriva rápidamente en una discusión filosófica en torno a la justicia, cuando Sócrates comienza a preguntarle por la forma en que este lleva su vejez. En dicha conversación el filósofo pregunta a su anfitrión si ve él justicia en devolverle a quien ha enloquecido un arma que, estando cuerdo, le ha sido dada en depósito. En tal conversación el hijo de Céfalo, Polermaco, interrumpe a los interlocutores y toma para sí la discusión recordando que la justicia ha sido entendida por Simónides como “dar a cada uno lo que se le debe”. El diálogo luego cambia de dirección cuando Trasímaco irrumpe afirmando que la justicia es la conveniencia del más fuerte (1.338c), la cual, si bien es una muy interesante discusión en torno al contenido de la justicia, su análisis nos aleja de nuestro propósito por lo que dejaremos este diálogo hasta aquí.

Recapitulando, la justicia en los términos tomados por Ulpiano coincide con la forma en que Simónides la entiende. Tal noción de justicia, empero, suele serle atribuida generalmente a Aristóteles, por cuanto el Estagirita respetó dicha concepción²³ al analizar la justicia proporcional en la *Ética a Nicómaco*²⁴.

La noción aristotélica de justicia pasará a los filósofos estoicos griegos y, con ellos, al mundo romano, primero a Cicerón, luego a los llamados estoicos romanos (Séneca, Epitecto y Marco Aurelio) y finalmente a Ulpiano, entre otros juristas clásicos²⁵.

Podemos rastrear esta idea de justicia como un “*ius suum cuique tribuendi*” en el tratado *De República* de Cicerón, donde el Arpinate hablando en boca de Filo señala: “es propio del hombre bueno y justo dar a cada uno también lo que se merece”²⁶.

Luego, en sus *Meditaciones* Marco Aurelio señala: “Conviene a cada uno lo que la naturaleza del todo le da a cada uno, y conviene en ese momento en el que ella lo da”²⁷.

Aristóteles elevará la justicia a una virtud moral²⁸ estableciéndola como un hábito y no como una norma. Debido a ello, se habla correctamente de que la justicia consiste en “dar” y no en “deber dar”.

²³ WILLIAMS (2016a), p. 275.

²⁴ ARISTÓTELES (2004)V, 1131a.- “Por consiguiente lo justo es una cierta proporción, pues la proporción no es una propiedad sólo del número abstracto, sino en general del número: la proporción es una igualdad de ‘ratios’”

²⁵ WILLIAMS (2016a), p. 295.

²⁶ CICERÓN (1984) III, 11, 19.

²⁷ MARCO AURELIO, *Med*, X, 20.

²⁸ ARISTÓTELES (2004), II, 1105b-1106a.-

Carlos Amunátegui, al analizar el concepto celsino del *ius* concluía que las voces *bonum et aequum* se vinculan con dos tipos de relaciones de justicia: la justicia distributiva y la justicia conmutativa, las cuales son dos formas aristotélicas de entender lo justo.

La justicia distributiva o asignadora es aquella por medio de la cual se adjudica a cada uno de los integrantes de un cuerpo social, por el todo social, los beneficios, cargas, honores, etcétera, en forma proporcional a los méritos, existiendo, por tanto, una relación de subordinación y supra ordenación²⁹.

<p>ἄμφο γὰρ ἐν τῷ πρὸς ἕτερον ἔχουσι τὴν δύναμιν, ἀλλ' ἢ μὲν περὶ τιμῆν ἢ χρήματα ἢ σωτηρίαν, ἢ εἴ τιτι ἔχοιμεν ἐνὶ ὀνόματι περιλαβεῖν ταῦτα πάντα, καὶ δι' ἡδονῆν τὴν ἀπὸ τοῦ κέρδους, ἢ δὲ περὶ ἅπαντα περὶ ὅσα³⁰.</p>	<p><i>Una especie de justicia particular y de lo justo correspondiente es la que se aplica en la distribución de los honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de la comunidad, pues, en esta distribución, uno puede tener una parte igual o no igual a otro.</i></p>
---	---

A su turno, la justicia conmutativa o sinalagmática –como le llamare santo Tomás de Aquino– es la que se da en el intercambio de bienes y servicios, ya no en proporción, sino en una equivalencia aritmética entre sujetos en una relación de coordinación³⁰.

Decíamos, es este el concepto de justicia que reconoce Ulpiano. En efecto, la trata dos veces en el libro primero de sus reglas en dicha forma (*D. 1, 1, 10, pr* y *D. 1, 1, 10, 1*).

Dice Ulpiano:

<p><i>Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi</i>³¹.</p>	<p>Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo.</p>
<p><i>Iura precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere</i>³².</p>	<p>Los preceptos del derecho son: vivir honestamente, no causar daño a otro, dar a cada uno lo suyo.</p>

Como vemos, Ulpiano –al igual que Cicerón y los estoicos romanos– fue un jurista influenciado por la filosofía estoica proveniente de Grecia³³ y, por ende, podemos afirmar que ha adoptado el concepto de *iustitia* de la filosofía platónica-aristotélica³⁴.

²⁹ WILLIAMS (2016b), p. 179.

³⁰ WILLIAMS (2016b), p. 180.

³¹ *D. 1, 1, 10, pr*. Ulp. 1 reg.-

³² *D. 1, 1, 10, 1*. Ulp. 1 reg.-

³³ HONORÉ (2004), p. 210. En lo referente a Cicerón, véase DOMINGO (2004), p. 125.

³⁴ WILLIAMS (2016a), p. 295.

3. TEORÍA DE LA JUSTICIA

TRAS EL CONCEPTO DE DERECHO

Hemos señalado que Ulpiano toma el concepto celsino de *ius*, vinculándolo con la *iustitia*, la cual tiene para dicho jurista una noción aristotélica. Sin embargo, comenzamos destacando que la definición celsina es rica en un contenido técnico-jurídico, lo que no implica negar su contenido filosófico.

Según el pasaje ulpiano *ius* proviene de *iustitia* y, por tanto, es esta el punto inicial del derecho. El *ius*, como técnica o arte busca establecer lo bueno y lo equitativo teniendo siempre como directriz primera la justicia. Decíamos, además, que el derecho romano es un derecho casuístico y, por lo tanto, cobra especial relevancia el vocablo *aequum*.

Para Aristóteles la equidad es la justicia del caso concreto. El Estagirita en su *Ética a Nicómaco* distingue entre una justicia general y una justicia particular. La justicia general también es conocida como la justicia legal, pues establece las relaciones entre los miembros de la comunidad y la sociedad en su conjunto, donde los primeros deben contribuir a la segunda a alcanzar su fin: el bien común, y las directrices para ello dimanar tanto de la ley positiva como del derecho natural, con la abstracción que ello implica. En cambio, la justicia particular toma en consideración las peculiaridades de una situación concreta que escapan de las soluciones abstractas previstas por la norma, la cual, de aplicarse sin dichas consideraciones incluso podría llevar a un injusto.

ἐπαινοῦντες μεταφέρομεν ἀντὶ τοῦ ἀγαθοῦ, τὸ ἐπιεικέστερον ὅτι βέλτιον δηλοῦντες: ὅτε δὲ τῷ λόγῳ ἀκολουθοῦσι φαίνεται ἄτοπον εἰ τὸ ἐπιεικὲς παρὰ τὸ δίκαιόν τι ὃν ἐπαινετόν ἐστιν: ἢ γὰρ τὸ δίκαιον οὐ σπουδαῖον, ἢ τὸ ἐπιεικὲς οὐ³⁵.

“lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo ambos buenos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es aún mejor... lo equitativo siendo lo justo no es lo justo legal, lo justo según la ley, sino que es una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal”

Los juristas romanos no descuidaron la equidad en el ejercicio de su *respondere*. Cicerón decía “*summum ius, summa iniuria*”³⁵. Incluso, sostuvimos que el *ius honorarium* se funda en ella donde el pretor ayuda, suple o corrige al derecho civil “atendiendo a las exigencias del caso concreto”³⁶.

Rosario de Castro destaca que el jurista desentrañaba “lo justo” a partir del caso. Dice:

³⁵ CICERÓN (1946), I, p. 33.

³⁶ FERNÁNDEZ (2017), p. 37.

“El jurista romano captaba lo justo de la realidad, lo que dotaba al derecho de carácter casuístico y lo conectaba con la auténtica naturaleza de las cosas. De esa manera, adquiriría concreción no sólo por tener en cuenta las circunstancias del supuesto que había generado la cuestión, sino porque se alejaba de la tentación de limitarse a ser una mera reflexión abstracta sobre lo justo o lo injusto”³⁷

Así, entonces, el aporte filosófico en cuanto a la teoría de la justicia del jurista romano se encuentra en la capacidad de establecer lo equitativo; lo justo del caso particular, logrando con tal ejercicio cognoscitivo no un bagaje teórico, sino esencialmente práctico, pues de lo que se trata es de dar una solución justa para el caso concreto. Para ello el jurista no puede desatender la naturaleza de las cosas, la cual le sirve como elemento de interpretación³⁸.

Lo justo, en la lógica de Ulpiano equivale a lo que es *bonum et aequum* haciendo del jurista un verdadero filósofo del caso concreto³⁹.

Dicha afirmación se refuerza por el propio Ulpiano quien, luego de definir el derecho establece la labor del jurista. Dice en *D. 1,1,1,1*:

*Cuius merito quis nos sacerdotes appelet; iustitia namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separansolum, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metru poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes*⁴⁰.

“Por cuyo motivo alguien nos llama sacerdotes; pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseados hacer buenos a los hombres no sólo por el miedo de las penas sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente”.

Para Amelia Castresana el que Ulpiano se refiera el jurista como sacerdote se explica, además, en la secularización del derecho tras las *XII Tablas*, donde *ius* y *fas* se distancian, pasándose de las manifestaciones religiosas como expresiones de la justicia a un fenómeno jurídico⁴¹. A su turno, Giuseppe Falcone destaca las voces *separantes, discernentes, cupientes* y *afectantes* como manifestaciones del carácter concreto de la labor del jurista⁴²: la *iurisprudentia*.

³⁷ DE CASTRO (2016), p. 128.

³⁸ *D. 50, 17, 10, pr. Paul. 3 ad Sab.- “Secundum naturam est commodum cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda”.*

³⁹ DE CASTRO (2016), p. 124.

⁴⁰ ARISTÓTELES (2004), V, 1137b.

⁴¹ CASTRESANA (2015), p. 95.

⁴² FALCONE (2004), pp. 3-9.

La labor del jurista es la jurisprudencia.

“El jurista romano no coloca los fríos y rígidos esquemas doctrinales por encima de los fines y de las necesidades de la vida. Antes que meter el Derecho en un cuadro de rigor lógico, lo que interesa es acomodar el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas”⁴³.

Y tal labor es definida por el propio Ulpiano –tras conceptualizar la justicia y establecer los preceptos del derecho– como el “conocimiento de las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo injusto”⁴⁴. Dos cosas nos llaman la atención: la conexión entre el mundo de lo divino y lo humano y la referencia a la jurisprudencia como ciencia.

En cuanto a lo primero, la referencia al conocimiento de las cosas divinas y humanas tiene relación con lo dicho por Cicerón en *Los deberes* al establecer:

“Por su parte, la sabiduría es, según definición de los antiguos filósofos, el saber de los asuntos divinos y humanos y de las causas por las que estos se enlazan”⁴⁵.

¿Cuál es su relevancia? Nuevamente se nos refleja la filosofía estoica tras Ulpiano.

En cuanto a lo segundo, algo hemos dicho. El jurista romano tiene la ciencia de discernir lo justo de lo injusto, en otras palabras, tiene la técnica para establecer lo bueno y lo equitativo para el caso concreto y, por lo tanto, el derecho, la justicia, la jurisprudencia y el jurista están íntimamente relacionados. Al decir de Amelia Castresana:

“el *ius* está ligado a *iurisconsultus*, a *iurisprudencia*, a *iustitia*, esto es, al jurista, a la jurisprudencia, a la justicia, como la obra de arte está ligada al artista y a la creación artística [...] El jurista, al igual que el pintor o el escultor, crea una obra original, innovadora, que es la solución de justicia para un caso, y expone esa solución como creación propia. Y este Derecho, ligado a la justicia material del caso, tiene su fundamento en la *auctoritas* del jurista”⁴⁶.

Dicho lo anterior, cabe mencionar una última cosa: El jurista en su labor de búsqueda de lo justo del caso particular debe observar, además de la naturaleza de las cosas, los preceptos del derecho.

⁴³ IGLESIAS (2010), p. 71.

⁴⁴ D. 1, 1, 10, 2 Ulp. 1 reg.- “*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”.

⁴⁵ CICERÓN (1946), II, 5

⁴⁶ CASTRESANA (2015), p. 93.

Ulpiano, luego de definir la justicia en los términos ya analizados no dice, renglón seguido, que son tres los preceptos del derecho: “vivir honestamente, no causar daño a otro y dar a cada uno lo suyo”⁴⁷.

Lo primero que llama la atención es que Ulpiano hable de preceptos y no de reglas. A juicio de Duard Kleyn y Gardiol Van Niekerk ello se explica en que tales preceptos no son *regulae iuris*, ya que no se pueden extraer de las normas jurídicas; de ser así dichos preceptos serían justiciables, pero no lo son. Para estos autores los *precepta iuris* se desprenden de la naturaleza de las cosas y, por tanto, forman parte de la base intuitiva del razonamiento jurídico que informa al caso⁴⁸. Así, cuando el jurista quiera desentrañar la justicia de un caso, intuitivamente observará estos preceptos.

Antonio Fernández destaca que dentro de los preceptos se recoge nuevamente una idea moral (*honeste vivere*) junto a dos jurídicas (*alterum non laedere* y *suum cuique tribuere*)⁴⁹. Concluye al analizar los preceptos y la idea de jurisprudencia que “parece clara la influencia filosófica griega en la definición ulpiana”⁵⁰.

Tal influencia griega de los *precepta iuris* ha sido estudiada por Duard Kleyn y Gardiol Van Niekerk quienes la remontan a la filosofía estoica en su concepción de derecho natural y del hombre como ser racional, desarrollada primero por Aristóteles en *La retórica*. Como hemos dicho, el Estagirita distinguió entre justicia distributiva y conmutativa que llegó a Ulpiano a través de los estoicos, viéndose reflejada en los preceptos *alterum non laedere* y *suum cuique tribuere*, a los que Cicerón recurre a varias veces⁵¹.

Así las cosas, cabe preguntarse, ¿hay una teoría de la justicia tras el concepto del *ius*? Por lo que venimos analizando tal parece sí, una concepción aristotélica de la misma. ¿Se contenta esa teoría en un aspecto eminentemente filosófico? No, es una teoría del todo práctica.

Hagamos el engarce volviendo al concepto ulpiano de justicia: *ius suum cuique tribuere*.

Veamos, ¿qué debe atribuirse? El *ius*; lo *boni et aequi*, o sea, el *iustum* del caso concreto. Si el derecho es lo que debe atribuirse, la cosa debida es el derecho.

¿Cómo se va a atribuir? Dependerá del tipo de relación de justicia de que se trate: si es una relación de subordinación/supraordenación, el derecho será atribuido en atención a criterios de justicia distributiva y, por ende,

⁴⁷ D. 1, 1, 10, 1 Ulp. 1 reg.- “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*”

⁴⁸ KLEYN Y VAN NIEKERK (2014), p. 439.

⁴⁹ FERNÁNDEZ (2017), p. 35.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 37.

⁵¹ KLEYN Y VAN NIEKERK (2014), pp. 440-442.

en forma proporcional a la *ratio*. En cambio, si la relación es de coordinación deberá hacerse en consideración a criterios de justicia conmutativa y, por tanto, en forma aritmética o sinalagmática.

¿Cómo se conocen esos criterios? A través de la naturaleza misma de las cosas o intuitivamente, mediante los *precepta iuris*.

¿Basta el análisis *in abstracto* para hacer dicha atribución? No, se requerirá de la labor del jurista que discerna del caso particular lo justo y lo injusto y así pueda conocer el derecho para finalmente darlo⁵².

Finalmente, ejemplifiquemos todo lo dicho a través del razonamiento de los mismos juristas, poniéndonos en el caso de la muerte de un esclavo ajeno.

La regla nos las da Ulpiano:

<p><i>Si servus servave iniuria occisus occisave fuerit, lex Aquilia locum habet. iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum</i>⁵³.</p>	<p>Si con injuria se hubiere matado a un esclavo o a una esclava, tiene lugar la ley Aquilia⁵⁴. Con razón se añade, que se haya matado con injuria; porque no basta con que se hubiere matado, sino que debe haberse hecho esto con injuria”.</p>
---	--

Por tanto, el que mata a otro dolosa o culposamente debe ser sancionado según la *lex Aquilia*. Entonces, si se mata a un esclavo se responde en la forma prevista por dicho plebiscito⁵⁵.

En el caso propuesto uno causó un daño a otro matando al esclavo de su propiedad.

Desde el punto de vista de lo debido, al dueño del esclavo muerto se le debe una indemnización por aquel que le dio muerte. Hasta aquí la cosa debida, esto es, el derecho que debe ser atribuido está dado por la indemnización.

Al tratarse de una situación entre privados que se hayan en un plano de igualdad, podemos afirmar que entre ellos hay una relación de coordinación y, por ende, deben aplicarse criterios de justicia conmutativa y, por lo tanto, la indemnización deberá ser equivalente al daño y, por ello, se deberá el valor del esclavo. Aún más, la acción es penal y el daño un delito, por lo que, además, importa una sanción y, por ende, ella deberá ser distribuida en atención al

⁵² WILLIAMS (2016a), pp. 275-276.

⁵³ D. 9, 2, 3, pr, Ulp. 18 ad ed.

⁵⁴ La *lex Aquilia* sancionaba al que hubiere matado a un esclavo ajeno a pagar el mayor valor que la cosa hubiere tenido durante el último año. (D. 9, 2, 2, Gai, ad ed. Prov.)

⁵⁵ D. 9, 2, 19, 0 Ulp. 18 ad ed.- “Sed si communem servum occiderit quis, Aquilia teneri eum Celsus ait: idem est et si vulneraverit”. (“Si se hubiere muerto un esclavo común, dice Celso, que se responde por la *lex Aquilia*. Lo mismo si se le hubiese herido”).

daño: la muerte del esclavo. Y esa distribución se hará en forma proporcional, equivaliendo al mayor valor que hubiera tenido el esclavo en el último año.

El jurista al conocer deberá recurrir a la naturaleza de las cosas y desde ese punto de vista es justo que, quien sufre un daño sea indemnizado. Ahora bien, ello lo podemos conocer expresamente en cuanto uno de los presupuestos del derecho es no causar daños a otros.

Hasta aquí el análisis *in abstracto* mandata que aquel que mató al esclavo indemnice al dueño de él, pagándole el mayor valor que el esclavo tuvo durante el último año.

El jurista, como filósofo del caso concreto, debe determinar lo justo y lo injusto y, por ende, analizar la situación *in concreto*. ¿Qué pasa si el esclavo era ladrón?

En caso del esclavo ladrón, Gayo hace el análisis *in concreto*, conociendo lo justo del caso en la forma que hemos señalado.

Dice Gayo:

*Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero, securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*⁵⁶.

Y así, si hubiere matado a un esclavo tuyo, ladrón, que me acechaba, estaré exento de responsabilidad, porque la razón natural permite defenderse contra el peligro.

En este punto la cosa debida y la forma de atribuirle aparentemente no ha cambiado. Lo que varía es la forma de conocer lo debido, si el esclavo era ladrón y acechaba al ofensor la razón natural le permite defenderse, por ende, si lo hace y mata al esclavo, la aplicación estricta de la ley provocaría un injusto, ya que aquel que se defiende deberá indemnizar, por ello el jurista busca lo justo del caso en la razón natural y concluye que se exime de responsabilidad, ya que ha querido defenderse y no matar al esclavo.

Luego Ulpiano vuelve a cambiar la situación:

*... sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est ut iniuria fecisse videatur...*⁵⁷

...Pero si pudiendo prenderlo, prefirió matarlo, es más cierto que se entenderá que lo hizo con injuria...

El nuevo supuesto del jurista hace necesario volver a investigar lo justo del caso. Aún tenemos un esclavo muerto que *in abstracto* debe ser indemnizado. Luego, tal esclavo era un ladrón y, por ende, la razón natural ha eximido al ofensor de su responsabilidad, pues, exigírsela provocaría un injusto. Ello no ha variado. Lo que se ha agregado al caso es que existía la posibilidad de aprehenderlo, pero a pesar de ello, se le dio muerte. Aún es un esclavo ladrón,

⁵⁶ D. 9, 2, 4, pr Gai. 7 ad ed. prov.

⁵⁷ D. 9, 2, 5, pr Ulp. 18 ad ed.

¿dónde está el cambio? Gayo sostuvo que la razón natural permite defenderse del peligro, por tanto, si en esa defensa se mata al esclavo no se responde por el daño. El cambio se encuentra en la forma de la defensa, pudiéndose detener al esclavo la víctima se habría defendido, pero fue más allá y lo mató, por lo que cometió un injusto, causando un daño que debe indemnizarse.

En los tres casos hay un esclavo ajeno muerto que haría al ofensor reo de la *lex Aquilia*. En el primer caso debe indemnizar por cuanto se le mató simplemente; en el segundo no, ya que se le mató para defenderse del peligro; en el tercero, existiendo el peligro, pero pudiendo resistirse a él deteniendo al esclavo se le dio muerte, razón por la cual se debe la indemnización, y la solución en todos los casos es justa.

CONCLUSIONES

- a) Si bien *ius* no aparece siempre como un concepto unívoco, en el *Digesto* Ulpiano, siguiendo a Celso lo establece como el arte de lo bueno y de lo equitativo. Concepto que tiene un carácter más técnico que teórico.
- b) *Iustitia* fue establecida por Ulpiano en los mismos términos que Simónides, Aristóteles y los estoicos la entendieron: *dar a cada uno lo suyo*.
- c) Aristóteles reconoció una justicia distributiva y una justicia conmutativa que pueden verse reflejadas en las nociones de bueno y equitativo.
- d) El derecho proviene de la justicia, siendo para Ulpiano equivalentes *iustum* de *bonum et aequum*.
- e) Para el derecho romano *ius* y *iustitia* se vinculan a través de la *aequitas*, noción tremendamente relevante en la experiencia jurídica romana que se identifica con lo justo del caso particular.
- f) Para descubrir la justicia del caso es necesaria la labor jurisprudencial que establezca lo justo y lo injusto *in concreto*. Así, el jurista es un verdadero filósofo del caso particular.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMUNÁTEGUI, Carlos (2016): *Teoría y fuentes del Derecho. Boni et Aequi* (Santiago, Ediciones UC).
- ARISTÓTELES (2004): *Ética nicomaquea* (traducción de Antonio Gómez Robledo, vigésima edición, Madrid, Editorial Gredos).

- CASTRESANA, Amelia (2015): *Derecho romano. El arte de lo bueno y de lo justo* (segunda edición, Madrid, Editorial Tecnos).
- CERAMI, Pietro (1985): "La concezione Celsina del ius", in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, vol. XXXVIII, Palermo, pp. 5-250.
- CICERÓN (1946): *Sobre los deberes* (traducción de Agustín Blánquez, Barcelona, Editorial Iberia).
- CICERÓN (1984): *Sobre la república* (traducción de Álvaro D'Ors, Madrid, Editorial Gredos).
- CICERÓN (1997): *Sobre la invención de la retórica* (traducción de Salvador Nuñez, Madrid, Editorial Gredos).
- CICERÓN (2002): *Sobre el orador* (traducción de José Javier Iso, Madrid, Editorial Gredos).
- DE CASTRO, Rosario (2016): "El jurista romano y su labor de concreción de la justicia", en *Revista Persona y Derecho*, vol. 74, Universidad de Navarra, pp. 117-164. Disponible en www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/download/4158/7386
- DOMINGO, Rafael (coord.) (2002): *Textos de derecho romano* (Navarra, Editorial Aranzadi).
- DOMINGO, Rafael (2004): "Marco Tulio Cicerón", en Rafael Domingo (coord.), *Juristas universales*, vol. I. Disponible en www.academia.edu/36119347/Marco_Tulio_Cicer%C3%B3n_106-43_a.C._
- FALCONE, Giuseppe (2004): "La vera philosophia dei sacerdotes iuris. sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1)", in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, vol. XLIX, Palermo.
- FERNÁNDEZ, Antonio (2017): *Derecho privado romano* (décima edición, Madrid, Editorial Iustel).
- HONORÉ, Tony (2004): "Domicio Ulpiano", en Rafael Domingo (coord.), *Juristas Universales*, vol. I. Disponible en www.academia.edu/36119347/Marco_Tulio_Cicer%C3%B3n_106-43_a.C._
- IGLESIAS, Juan (2010): *Derecho romano* (décimo octava edición, Madrid, Sello editorial).
- KLEYN, Duard & Gardiol VAN NIEKERK (2014): "Ulpian's praecepta iuris and their role in south african law. Part I: historical context", in *Fundamina*, vol. 20, n.º 1, University of South Africa, pp. 437-445. Disponible en: http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2014000100039
- MARCO AURELIO, *Med*, X, 20.
- PLATÓN (1988): *La república* (traducción de Conrado Eggers, Madrid, Editorial Gredos).
- RICCOBONO, Salvatore (1948): "La definizione del ius al tempo di Adriano", in *Bulletino dell'istituto di Diritto Romano*, pp. 53-54.

WILLIAMS, Jaime (2016a): *Lecciones de Introducción al derecho* (octava edición, Santiago, Fundación de Ciencias Humanas).

WILLIAMS, Jaime (2016b): *Filosofía del derecho. Sus fundamentos griegos* (Santiago, Fundación de Ciencias Humanas), vol. II.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

LEY DEL CONSUMIDOR Y COSA JUZGADA

CONSUMER LAW AND DOUBLE JEOPARDY

*Nicolás Enteiche Rosales**

RESUMEN: Analizaremos un caso en que la Corte Suprema aclara el alcance de la Ley del Consumidor en materia de contrato de estacionamiento. En este caso, además, se interpreta que el rechazo por razones formales de una acción indemnizatoria, ejercida por un usuario en sede de policía local, no impide que la misma sea nuevamente presentada –y ahora acogida– en sede civil. Para lo anterior, haremos un estudio crítico de distintas normas e instituciones jurídicas. El propósito de este comentario es dilucidar el verdadero alcance de la Ley del Consumidor y conocer el criterio de la Corte Suprema en materia de cosa juzgada.

PALABRAS CLAVE: Cosa Juzgada - Consumidores - Indemnización de perjuicios.

ABSTRACT: We will analyze a case in which the Supreme Court clarifies the scope of the Consumer Law regarding the parking contract. In this case, in addition, it is interpreted that the rejection for formal reasons of a compensatory action, exercised by the consumer at municipal courts, does not prevent it from being presented –and now granted– at civil courts. For the above, we will make a critical study of different legal provisions and institutions. The purpose of this comment is to elucidate the true scope of the Consumer Law to know the criterion of the Supreme Court regarding the double jeopardy principle.

KEYWORDS: Double Jeopardy - Consumers - Damages Compensation.

* Investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Este trabajo es producto del curso doctoral, en la Pontificia Universidad Católica de Chile, denominado “Responsabilidad extracontractual del empresario”. Agradezco los comentarios de los profesores Marcelo Barrientos y Jaime Carrasco

INTRODUCCIÓN

Es probable que el lector de este comentario haya dejado estacionado su automóvil cerca de su lugar de trabajo. Pasa inadvertido para el usuario, tal vez por la constante frecuencia con la que celebra, o la relativa insignificancia que posee en el día a día, uno de los negocios jurídicos que más marca la vida cotidiana de las personas que se trasladan de un lugar a otro sin pagar un porte (metro, sistema RED, transporte rural, etcétera): el contrato de prestación de servicio de estacionamiento o aparcamiento.

El contrato de estacionamiento presenta grandes retos jurídicos y prácticos. En vista de su permanente ejecución y exigua regulación, frecuente es encontrarnos con casos en que los usuarios se ven expuestos a imprevisibles riesgos. El desafío de este contrato reside en su carácter de consensual, en vista de la falta de formalidades y escrituración al momento de su perfeccionamiento (cuando el lector entró al estacionamiento solo le dieron un ticket y al irse una boleta). Se suma a lo anterior que la autonomía de la voluntad representa un papel casi irrelevante, debido a la instantaneidad y fruto de la imposición de las cláusulas por parte del empresario de aparcamiento (cuando el lector entró al estacionamiento no acordó alguna condición, se la impusieron).

Escenario no muy halagüeño para quien deja su automóvil, confiando en que a este no le ocurrirá algo. De acaecer aquel indeseado hecho futuro e incierto, el usuario alberga la esperanza de que alguien se hará responsable por el robo o daño ocurrido. Ilusionados, tal vez, en el pago de un precio, o convencidos de la impecable reputación de la empresa dueña o relacionada con la playa de estacionamiento, en nuestro fuero interno está claro que el daño de nuestro automóvil será de responsabilidad del empresario de aparcamiento.

Los poderes del Estado se han ocupado de dar relevancia a los derechos del consumidor. El legislador nacional le procuró al consumidor una vía procesal rápida y eficaz, a fin de que pudiese plantear sus reclamos. También le otorgó mecanismos de protección y una institucionalidad que lo acoge. Así, la Ley n.º 19496, más sus reformas, admitieron que el consumidor puede ocurrir ante un juez para denunciar las infracciones que la misma norma prevé, y resarcirse de los perjuicios ocasionados a su propiedad.

¿Es la Ley n.º 19496, una ley supletoria en materia de contrato de aparcamiento? ¿Cuál es el papel que tiene esta norma en relación con otras, que también regulan materias relacionadas con el contrato de estacionamiento?

De igual modo, los jueces refuerzan constantemente la protección al consumidor, asumiendo su debilitada posición. Difícil es encontrar algún pronunciamiento judicial que no realce la situación del consumidor en relación con el empresario de estacionamiento.

¿Pueden los tribunales, habida consideración de la desigualdad entre las partes de esta relación jurídica, resolver dos veces una misma demanda? Más precisamente, ¿qué ocurre si el consumidor resulta vencido en el ejercicio de la acción indemnizatoria impetrada ante el juez de policía local, y luego presenta la misma acción con el mismo contenido, pero ahora ante un juez de letras en lo civil?

Intentaremos resolver estas preguntas al analizar el siguiente caso, el cual presenta particularidades:

(a) en los hechos y

(b) en los procedimientos judiciales que dieron lugar a su resolución.

a. Los hechos de la causa son los que siguen. Algunos trabajadores de la Empresa Prospektor SPA provenientes de Calama, por motivos laborales, requieren acudir a Santiago en avión, por lo que utilizan la camioneta de la empresa para trasladarse hasta el aeropuerto. Una vez que ingresan a la playa de estacionamientos, y como es de público conocimiento, se les señala que se les cobrará una tarifa. Pasado más de un mes luego de haber aparcado, uno de los trabajadores regresó al estacionamiento donde había dejado el vehículo, sin encontrarlo.

b. Prospektor SPA, presentó una demanda persiguiendo que se declare la responsabilidad infraccional, y la responsabilidad indemnizatoria del empresario de estacionamiento. La demanda fue deducida ante el Juzgado de Policía Local de Calama (rol n.º 94.227-2014)¹. En esta gestión Prospektor SPA fue vencida, y la sentencia obtuvo el carácter de ejecutoriada.

El motivo por el cual la empresa dueña de la camioneta desaparecida obtuvo sentencia desfavorable es simple: dedujo su acción pretendiendo que se declarase la responsabilidad infraccional más la indemnización de perjuicios, bajo el imperio de la Ley n.º 19496, pero no reparó en que existía un plazo de prescripción (seis meses) para presentar y notificar su acción. Por ello, el juez de policía local, declaró la prescripción extintiva de la acción de la empresa consumidora del servicio de aparcamiento, y no dio lugar a la responsabilidad civil, resultado de lo cual rechazó consecuentemente la acción indemnizatoria.

Esencial resulta atender al tenor de los resuelto por el Juzgado de Policía Local de Calama. Se rechazó la demanda y, en los considerandos pertinentes, se razonó: “por encontrarse las acciones prescritas se rechaza la denuncia infraccional” (considerando 3º). Además, se dijo que “el Tribunal no dará lugar a lo solicitado por concepto de responsabilidad civil toda vez que las acciones ejercidas en estos autos se encuentran prescritas” (considerando 5º).

¹ JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE CALAMA (2015).

Luego, Prospektor SPA interpuso otra acción de indemnización de perjuicios en contra de la empresa concesionaria de estacionamientos, ahora, ante el Tercer Juzgado de Letras de Calama, resultando vencida en los tribunales de primera y segunda instancia. La Corte Suprema revierte la sentencia en alzada.

Necesario es hacer hincapié en que fue con posterioridad al fallo pronunciado por el juez de policía local de Calama que Prospektor SPA acudió –nuevamente– a los tribunales. Pero en esta ocasión, a diferencia de la anterior, ocurrió a los tribunales ordinarios, y no a los comunales. Finalmente, la Corte Suprema resolvió, al dar lugar a una casación, acoger la demanda indemnizatoria (rol n.º 44.260-2017)².

La sentencia aborda dos cuestiones que resultan interesantes a efectos del presente comentario:

1. Acerca del carácter especial y complementario de la Ley n.º 19496 en el contrato de aparcamiento y
2. Si concurre la cosa juzgada formal.

1. ACERCA DEL CARÁCTER ESPECIAL Y COMPLEMENTARIO DE LA LEY N.º 19496 EN EL CONTRATO DE APARCAMIENTO

A fin de comprender el papel que posee la Ley n.º 19496 en materia del consumidor, necesario es precisar

(1.1) que es una ley especial y

(1.2) complementaria a otras normas especiales.

Lo anterior es relevante a efecto de la configuración de la disciplina derecho del consumidor, la cual tiene su centro en la Ley del Consumidor, pero no se agota en ella.

1.1. La Ley n.º 19496 es una ley especial

El contrato de estacionamiento, como la mayoría de los actos de consumo, está situado en un pantano normativo. La doctrina, reconoce este entramado normativo, ora porque la legislación no se dedica a regular los contratos de servicios con detención³, ora, pues, existen distintas normas que inciden tangencialmente en ellos.

² CORTE SUPREMA (2019).

³ Esta falencia se explicaría, pues “los contratos de servicios ofrecen diversas peculiaridades. Pero en esto la legislación chilena no es muy distinta a los ordenamientos jurídicos codificados. Se ha escrito que los servicios son “el cajón de sastre” y “el pariente pobre” de los contratos. Esto puede ser cierto en cuanto a que su marco regulatorio legal carece de la unidad sistemática de que goza la compraventa” RODRÍGUEZ (2014), p. 794.

Lo cierto es que la Constitución Política no establece la palabra ‘consumidor’, ni alguna precisa norma al efecto, pero sí regula la dignidad de las personas (artículo 1º, inciso primero), el género de las relaciones comerciales (artículo 19 n.ºs 21, 22, y 24) y el derecho de propiedad (artículo 19 n.º 24).

Las leyes generales y especiales regulan los anteriores derechos, estableciendo un cuadro dentro del cual los actos de consumo, y específicamente el contrato de aparcamiento, tienen vida. Este marco normativo es integrado por una multiplicidad de leyes. Lo anterior se debe a que la norma general en materia de relaciones entre particulares, el *Código Civil*, no se dedica a regular al contrato de estacionamiento ni está inspirado en la protección de una de las partes del contrato.

Estamos en presencia, como hemos dicho, de un modelo de distinción, en contraposición a un modelo de integración, puesto que existe una legislación separada y autónoma de la del derecho común, que se refiere a los actos de consumo y específicamente al contrato de estacionamiento⁴. En otras palabras, existe una regulación legal dual en materia de contrato de consumo, lo que comprende al contrato de estacionamiento.

Necesario es que analicemos, en primer lugar, las exclusiones: no resulta aplicable la regulación de la Ley n.º 18101, por expresa exclusión de su artículo 2º, el cual señala que “esta ley no será aplicable a los siguientes bienes raíces urbanos: 5. Estacionamientos de automóviles y vehículos”, tampoco es aplicable el *Código de Comercio*, en vista a que, si bien se comprende a los actos de compra y venta (artículo 2º n.º 1), esta norma aborda al comerciante y no al consumidor.

Al contrario, podría ser aplicable la Ley n.º 19496 (Ley del Consumidor) debido a que señala, en su artículo 3 letra d):

“son derechos y deberes básicos del consumidor: d) La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles”.

También podría tener aplicación el *Código Civil*, en cuanto establece el contrato de arriendo y el de depósito. El arrendamiento se especifica como aquel en que las prestaciones consistirían en el denominado arriendo de servicio o aquel por el cual las partes se obligan a “[...] prestar un servicio, y [...] pagar por este [...] servicio un precio determinado” (artículo 1915), mientras que el caso del depósito las prestaciones relevantes serían la de la fianza de “una cosa corporal a una persona que se encarga de guardarla y de restituirla en especie” (artículo 2211).

⁴ MOMBERG (2015), p. 741.

La sentencia en comento se manifiesta favorable al carácter de ley especial de la Ley del Consumidor, en el considerando sexto de la sentencia anulatoria, al señalar:

“cuando son celebradas relaciones contractuales ordinariamente reguladas, en ese ámbito reciben reglas añadidas que vienen imbuídas del objetivo protector, las que, si hay colisiones, prevalecen sobre las comunes por el principio de la especialidad (conforme a los artículos 4 y 13 del *Código Civil*)”⁵.

Estimamos que esta calificación es correcta. Esto se entiende, ya que la Ley n.º 19496 contiene algunos aspectos de la regulación en materia de consumo, los que deben ser aplicados con primacía, en caso de que sean también abordados por el *Código Civil*.

La propia Corte Suprema ha establecido que en materia de contratación en derecho privado que, si hay un choque entre el *Código Civil* y una ley especial, la segunda “deroga” a la primera⁶. En la misma línea, ahora en derecho público, el máximo tribunal ha señalado que, si se establece un recurso en una ley especial, este, prima por los recursos regulados en una ley general⁷.

La doctrina también se ha manifestado favorable a esta característica. Se nos ha enseñado que “si el Legislador dita una ley sobre determinada materia, quiere decir que desea exceptuarla de la regulación de la ley general”⁸. En materia del consumidor la doctrina concuerda con esta afirmación, pues se ha dicho que de acuerdo con las particularidades de la relación de consumo es una normativa especial⁹.

⁵ CORTE SUPREMA (2019).

⁶ Especialmente claro es CORTE SUPREMA (2017), considerando quinto de la sentencia anulatoria, la que señala: “parece existir aquí es un concurso entre el inciso 2º del artículo 2195 y el numeral 4 del artículo 7 de la Ley 18.101. Siendo así, la siguiente pregunta es cómo ha de resolverse. Y, aunque en ciertas circunstancias la respuesta no sea sencilla, en esta lo es. Lo es en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 del Código Civil: la ley especial deroga a la general. Y sobre dos cosas no ha de haber duda. La primera es que, en este caso, el numeral 4 del artículo 7 de la Ley 18.101 constituye una regla especial respecto del inciso 2º del artículo 2195 del Código Civil”.

⁷ Se señala por la Tercera Sala en CORTE SUPREMA (2016), considerando tercero de la sentencia de rechazo, que “se debe tener presente que cuando una ley especial, carácter que indudablemente tiene la Ley N° 20.600, establece un régimen recursivo especial respecto de distintas resoluciones, contemplándose para impugnar aquella que declara inadmisibile la demanda o aquella que pone término al juicio o hace imposible su continuación, únicamente el recurso de apelación, debe entenderse que el propósito del legislador es excluir del ámbito de su aplicación a los demás medios de impugnación, como norma de excepción a la regla general, según la inteligencia de lo establecido en el artículo 13 del Código Civil”.

⁸ ALESSANDRI *et al.* (1998), p. 190.

⁹ FUENZALIDA (2018), p. 147.

1.2. La Ley n.º 19496 es complementaria

La característica de la especialidad no agota el examen de la Ley del Consumidor, puesto que, si bien ella regula una materia (la del consumidor), no lo hace de modo completo, sino, más bien, en determinados aspectos. Así, la Ley n.º 19496 es una norma de carácter complementario a la legislación general aplicable en materia del consumidor, y no una supletoria. Por lo anterior, la Ley n.º 19496 no será siempre la fuente jurídica a la que deba acudir para resolver las lagunas o vacíos que existan en materia del consumidor.

Entendemos por una ley complementaria a la norma que aborda parte de una materia o asunto, sin parar mientes en que otras leyes puedan hacer otro tanto. Por su parte, una ley supletoria es la que abarca todos los aspectos relativos a una materia o institución y ordena que, a falta de contenido de toda otra ley especial, se apliquen sus disposiciones.

Para comprender qué es una ley supletoria, es necesario acudir a normas que son tales. Paradigmáticamente, se describe como una ley supletoria a la Ley n.º 19880. Según esta norma, en caso que otra ley establezca una competencia administrativa, sin un procedimiento o, bien, si establece un procedimiento, pero de modo incompleto, se aplicarán sus disposiciones (artículo 1º, inciso primero, parte final). Esto se debe a que la Ley n.º 19880 regula la totalidad del procedimiento administrativo, en cada una de sus etapas¹⁰.

No ocurre lo mismo con la Ley del Consumidor. Esto se explica, pues no regula todos los puntos que comprende la protección al consumidor, sino que se encarga únicamente algunos tópicos, dejando otros relegados a diferentes normas. Ilustra lo dicho el modo en que se abordan las instituciones denominadas remedios del consumidor, los cuales han sido definidos como la reparación sustitución, rebaja del precio, resolución e indemnización. Es en este último caso, la indemnización y, específicamente, la prescripción de la acción, que la Ley del Consumidor, expresamente se remite a lo establecido al efecto por el *Código Civil* y a otras normas especiales, al disponer:

“las acciones civiles prescribirán conforme a las normas establecidas en el Código Civil o leyes especiales” (artículo 26, inciso primero, parte final).

¹⁰ La Ley n.º 19880 es supletoria en cuanto al procedimiento administrativo, pero existen limitaciones que la propia norma establece (por ejemplo, regula solo a los actos decisorios y excluye el procedimiento de elaboración de los actos interpretativos y los certificatorios), y se aprecian limitaciones derivadas de la ineptitud de su estructura (por ejemplo, no sería apta para regular los principios sustantivos del procedimiento administrativo sancionador).

Además, si bien la doctrina tiene dispares opiniones¹¹, es claro que la propia ley, y la jurisprudencia acuden al *Código Civil* para solucionar los vacíos o remisiones que presenta la Ley del Consumidor¹².

El carácter complementario se revela a partir del ámbito de aplicación de la Ley del Consumidor. Si bien la ley tiene pretensiones de “normar las relaciones entre proveedores y consumidores” (artículo 1º) y afirma que ella se aplica en defecto del contenido de otras normas (artículo 2 bis), enseguida precisa su alcance, cual es “establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias” (artículo 1º). De igual modo, su contenido se excluye de ciertos actos y contratos (artículo 2º).

Entonces, no puede ser una ley supletoria, sino complementaria a otras, en vista de que no establece un cuerpo sistemático y ni agota la materia del consumidor. Un caso análogo a la complementariedad que presenta la Ley del Consumidor tiene lugar en materia de medioambiental. La Ley n.º 19300, General de Bases del Medioambiente, señala que el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación es regulado por ella y por “lo que otras normas legales establezcan sobre la materia” (artículo 1º). Por ello, subsisten distintas leyes especiales que abarcan materias relativas al ambiente, por ejemplo, el DFL n.º 458, también se refiere a la materia al regular las industrias que causan molestias o daño al vecindario (artículo 62, inciso segundo) o, bien, el *Código Sanitario*, el cual incide en la “contaminación del aire y de los ruidos y vibraciones” (título IV, párrafo I). En el mismo sentido las leyes n.º 20417 y 20600, construyen la institucionalidad en materia ambiente y no están reguladas en la Ley n.º 19300¹³.

La sentencia reconoce esta realidad, y hace aplicable la legislación del *Código Civil* en un caso en que ya señaló que regía el principio de especia-

¹¹ El papel de la complementariedad de la Ley del Consumidor es desconocido por FUENZALIDA (2018). Señala el autor que, si bien la Ley del Consumidor es una ley especial, no es “complementaria o supletoria de las normas del derecho común”. En el mismo sentido, pero entendiendo que es una ley supletoria, se ha dicho que la Ley del Consumidor es “una ley general aplicable a las relaciones de consumo, pero supletoria en aquellas materias regidas por leyes especiales. Se buscaba respetar las especiales necesidades de determinados sectores de la economía; específica y muchas veces prolíficamente regulados, e incluso con supervisores con grandes atribuciones normativas, fiscalizadoras y sancionatorias” JARA (2006), p. 24.

¹² BARRIENTOS CAMUS (2014), pp. 67-76.

¹³ Así lo ratifica la doctrina en la materia. Se ha dicho que la Ley n.º 19300 “hace objeto de su regulación todo lo relativo al ordenamiento jurídico ambiental (el derecho subjetivo, la protección y conservación del medio ambiente), pero, [...] no deroga la normativa anterior a su vigencia, sino que su entrada en vigor es sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia”. Por lo anterior “El rol que cumple la Ley N° 19.300 como norma de base, es el de servir de elemento coordinador de una parcela del ordenamiento jurídico” BERMÚDEZ (2000), pp. 460-461.

alidad en favor de la Ley del Consumidor. Señala la Corte, al definir la naturaleza jurídica del contrato de aparcamiento como uno propio del *Código Civil*, el arrendamiento de servicios, que

“conforme al artículo 2219 del Código Civil, cuando es entregada una cosa en depósito y es acordada una retribución que pagará el que la entrega, el pretendido contrato de depósito degenera en un arrendamiento de servicios; de modo que, conforme al artículo 1444 del mismo Código, la gratuidad es de la esencia del primero de los contratos nombrados. Correspondiendo al Tribunal la calificación, aquí se prescinde de la que los litigantes reiterada y pacíficamente fueron atribuyendo en el curso del proceso al convenio contraído” (considerando quinto de la sentencia de reemplazo)¹⁴⁻¹⁵.

Así, estamos en presencia de una mixtura de fuentes materiales aplicables al contrato de aparcamiento. La sentencia, acertadamente, reconoce el carácter de ley especial y complementaria al *Código Civil* de la Ley del Consumidor en esta especie de contrato.

2. SI CONCURRE LA COSA JUZGADA FORMAL

En nuestra opinión, en este caso no concurre la cosa juzgada formal para justificar la revisión de la acción indemnizatoria. Lo anterior se debe (2.1) a que no se cumplen los requisitos para estar en presencia de ella. Al contrario, en este caso hay cosa juzgada material o sustantiva. De igual modo, (2.2) a través de la decisión que se comenta, se contradicen precedentes anteriores de la misma Corte Suprema en situaciones análogas.

2.1. De la cosa juzgada formal y el incumplimiento de sus requisitos

La cosa juzgada es una institución esencial que consiste en el efecto de algunas resoluciones judiciales emitidas por un tribunal de justicia en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales¹⁶. Específicamente consiste en

¹⁴ CORTE SUPREMA (2019).

¹⁵ Esta afirmación es acorde con lo señalado por la doctrina, la que ha establecido que “no estamos ante contratos propiamente de depósito, y que la guarda y custodia son deberes contractuales propios de una relación de consumo más intenso que los de su simple cuidado” BARRIENTOS ZAMORANO (2010), p. 56.

¹⁶ En cuanto a su relevancia, se ha dicho que “sin esta fuerza atribuida á las sentencias judiciales no habría sociedad posible, y como la conservación de la sociedad es la base de

“la imposibilidad de alterar –por medio de un recurso judicial o, en su caso, de una nueva demanda– el contenido de una resolución –material o procesal, en el curso de un único proceso, así como sustantiva o de fondo, en el marco de sucesivos procesos- firme e irrevocable”¹⁷.

A fin de que esta característica pueda atribuirse a una resolución, es necesario que podamos hallar tres elementos: la identidad de cosa pedida, de causa de pedir y de personas. Tradicional es estudiarla dividida en la cosa juzgada formal y material o sustancial¹⁸.

Por una parte, se ha definido a la cosa juzgada formal como la característica de ciertas resoluciones, consistente en que ellas no pueden ser atacadas en el mismo juicio o procedimiento en el cual se pronunciaron; por otra, se señala que la cosa juzgada material o sustancial, es aquella que ocasiona que ningún otro organismo jurisdiccional pueda pronunciarse respecto de lo resuelto en una resolución¹⁹. Elementos esenciales a la cosa juzgada material, son la inimpugnabilidad e inmutabilidad de la resolución de que se trata.

Luego, dentro del género de la cosa juzgada, es esencial decidirse por una de las especies que la conforman: La cosa juzgada formal o material. Esto se explica, ya que en razón de la primera sería posible volver a discutir (y resolver) lo decidido en una sentencia y, por la segunda, la sentencia es inmutable, por lo cual no es discutible en otro juicio.

En este sentido, el considerando sexto de la sentencia anulatoria deja sin efecto la cosa juzgada material que irroga la sentencia del JPL. Recordemos que Prospektor SPA, el usuario de aparcamiento, antes de deducir la acción ante el juez civil (indemnización de perjuicios) que deriva en la sentencia que se comenta, dedujo la misma acción ante otro juez (indemnización de perjuicios), el de policía local de Calama. Agreguemos que, ante el juez de policía local el usuario presentó, en lo que interesa, dos pretensiones en su demanda. La primera consistió en que se condenara infraccionalmente a la empresa concesionaria de estacionamientos, mientras que la segunda versó acerca de la petición de pagar una indemnización por los perjuicios ocasionados. El juez de policía local de Calama desechó la demanda, pues el plazo para presentar la acción infraccional era de seis meses.

Así, la Corte Suprema, puesta en el dilema de decidir si debe entrar a conocer y resolver de la acción indemnizatoria, decidió que

los derechos de los individuos, el derecho de todos debe sobreponerse a las pretensiones de alguno” CLARO (1898), p. 35.

¹⁷ CALAZA (2009), pp. 32-33.

¹⁸ CLARO (1898), pp. 36-39.

¹⁹ ALESSANDRI *et al.* (1998), p. 135.

“al parecer, el tribunal [Juzgado de Policía Local] entendió que la segunda [acción indemnizatoria] estaba incrustada o anidada en la primera [acción infraccional] y es, por tanto, dependiente de ella (eso no obstante la enfática amplitud, sin dependencia, dispuesta en el artículo 50 A. de la ley 19.496)”.

Agrega el máximo tribunal:

“con esa actitud, el resultado fue que el conflicto substantivo propuesto al Juzgado de Policía Local no recibió decisión y su rechazo fue el producto de una explicación técnica eminentemente formal (por demás no bien justificada)”.

Derivado de lo anterior, y acudiendo al concepto de cosa juzgada formal, la Corte Suprema argumenta:

“hasta ahora no hay decisión substancial es que surgen con naturalidad aseveraciones como estas: no hay riesgo de decisiones contradictoras; no hay atentado a la seguridad que irradian las soluciones judiciales; y, finalmente, no puede ser negado el acceso a la administración de justicia”²⁰.

La sentencia en comento elige acudir a la exposición de la cosa juzgada que efectúa el profesor Alejandro Romero. En su obra, el referido académico aborda los efectos de la cosa juzgada formal. Aduce que la cosa juzgada formal puede darse, pero en situaciones excepcionales, cuales son la cláusula *rebus sic stantibus* o, bien, en razón de la singularidad del procedimiento utilizado. La primera causal que arguye no se vincula con el caso de autos, pues se relaciona con decisiones que son, en sí mismas, revisables, tal como aquellas que otorgan o deniegan alimentos, o derechos derivados de la relación directa y regular con un menor. La segunda causal pasa a tener un relevante lugar para este caso. Por ello, resulta necesario dilucidar si, en este conflicto, concurren los supuestos de la cosa juzgada formal, que establece el autor referido por la Corte Suprema.

Señala, asimismo, que

“es una tónica procesal muy antigua atribuir eficacia de cosa juzgada formal a las decisiones dadas en juicios sumarísimos [...] En primer lugar, los procesos de esta clase carecen de un ‘contradictorio’ adecuado, que permita a las partes discutir con amplitud sobre el derecho controvertido, en términos de cerrar el debate para siempre; esta sumariedad aumenta el riesgo de un posible error judicial en la decisión. Si la cosa juzgada material es la certeza plena que se reconoce a una decisión, es lógico que

²⁰ CORTE SUPREMA (2019).

ella se consiga –en principio– solo en los juicios donde disminuyen al máximo las posibles equivocaciones judiciales, permitiendo a las partes realizar una amplia actividad de discusión y prueba”²¹.

Consecuencia de lo anterior es necesario estudiar si en sede de policía local existe el debido proceso. Específicamente debiésemos constatar la ausencia de sus elementos esenciales, cuales son la bilateralidad de la audiencia y la oportunidad de formular prueba, y evaluar la prueba de la contraria. La Ley n.º 18287, en su título I establece el procedimiento general. En su artículo 1º aclara que es un procedimiento judicial (frente a un tercero imparcial e independiente), más adelante, en sus artículos 10º y 12º, precisa que existe un término probatorio y que es posible examinar la prueba de la contraparte. Por lo anterior, y de acuerdo con el criterio que el Tribunal Constitucional ha sostenido al efecto, al decidir que un procedimiento judicial es conforme a la Constitución, no puede calificarse al procedimiento descrito en la Ley n.º 18287 como aquellos sumarísimo, ni corresponde –en abstracto– a uno en que no se respete el debido proceso.

Entonces, por qué en este caso se aplicó la cosa juzgada formal: se aplicó puesto que el consumidor ejerció inoportunamente su demanda, resultado de lo cual el juez de policía local, siguiendo un procedimiento racional y justo, declaró que esta estaba prescrita.

Distinto es que el procedimiento presente vicios, producto de lo cual no se pueda conocer ni resolver cualquier acción indemnizatoria (responsabilidad del legislador); a que el ejercicio del procedimiento por parte del usuario de estacionamiento haya sido erróneo o negligente, resultado de lo cual no se puede conocer su acción indemnizatoria (responsabilidad del usuario). En este caso parece tener lugar lo segundo, más que lo primero.

2.2. De los precedentes de la Corte Suprema en situaciones análogas

El expuesto criterio es compartido por la propia Corte Suprema en fallos anteriores, ya que en situaciones similares decidió de distinto modo. Estas sentencias establecen que si una acción se ejerce erróneamente, y fruto de ello se resuelve el conflicto, opera la cosa juzgada material. De igual modo, el máximo tribunal afirma que es necesario tener presente el carácter de excepcional de la cosa juzgada formal.

La Corte Suprema, cuatro años antes del fallo en comentario señaló lo contrario, en un caso que no presenta diferencias relevantes. Eso sí, se trataba

²¹ ROMERO (2002), pp. 29-31.

de una acción de demarcación mal ejercida y no de una acción ejercida por un consumidor. Se trata del caso Inversiones Invierta Patagonia Ltda. con Toledo (2015). Los hechos de caso pueden resumirse como los siguientes, mientras en el primer juicio se ejerció la acción de demarcación, pero nada se resolvió, pues se estimó que el objeto del juicio era un problema que excedía esta acción, en el segundo se enderezó la misma acción entre las mismas partes, idéntico objeto pedido, y ante el mismo tribunal. Lo distinto era la parte petitoria de la demanda.

Al igual que en el caso en comento, en el segundo juicio la parte demandante fue vencida en los tribunales de la instancia, y dedujo casación en el fondo. Pero a diferencia de este caso, en aquel la Corte Suprema rechazó la acción anulatoria. Luego de definir la cosa juzgada, la Corte Suprema señaló:

“3° [...] en ambos juicios [...] la acción incoada es la de demarcación sustentada [...] de la observación de las peticiones concretas formuladas en ambas demandas se colige que, no obstante tener redacciones distintas, las razones o motivos que las fundamentan son idénticos [...] razonamientos que condujeron a acoger la excepción de cosa juzgada, para, en definitiva, evitar que se vuelvan a discutir y juzgar los mismos hechos”.

Por su parte, la disidencia expuso los mismos argumentos que corresponden a los expresados por la sentencia que se comenta. Se dijo que en el caso concurre la

“–cosa juzgada adjetiva o formal– ya que en dicho pleito nada se decidió acerca del fondo del debate [...] Por consiguiente, corresponde tener presente los límites de la institución en comento [...] dichos límites, denominados en doctrina como la relatividad de la cosa juzgada y aceptados desde antiguo, se fundan en el principio lógico e irrefragable en orden a que si ciertas y determinadas personas han intervenido en un juicio litigando acerca de una cuestión también precisa y determinada, la sentencia que falle la controversia sólo obligue a quienes litigaron con respecto al asunto discutido y que, a la inversa, no obligue a quienes no litigaron ni tampoco a quienes litigaron, con respecto a asuntos no discutidos ni sentenciados”.

El criterio expuesto no es novedoso, la misma razón se aplicó en Zeneno con Startel S.A (2011). Los hechos del caso son similares al anterior, en un primer juicio se ejerció la acción reivindicatoria, pero nada se resolvió, ya que se dijo que la cosa reivindicada estaba mal singularizada, en el segundo pleito se renueva la acción. Se dice por el demandante, que la primigenia sentencia no se pronunció acerca del fondo, sino que se desechó por el incumplimiento de un requisito formal. En el segundo juicio la demandante

pide anular el fallo de la Corte de Apelaciones, el cual replica el criterio del juez civil de primera instancia.

La sentencia de la Corte Suprema rechaza la petición de anulatoria. Lo relevante de la sentencia y su aplicación al caso de autos, corresponde a la consideración de la institución de la cosa juzgada formal, la que según este pronunciamiento es excepcional, ya que expresa que

“la cosa juzgada formal o procesal [...] sólo opera en supuestos excepcionales, como los de los artículos 467, 473 y 478 de nuestro Código de Procedimiento Civil, en el juicio ejecutivo, cuando a petición de parte el tribunal reserva para juicio ordinario posterior las acciones y excepciones hechas valer por ejecutante y ejecutado, respectivamente, no obstante haber quedado firme la sentencia que se pronuncia en la vía ejecutiva”

agrega el fallo que otros ejemplos son los “artículos 570, 576, 581 y 615” del *Código de Procedimiento Civil*.

En nuestro concepto, la presente sentencia deja desprovista de fuerza a la cosa juzgada, puesto que argumenta que es posible revisar por segunda vez lo decidido. Señala que del caso concreto concurren los elementos de la cosa juzgada formal, lo que es contrario a los que ha dicho en ocasiones anteriores.

Lo cierto es que, en este caso, estimamos que no se cumple lo señalado por Rodrigo Momberg, quien afirma que en materia del consumidor “no se pretende que el derecho proteja a la parte negligente o displicente, sino evitar que proteja o deje sin sanción al que abusa de su posición”²².

CONCLUSIÓN

1. La Corte Suprema constata que, en el contrato de estacionamiento, al igual que todas las materias del consumidor, no existe una norma que regule todos sus aspectos. Al momento de analizar los límites normativos del contrato de aparcamiento, define correctamente su carácter de ley especial, que prima sobre otra disposición general. A la vez, establece que la Ley del Consumidor complementa al *Código Civil*, dado que, en ese caso, el contrato de estacionamiento tiene aspectos recogidos en el contrato de arrendamiento de servicios.
2. Por su parte, la sentencia aplica la institución de la cosa juzgada formal, para rever un asunto ya decidido por otro juez en un procedimiento anterior. Sostenemos que en el caso no se configuran los requisitos para decidir analizar nuevamente lo zanjado en una

²² MOMBERG (2015), p. 749.

sentencia que debiese tener el efecto de la cosa juzgada material, al igual como lo señaló la Corte Suprema en precedentes anteriores y relacionados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALESSANDRI *et al.* (1998).

BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2014): “La articulación de remedios en el sistema de la responsabilidad civil del consumo”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLII, pp.: 57-82. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100002

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo (2010): “Jurisprudencia por daños en estacionamiento de vehículos regido por la “Ley del consumidor””, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIV, pp. 39-73. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000100001

BERMÚDEZ, Jorge (2000): “Estudio de los conceptos técnico-jurídicos del derecho administrativo ambiental”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. II, n.º 2, pp. 459-471. Disponible en http://derechoadministrativoeconomico.uc.cl/images/stories/pdf_articulos_redae/2000b/rdae2000_2_15_bermudez.pdf

CALAZA, Sonia (2009): *La Cosa Juzgada* (Madrid, Editorial La Ley).

CLARO, Luis (1898): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Establecimiento Poligráfico Roma), tomo I.

FUENZALIDA, Eduardo (2018): “El acto de consumo como hecho y la responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 25, n.º 1: pp. 121-152. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000100121

JARA, Ronny (2006): “Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: aplicación de la ley 19.496 y modificaciones de la ley 19.955”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, n.º 12, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, pp. 21-58. Disponible en: <https://www.uandes.cl/wp-content/uploads/2019/03/Cuaderno-de-Extensi%C3%B3n-Jur%C3%ADdica-N%C2%B0-12-La-Protecci%C3%B3n-de-los-Derechos-de-los-Consumidores-en-Chile.pdf>

MOMBERG, Rodrigo (2015): “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 43, n.º 2, pp. 739-705. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000200017

RODRÍGUEZ, María Sara (2014): “Responsabilidad por incumplimiento de contratos de servicios. La protección del consumidor y del cliente por prestaciones

defectuosas”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 3, pp. 791-823. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-34372014000300002&lng=es&nrm=iso

ROMERO, Alejandro (2002): *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Normas citadas

Código civil chileno, DFL n.º 1 del Ministerio de Justicia, 30 de mayo de 2000.

Código de Comercio, del Ministerio de Justicia, 23 de noviembre de 1865.

Código Sanitario, DFL n.º 725 del Ministerio de Salud Pública, 31 de enero de 1968.

Ley n.º 18101 fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos, 29 de enero de 1982.

Ley n.º 18287 sobre procedimiento ante los Juzgados de Policía Local, 7 de febrero de 1984.

Ley n.º 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 9 de marzo de 1994.

Ley n.º 19496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, 7 de marzo de 1997.

Ley n.º 19880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, 29 de mayo de 2003.

Ley n.º 20417 crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 26 de enero de 2010.

Ley n.º 20600 crea los Tribunales Ambientales, 28 de junio de 2012

Jurisprudencia citada

CORTE SUPREMA (2019): Rol 44260-2017, Prospektor SPA con Consorcio Aeroportuario de Calama S.A., 7 de marzo de 2019.

CORTE SUPREMA (2017): Rol 21899-15, Villagrán con Llanos, 5 de enero de 2017.

CORTE SUPREMA (2016): Rol 7396-16, Comité de Adelanto Los Molles y Otros con Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental de Valparaíso, 15 de junio de 2016.

CORTE SUPREMA (2015): Rol 21328-14, Inversiones Invierta Patagonia Ltda. con Toledo, 20 de mayo de 2015.

JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE CALAMA (2015): Rol C-1958-2015, Prospektor SPA con Consorcio., 9 de marzo de 2015.

CORTE SUPREMA (2011): Rol 8842-09, Zenteno con Startel S.A., 11 de octubre de 2011.

LA ACCIÓN RESOLUTORIA Y LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO EN EL MARCO DE LOS INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS

THE RESOLUTIONARY ACTION AND THE EXCEPTION OF CONTRACT NOT FULFILLED IN THE FRAMEWORK OF THE RECIPROCAL BREACHES

*Anibal Korn Agusti**

RESUMEN: Se analizan los alcances de la excepción de contrato no cumplido al alero de la acción resolutoria en un caso de incumplimientos recíprocos. Para ello se examinarán los problemas que plantea la excepción de contrato no cumplido en torno a la acción de cumplimiento forzado, la acción resolutoria y la indemnización de perjuicios para –finalmente– reflexionar sobre la necesidad de distinguir entre los perjuicios que son susceptibles de ser reparados en razón de la pretensión indemnizatoria.

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento - Acción resolutoria - Excepción de contrato no cumplido - Indemnización de perjuicios - Cumplimiento forzado.

ABSTRACT: In this paper we are going to analyze the exception of not fulfilled contract in the context of the resolutive action in a case of reciprocal contract breach. In consequence, we need to examine the problems raised by the exception of not fulfilled contract in the action of enforced compliance, resolutive action and compensation for damages, and –finally– meditate on the need to distinguish between damages that are likely to be repaired on account of the indemnification claim.

KEYWORDS: Contract Breach - Resolutive Action - Exception of Unfulfilled Contract - Compensation - Enforced Compliance.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile y becario del programa de Magíster con mención en Derecho Privado de la misma casa de estudios. Correo electrónico: akorn65@gmail.com.

1. EL PROBLEMA

Desde el principio de los tiempos, los contratos que celebraban los sujetos eran de ejecución simultánea, un hombre entregaba una determinada porción de su caza mientras su contraparte le entregaba parte de su cosecha. Este tipo de convenciones naturalmente no suponían una ejecución diferida de las obligaciones. Sin embargo, en la actualidad nos vemos enfrentados a un universo de contratos tan amplio y complejo como la propia autonomía de la voluntad, pues ya no se trata de contratos simples, sino por la inversa, de instrumentos intrincados cuyo objetivo es satisfacer necesidades igualmente complejas. La evolución del hombre –como era de esperarse– significó, también, un cambio en los contratos que celebra para satisfacer necesidades que ya no son inmediatas, sino que se proyectan en el tiempo. Esa evolución –en lo que nos interesa– ha dado lugar a los contratos de ejecución diferida o duradera, es decir, aquellos contratos “cuyo cumplimiento se desenvuelve en el tiempo, con o sin solución de continuidad”¹, en los que el riesgo de incumplimiento es latente.

El presente comentario tiene por objetivo estudiar una hipótesis particular en esta clase de obligaciones, esto es, qué sucede cuando ambas partes incumplen sus obligaciones y cómo ello se incardina con la acción de cumplimiento forzado, la acción resolutoria y la acción indemnizatoria en relación con la excepción de contrato no cumplido. El desafío que nos proponemos, entonces, es analizar –a la luz del caso que expondremos a continuación– si el incumplimiento recíproco admite la resolución (o el cumplimiento forzado) del contrato aun cuando se haya opuesto la excepción de contrato no cumplido o, bien, si aquella excepción es sinónimo de la pervivencia del contrato cuya resolución ha sido solicitada. Asimismo, abordaremos qué incidencia tiene la postura que tomemos para con la determinación de la procedencia de la indemnización de perjuicios que pueda caber a alguna a las partes.

Por lo anterior, en una primera sección abordaremos brevemente el caso en torno al cual plantearemos nuestras interrogantes, en un segundo acápite desarrollaremos algunas problemáticas asociadas a la resolución, el cumplimiento forzado y la indemnización de perjuicios ante la excepción de contrato no cumplido en el marco de los incumplimientos recíprocos y, en un tercer acápite, expondremos la importancia de distinguir los efectos resolutorios de aquellos que obedecen propiamente a las obligaciones indemnizatorias a las que haya lugar.

¹ PEÑAILILLO (2003), p. 345.

2. EL CASO: NELSON LORCA VILLAGRÁN CON SOCIEDAD COMERCIAL HORIZONTE LTDA.

El Juzgado Civil de Villarrica conoció –bajo el rol N° C-21.020-2010– la demanda ordinaria de resolución de contrato con indemnización de perjuicios interpuesta por Nelson Lorca Villagrán en contra de la Sociedad Comercial Horizonte Limitada. Aquella acción tenía por objetivo declarar la resolución del contrato de “compraventa, hipoteca y prohibición” a través del cual el actor compró un inmueble a la sociedad. El precio de la venta se pactó en la suma de \$12 000 000, el cual se pagaría con una cuota al contado, ascendente a \$1 500 000, noventa cuotas mensuales de \$120 000 y una cuota final de \$200 000. En el instrumento, las partes pactaron una cláusula de aceleración y, asimismo, el comprador garantizó el cumplimiento de sus obligaciones mediante garantía hipotecaria. El inmueble se entregó materialmente el mismo día de la suscripción del contrato, sin embargo, la inscripción fue promovida por el comprador transcurridos aproximadamente seis meses desde la suscripción, trámite que fue rechazado por el Conservador de Bienes Raíces de Temuco por encontrarse el inmueble inscrito a nombre de un tercero que había adquirido la propiedad y que, por lo demás, era la cónyuge del representante legal de la sociedad demandada.

En razón del contrato, el comprador había pagado parte del precio, especialmente la cuota al contado y las primeras dos cuotas mensuales, además de haber incurrido en gastos de cerramiento del sitio a solicitud del propio vendedor. Una vez que el comprador se percató de la situación dejó de cumplir con el pago de las cuotas sucesivas y demandó, además de la resolución del contrato, una indemnización de perjuicios a título de daño emergente que comprendía todos los gastos en que había incurrido hasta el momento, así como también a título de daño moral *el doble de la deuda* que adquirió en razón del contrato. El demandado –inicialmente en rebeldía– opuso como defensa excepción de contrato no cumplido, sosteniendo que no procedía la acción resolutoria, ni tampoco la reparación de los perjuicios que se reclamaban.

El tribunal de primera instancia acogió la demanda, declarando la resolución del contrato y, además, concedió indemnización de perjuicios prácticamente en los mismos términos solicitados por el demandante². Empero, la Corte de Apelaciones de Temuco revocó aquella sentencia únicamente en la parte en que el tribunal *a quo* concedió la acción reparatoria, ya que a su juicio ninguna de las partes había dado *cumplimiento importante* al contrato,

² JUZGADO CIVIL DE VILLAGRICA (2012).

no encontrándose ninguna de ellas en mora y, por consiguiente, haciendo improcedente la pretensión indemnizatoria requerida³.

Ante aquel fallo de segunda instancia, el actor interpuso recurso de casación en la forma por haber preterido la Corte de Apelaciones pronunciarse sobre los efectos propios de la resolución. La impugnación promovida por el actor fue acogida por la Corte Suprema, la que acto seguido y sin nueva vista, pronunció una sentencia de reemplazo que terminó por confirmar el fallo de primera instancia, declarando la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, pero acotando estos últimos solamente al daño emergente reclamado, toda vez que no había suficientes antecedentes que justificaran el daño moral promovido por el demandante⁴.

Lo relevante del fallo de la Corte Suprema, es que representa una modificación sustancial a la doctrina y a la jurisprudencia que en la materia venían sosteniendo los tribunales superiores de justicia y además, permite articular lo que –a nuestro juicio– representa la manera correcta en que deben operar la acción de cumplimiento, la acción resolutoria y la indemnización de perjuicios en relación con la excepción de contrato no cumplido.

3.- ¿QUÉ PROBLEMAS PLANTEA LA RESOLUCIÓN DE UN CONTRATO ANTE INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS?

Una acción resolutoria con indemnización de perjuicios como la que nos convoca, despierta la necesidad de preguntarnos acerca de la procedencia del cumplimiento forzado de las obligaciones, de la acción resolutoria y de la indemnización de perjuicios, cuando la defensa que se esgrime tiene relación con la excepción de contrato no cumplido. Para ello es necesario determinar si la mora opera como requisito de dichas acciones y, por consiguiente, si estas proceden o no ante la mentada excepción en el marco de los incumplimientos recíprocos.

3.1. *La tesis tradicional y la tesis moderna*

Lo primero que cabe advertir de la interrelación de los artículos 1489, 1552 y 1546 del *Código Civil* es que se trata de normas que –en su origen– regulan hipótesis de incumplimientos totales, es decir, cuando ninguna de las partes ha dado inicio a la ejecución de sus obligaciones. En ese contexto, la postura

³ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (2012).

⁴ CORTE SUPREMA (2014)

tradicional –tanto de la doctrina clásica como de la jurisprudencia– ha sostenido que debe rechazarse tanto la acción de cumplimiento como la acción de resolución y la indemnización de perjuicios, pues “la excepción de contrato no cumplido es un dique amplio que ataja estas tres acciones”⁵.

El fundamento para rechazar aquellas acciones es que todas tienen como requisito la mora del deudor en los términos del artículo 1552 del *Código*, según el cual

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”

por lo que si ocurren incumplimientos recíprocos, no existiría mora y, por ende, debían rechazarse las acciones mientras el demandante no hubiese cumplido ni se encontrase llano a cumplir.

En efecto, Arturo Alessandri Rodríguez⁶, criticando una sentencia que accedió a la resolución en un caso de incumpliendo recíproco, advertía que ello contravenía el texto expreso de los artículos 1489 y 1552 del *Código de Bello*, porque aquella acción se le otorga al contratante que *ha cumplido o que se encuentra llano a cumplir*, hipótesis que no se configura en los incumplimientos recíprocos. En idéntico sentido se pronunciaron con posterioridad los profesores Pablo Rodríguez Grez⁷, Emilio Rioseco⁸ y Carlos Pizarro Wislon⁹.

Ciertamente esta postura entrañaba dificultades prácticas que eran a todas luces inadmisibles, no solo porque se *congelaba* el contrato impidiendo que se resolviera o se ejecutara forzosamente, sino, además, porque mantenía a las partes unidas por un contrato que –en mayor o menor medida– habían repudiado.

Esa postura clásica se volvió más cuestionable cuando se aplicó al caso de los cumplimientos parciales, pues como ocurre en este caso *sub lite*, el comprador se vería impedido de accionar y, más grave aún, estaría conminado a cumplir con un contrato a sabiendas de que no recibirá la contraprestación que lícitamente había convenido con el vendedor.

Reconociendo las problemáticas que representaba la interpretación tradicional, mediante sentencia de fecha 4 de diciembre de 2003, la Corte Suprema dio un vuelco en la materia, admitiendo la procedencia de la

⁵ CAPRILE (2012), p. 64.

⁶ ALESSANDRI (1931), pp. 689-696.

⁷ RODRÍGUEZ (2004), pp. 121-130.

⁸ RIOSECO (1984), pp. 107-110.

⁹ PIZARRO (2005), pp. 317-342.

acción resolutoria en el caso de incumplimientos recíprocos, señalando de manera elocuente:

“En efecto no parece justo ni equitativo dejar a las partes ligadas por un contrato que ambas no quieren cumplir y que de hecho aparece así ineficaz por voluntad de las mismas. Luego no pugna, por lo tanto, con la índole y naturaleza de los principios jurídicos que informan la acción resolutoria que ella, se acoja en este caso, porque la resolución, es precisamente el medio que la ley otorga para romper un contrato que nació a la vida del derecho, pero que no está llamado a producir sus naturales consecuencias en razón de que las partes se niegan a respetarlo y todavía, porque acogiéndola se llega a la realidad propia de toda resolución, cual es que las cosas puedan restituirse al estado anterior, como si el contrato no hubiese existido”¹⁰.

En esa sentencia la Corte Suprema sostuvo que existía una laguna legal en el caso de los incumplimientos recíprocos, por lo que debía integrarse aquella laguna jurídica otorgando la resolución.

Aquella postura ya había sido promovida en el año 1947 por Augusto Elgueta, quien advertía lo errado que resultaba desestimar la resolución ante incumplimientos recíprocos, pues ello significaba condicionar aquella acción al cumplimiento de las obligaciones propias, cuestión que era improcedente¹¹. Autores como Enrique Alcalde fueron más allá, señalando que la mora solo representa un requisito para la indemnización de perjuicios, mas no en el caso de las acciones resolutorias o de cumplimiento forzado¹².

Otros fallos confirmaron la posición de la Corte Suprema, que finalmente se inclinó por acoger la acción resolutoria, pero sin otorgar indemnización de perjuicios, pues a su entender, la ausencia de mora no permitía justificar la reparación de los eventuales perjuicios¹³.

No obstante, aplicar aquel criterio a todos los casos de incumplimientos recíprocos se traduce en desconocer ciertos matices que, sin duda, reconducen a la procedencia de la indemnización de perjuicios, especialmente en el caso de cumplimiento parciales por una de las partes, pues en la especie, si bien se restituyen las prestaciones en razón del efecto resolutorio, parece injusto desconocer el daño que puede haber sufrido el actor por haberse frustrado el fin práctico del contrato, máxime cuando la excepción de contrato no cumplido que se formula se encontraría sobradamente justificada al

¹⁰ CORTE SUPREMA (2003).

¹¹ ELGUETA (1952), pp. 75-87.

¹² ALCALDE (2004), p. 84.

¹³ CORTE SUPREMA (2009).

haberse transferido el inmueble a una tercero que –como si fuera poco– era la cónyuge del representante legal de la sociedad demandada.

3.2. *¿Cuándo nos enfrentamos a incumplimientos recíprocos?*

Antes de adentrarnos en las razones que nos llevarán a establecer cómo interactúan la acción compulsiva, la acción resolutoria y la indemnización de perjuicios frente a la excepción de contrato no cumplido, es oportuno aclarar cuándo nos encontramos verdaderamente ante hipótesis de incumplimientos recíprocos, pues, por una parte, puede que ambos contratantes hayan incumplido el contrato, pero no de forma total o, también, puede suceder que exista incumplimiento total de una de las partes, pero cumplimiento parcial de la otra.

Precisamente en estas últimas hipótesis es que la doctrina moderna adolece de problemas, pues cuando el demandado esgrime como defensa la excepción de contrato no cumplido, lo cierto es que en muchas ocasiones el incumplimiento que sirve de base para la excepción es verdaderamente reconducible a un incumplimiento específico, quedando justificado –en consecuencia– que el actor que promueve la acción resolutoria –o, incluso, el cumplimiento forzado– haya cesado en el cumplimiento de sus obligaciones, por lo que resulta relevante que la judicatura se haga cargo de las razones que llevaron a aquel cese.

En palabras de Juan Ignacio Contardo,

“En el fondo, tras una situación aparente y objetiva de incumplimientos recíprocos, en realidad hay un solo incumplimiento: el que provoca la inejecución de la contraparte, y esto permite justificar la tanto la declaración de resolución y la condena en daños”¹⁴.

Para esclarecer esta situación es que resulta necesario seguir el razonamiento de Clemente Meoro, quien propone que cuando el demandado se defiende señalando que el demandante también ha incumplido, debemos determinar qué incumplimiento es prevalente para efectos de la resolución, para lo cual se puede recurrir a un criterio:

- i) cronológico, en razón del cual el incumplimiento anterior es el resolutorio;
- ii) causal, a partir del cual dará lugar a la resolución aquel que es causa del incumplimiento del otro o
- iii) proporcional, donde será resolutorio aquel con mayor incidencia en la economía del contrato¹⁵.

¹⁴ CONTARDO (2014), pp. 341-350.

¹⁵ MEORO (1998), pp. 179.

Por consiguiente, solo si los incumplimientos no son reconducibles al comportamiento de una sola de las partes estaremos verdaderamente ante incumplimientos recíprocos. Ciertamente en la especie, si aplicamos los criterios expuestos precedentemente, podemos concluir que no existen verdaderamente incumplimientos recíprocos, sino que existe un incumplimiento jurídicamente justificado y otro no.

3.3.- *Entonces, ¿Qué acciones proceden ante incumplimientos recíprocos y cómo opera la excepción de contrato no cumplido?*

En relación con la acción de cumplimiento, parece evidente que la excepción de contrato no cumplido lograría al menos suspender la acción compulsiva, toda vez que precisamente ese sería su objeto, siendo indiferente la mora según lo dispuesto en el artículo 1537 del *Código Civil*. Sin embargo, si el actor cumple o acreditará encontrarse llano a cumplir, no cabrá más que rechazar la excepción y acoger el cumplimiento forzado. En este último caso, al tenor del artículo 1557, solo procedería la indemnización de perjuicios a partir del cumplimiento de la obligación propia y no mientras dure el incumplimiento recíproco¹⁶.

Por otro lado, ante incumplimientos recíprocos, efectivamente procedería la acción resolutoria. Siguiendo la doctrina moderna, se comprende que el artículo 1489 del *Código Civil* establece la posibilidad de resolver el contrato ante el mero incumplimiento, sin necesidad de mora. Por ello que autores como Antonio Morales Moreno sostienen que se sigue una noción *objetiva* de incumplimiento, cuestión que únicamente exige que este sea relevante o grave para solicitar la resolución, lo que se encuentra ajustado a una visión en la cual lo central es la protección del interés del acreedor¹⁷.

A lo anterior se suma el hecho de que la mora –regulada en los artículos 1551 y 1552 del *Código Civil*– es un instituto distinto de la excepción de contrato o cumplido, pues una cosa es que la mora de una parte purga la mora de la otra, pero muy distinto es permitir la inejecución de la obligación propia mientras la otra no cumpla o se allane a cumplir la suya, misma conclusión que se desprende del *Code* francés y de los otros códigos que lo siguieron¹⁸.

Esa distinción nos lleva a concluir que la mora será una exigencia para la procedencia de la acción reparatoria, pero no de la acción resolutoria o la acción de cumplimiento. Por su parte, la excepción de inejecución permitiría detener ambas acciones, sin embargo, en el caso de la acción resolutoria

¹⁶ CAPRILE (2012), p. 82.

¹⁷ MORALES MORENO (2006), p. 89.

¹⁸ CAPRILE (2012), p. 82.

tendremos que distinguir si estamos ante una hipótesis de un único incumplimiento esencial –como en el caso que sirve de análisis– o si estamos ante una verdadera hipótesis de incumplimientos recíprocos.

En el primer caso –incumplimiento esencial– el sentenciador deberá acoger la acción resolutoria del actor, rechazando la excepción de contrato no cumplido opuesta por el demandado, al no configurarse un incumplimiento que revista la el carácter grave y esencial necesario para formularla.

En el segundo caso –ante un verdadero incumplimiento recíproco– el juez deberá resolver el contrato, lo que parece ajustado ante el palmario mutuo disenso de las partes, la laguna que debe ser integrada en razón del artículo 1489 y por el hecho de que esta última disposición no exige que el actor haya cumplido sus obligaciones¹⁹. A esa misma conclusión llegan Meoro en España²⁰ y Thomas Genicon en Francia²¹.

Por su parte, en relación con la procedencia de la indemnización de perjuicios, la regla general será el rechazo de la misma en razón de lo dispuesto en los artículos 1552 y 1557 del *Código Civil*, pues ninguno de los contratantes estaría en mora si el otro no ha cumplido o se encuentra llano a cumplir sus obligaciones. Sin embargo, compartimos con Brunor Caprile que aquel análisis parece más bien superficial, pues no abarca aquellas hipótesis –como el caso en análisis– en que la indemnización parece ser procedente y debe analizarse bajo una ponderación de los incumplimientos involucrados. Lo superficial de esa regla general puede observarse en claridad en el caso que nos convoca.

En efecto, la Corte de Apelaciones de Temuco sostuvo:

“La ley chilena no pesa el retraso culpable de cada uno de los contratantes en el cumplimiento de sus obligaciones. Es decir no cuantifica ni dimensiona la mora de cada una de las partes a fin de sacar conclusiones o consecuencias jurídicas de mayor entidad o envergadura para el contratante más recalcitrante, obstinadamente incumplidor, o que hubiese incurrido en violaciones especialmente graves de la convención”.

La Corte Suprema, enmendando aquel error sostuvo:

“De lo expuesto surge que la gravedad del incumplimiento requerida como presupuesto de la excepción no se divisa en la especie (...) Tal evidencia, además de no encuadrar con exactitud en la hipótesis prevista en el artículo 1552 del Código de Bello, impide tener por bastantes los

¹⁹ CAPRILE (2012), p. 82.

²⁰ MEORO (1998), p. 181.

²¹ GÉNICON (2007), p. 255.

argumentos esgrimidos por la demandada para sustentar la excepción de inexecución contractual, atendida la escasa gravedad o intensidad que se le puede atribuir al incumplimiento parcial que se invoca”.

Aunque la conclusión del máximo tribunal es acertada en otorgar la indemnización de perjuicios, creemos que no se debe al rechazo de la excepción de inexecución, sino a que en la especie existió únicamente un incumplimiento esencial, este es, la frustración del contrato causada por el vendedor al enajenar el inmueble a un tercero.

En efecto, la Corte Suprema entendió que la excepción de incumplimiento contractual no procedía porque la inexecución del actor no era de una magnitud suficiente para que la contraparte pudiera escudarse en esta circunstancia para no ser condenada de perjuicios. Sin embargo, como advierte Juan Contardo, lo que verdaderamente debe operar es un remedio contractual denominado “suspensión de cumplimiento”²².

Aquel remedio se encuentra previsto en el artículo 71.1 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Según la citada disposición

“cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si, después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte sustancial de sus obligaciones a causa de: a) un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia; o b) su comportamiento al disponerse a cumplir o al cumplir el contrato”.

En nuestro país la suspensión estaría regulada en el 1826 del *Código Civil*, que, si bien se encuentra en la regulación del contrato de compraventa, resulta perfectamente aplicable como una disposición general

“El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él. Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales. Todo lo cual se entiende si el comprador ha pagado o está pronto a pagar el precio íntegro o ha estipulado pagar a plazo. Pero si después del contrato hubiere menguado considerablemente la fortuna del comprador, de modo que el vendedor se halle en peligro inminente de perder el precio, no se podrá exigir la entrega aunque se haya estipulado plazo para el pago del precio, sino pagando, o asegurando el pago”.

²² CONTARDO (2014), pp. 347.

Entonces, siguiendo el razonamiento expuesto, en el caso *sub lite* no estamos ante un caso de incumplimientos recíprocos donde uno de estos resulta insuficiente para configurar la excepción de contrato no cumplido, sino que, por el contrario, existe un único incumplimiento esencial que ha frustrado el interés del comprador y que ha suspendido la ejecución del contrato por parte de este último, siendo procedente, en definitiva, que se le indemnicen los perjuicios que ha sufrido en razón del aquel incumplimiento²³.

En consecuencia, en la especie sí sería procedente la indemnización de perjuicios en favor del actor, ya que su incumplimiento estaría justificado por el incumplimiento esencial del vendedor, por lo que el fallo del máximo tribunal es acertado no solo en declarar la resolución del contrato, sino, también, en haber otorgado la consecuente indemnización de los perjuicios que significó para el comprador la frustración del objeto principal del contrato.

4. ¿QUÉ PERJUICIOS DEBEN INDEMNIZARSE EN EL MARCO DE LOS INCUMPLIMIENTOS RECÍPROCOS?

Una situación que debemos destacar es la apropiada distinción que realizó la Corte Suprema a la hora de establecer los montos indemnizables en el caso en comento, pues ciertamente salvó el error de la Corte de Apelaciones que rechazó las indemnizaciones sin hacerse cargo de los efectos de la resolución, situación que sirvió de fundamento para acoger el recurso de casación en la forma impetrado por el demandante.

En esta línea, más allá de que rechazó la pretensión reparatoria por daño moral por falta de prueba, acertadamente distinguió aquellas prestaciones que el vendedor debía al comprador por el efecto de la resolución, de aquellos perjuicios de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial susceptibles de ser reparados como indemnización de perjuicios.

Según reza el considerando décimo séptimo de la sentencia

“Pues bien, declarada como ha sido la resolución del contrato celebrado entre quienes ahora litigan entre sí, se ha impuesto la necesidad de que las partes queden restituidas al status jurídico que tenían antes de convenir. Surgen así, las obligaciones restitutorias entre aquéllas y, en el caso de que se trata corresponde, entonces, que el demandado devuelvan la cantidad de \$1.776.000 (un millón setecientos setenta y seis mil pesos) pagada

²³ En este contexto cobraría relevancia el factor de imputación que se aplique, pues ello podría, incluso, hacer responsable al deudor tanto de los perjuicios previstos como imprevistos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1558 del *Código* de Bello.

como parte del precio acordado, que se justificó en la forma dicha en el raciocinio undécimo que antecede y que se desglosa de la siguiente forma: a) \$1.500.000 (un millón quinientos mil pesos) enterados a la fecha de celebración del contrato de compraventa, el 14 de enero de 2009; b) \$121.000 (ciento veintiún mil pesos) y c) \$155.000 (ciento cincuenta y cinco mil pesos) solucionados, estos dos últimos montos, el 27 de febrero de 2009, según consta en los documentos de fojas 140 y 141 de autos”.

Luego, en el considerando décimo octavo, la misma Corte aclara:

“Que, también por concepto de daño emergente, la parte demandante solicitó se le indemnizaran los gastos de cerramiento de la propiedad objeto del contrato, gastos notariales y de redacción de escritura respectiva. De estos rubros sólo se accederá al primero, a saber, aquél que dice relación con los gastos de cerramiento y únicamente por la suma de \$293.950, monto que se tiene por demostrado con la factura agregada a fojas 170. En cuanto a lo demás pretendido por el actor, por los ítems señalados, no es posible estimarlo acreditado con las probanzas aportadas, resultando al efecto insuficiente la testimonial rendida, por carecer de precisión sobre los hechos y los valores reclamados”.

La prevención de la Corte Suprema es correcta, pues debe distinguirse entre las prestaciones que encuentran su origen en las restituciones que se deben las partes por el efecto resolutorio, de aquellas obligaciones indemnizatorias que nacen al alero de los perjuicios sufridos, sean estos de carácter patrimonial o extrapatrimonial.

Lo anterior permite entregar certeza y claridad respecto de las prestaciones y partidas indemnizatorias que se deben y, además, es esencial para evitar el enriquecimiento sin causa de la parte incumplidora, ya que podría utilizar su propio incumplimiento para obtener ventajas de la resolución, sin hacerse cargo de los perjuicios infundidos a quien ha cumplido o se encuentra llano a cumplir sus obligaciones.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2014): “Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido, algunas precisiones fundamentales respecto de su ámbito de aplicación”, en *Actualidad Jurídica*, año 4, n.º 8, Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1931): “‘Comentario’ a una sentencia de la C. Suprema, 9.07.1931”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, vol. 1, pp. 689-696.

- CAPRILE BIERMANN, Bruno (2012): “Algunos problemas ofrecidos por la excepción de contrato no cumplido y, en especial, el de su invocación para atajar la acción resolutoria en el caso de incumplimiento recíproco de los contratantes”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXIX, p. 64. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-68512012000200002&lng=es&nrm=iso
- CLEMENTE MEORO, Mario (1998): *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (Valencia, Editorial Tirant lo Blanch).
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio (2014): “Obligaciones y responsabilidad civil”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 23, Universidad Diego Portales. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722014000200011
- ELGUETA ORTIZ, Augusto (1952): “Entorno a la excepción”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, n.º 19.
- GÉNICON, Thomas (2007): *La résolution du contrat pour inexécution* (Paris, LGDJ, 2007).
- MEORO (1998).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2006): “Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria”, en *La modernización del derecho de obligaciones* (Madrid, Editorial Thomson Civitas).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2003): *Obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica Chile).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2005): “La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno”, en *Estudios de Derecho Civil I: Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (1984): “El onus probandi en la excepción del contrato incumplido”, en *Revista de Derecho*, n.º 176, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 107-110. Disponible en www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2248
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004): “Sobre la excepción del contrato no cumplido”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 9, pp. 121-130.

Jurisprudencia citada

- CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (2012): Rol n.º 708-2012, Nelson Lorca Villagrán con Sociedad Comercial Horizonte Ltda., 6 de diciembre de 2012.
- CORTE SUPREMA (2003): Rol N° 512-2003, Centro Médico Dental Santa Marta con Verdugo, 4 de diciembre de 2003.
- CORTE SUPREMA (2009): Rol n.º C-1744-2008, Parra Riffo Héctor con Rafide Morales, Juan Antonio, 19 de agosto de 2009.

CORTE SUPREMA (2014): Rol n.º 951-2013, Nelson Lorca Villagrán con Sociedad Comercial Horizonte Ltda., 18 de marzo de 2014.

JUZGADO CIVIL DE VILLARICA (2012): Rol n.º C-21.020-2010, Nelson Lorca Villagrán con Sociedad Comercial Horizonte Ltda., 4 de junio de 2012.

CONCEPTUALIZACIÓN
DEL DAÑO AMBIENTAL Y LA INTEGRACIÓN
DEL VALOR DE LOS SERVICIOS
ECOSISTÉMICOS EN LAS RESOLUCIONES
JUDICIALES.

COMENTARIO JURISPRUDENCIAL
DE LA SENTENCIA DEL TERCER TRIBUNAL
AMBIENTAL DE VALDIVIA, AUTOS ROL D-3-2014

CONCEPTUALIZATION OF ENVIRONMENTAL
DAMAGE AND THE INTEGRATION
OF THE VALUE OF ECOSYSTEM SERVICES
IN JUDICIAL DECISIONS. JURISPRUDENCIAL
COMMENTARY OF THE SENTENCE
OF THE THIRD ENVIRONMENTAL COURT
OF VALDIVIA, ROL D-3-2014

*Cristián Peña y Lillo Delaunoy**

RESUMEN: Se analiza la sentencia de daño ambiental de fecha 21 de junio de 2016, dictada por el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia, en la causa caratulada I. Municipalidad de Río Negro con SCV, rol D-3-2014. Nos avocaremos *solo* a dos *ámbitos de la sentencia* indicada, los cuales nos resultan relevantes destacar en este trabajo, que son:

- i) La conceptualización del daño ambiental y
- ii) La integración del valor de los servicios ecosistémicos en las resoluciones de daño ambiental a partir de la sentencia en estudio.

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Finis Terrae. Diplomado en Recursos Naturales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Pontificia Universidad Católica de Chile; candidato a magister en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. cpenaylillod@gmail.com

PALABRAS CLAVE: Daño ambiental - Reparación al medio ambiente - Servicios ecosistémicos - Principio de no regresión - Principio de complementación jurisprudencial.

ABSTRACT: This Works analyzes the judgment of environmental damage of date June 21, 2016, dictated for the third environmental court of Valdivia. We will focus only on two areas of the sentence indicated, which are relevant to us in this work, which are:

- i) The conceptualization of environmental damage, and
- ii) The integration of the value of Ecosystem Services in environmental damage resolutions from the sentence under study.

KEYWORDS: Environmental damage - Remedation to the environment - Ecosystem services - Principle of no regression - Principle of jurisprudencial complementation.

1. ANTECEDENTES DEL CASO

1.1. *Los hechos*

En el caso se discute la declaración de haberse producido daño ambiental imputable a la demandada y se solicita su reparación.

La causa se inicia por la interposición de una demanda por daño ambiental ante el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia. La demanda la interpone la I. Municipalidad de Río Negro, como titular de acción ambiental de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 de la Ley n.º 19300, en contra de SCV.

A través de la acción, la I. Municipalidad de Río Negro, insta al Tercer Tribunal Ambiental a que declare haberse producido daño ambiental y ordene la reparación del daño ambiental producido, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley n.º 19300.

La I. Municipalidad de Río Negro relata que en junio de 2014 el sector rural de Chifín Bajo se inundó por el desvío del río Chifín, producto de la destrucción de la ribera del predio de la Sra. SCV. Agrega que había recibido una presentación de la junta vecinal Chifín, donde se le solicitaba una solución a los problemas ocasionados por una inundación en el mes de junio del año 2014, a propósito de un fuerte temporal de viento y lluvia, cuando se desbordó el río Chifín, en el sector Chifín Bajo, comuna de Río Negro, Región de Los Lagos. Este evento inundó y destruyó cimientos de viviendas

del lugar y, además, generó pérdida de enseres. Los vecinos atribuyeron la responsabilidad en los hechos acontecidos a la extracción de áridos realizada por la Sra. SCV en su propiedad, adyacente al lugar del desborde del río, sin contar con "(...) informe de impacto ambiental".

Manifiesta, además, que el lugar fue posteriormente inspeccionado por funcionarios tanto municipales como de la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas (DOH), concluyendo que las inundaciones tuvieron su origen en la extracción de áridos desde el mismo predio.

Indica, que el director de obras de la Municipalidad informó de la existencia de dos autorizaciones para extraer áridos en el inmueble de la Sra. SCV y que ante tal constatación, la Municipalidad dispuso la paralización de las faenas extractivas, hasta la realización de trabajos de protección en la ribera del río Chifín, informándose de aquello a la DOH de Puerto Montt.

Finalmente, señaló la Municipalidad que a la fecha de la demanda no se habían realizado medidas reparativas en el lugar, motivo por el cual, atendido lo dispuesto por el art. 54 de la Ley de Bases Generales de Medio Ambiente (LBGMA), solicitó al tribunal que declare la existencia de daño ambiental, provocado por la Sra. SCV, y se le ordene a ella la reparación del mismo.

Por su parte, la Sra. SCV, negó que la inundación se hubiera debido a la extracción de áridos, y la atribuye a un caso fortuito o fuerza mayor –temporal de viento y lluvias–, o, subsidiariamente, a responsabilidad de Vialidad y de la Municipalidad por la falta de mantención de infraestructura vial y de drenaje.

La parte demandada, señaló en su contestación, que ella era propietaria de un inmueble rural de 6,78 hectáreas en el sector Chifín, de la comuna de Río Negro, correspondiente al km 3, de la Ruta U- 500. Agregó que el inmueble lo destinaba en parte –y personalmente– a una extracción menor de áridos, para lo cual contaba con todos los permisos necesarios. Asimismo, indicó que el inmueble contaba con un pozo de lastre de muy antigua data, pero que no se explotaba.

La Sra. SCV indicó destinar solo 3,83 ha a la extracción de material en una cantidad de 300 m³ mensuales, con una vida útil proyectada de extracción a diecinueve años. Estas circunstancias, a su juicio, hicieron innecesario el cambio de uso de suelo del inmueble. Igualmente, señaló que como su actividad se desarrollaba en una superficie menor a cinco hectáreas, con una proyección de extracción inferior a 100 000 m³ totales, no requería sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Por lo demás, señaló que sin reconocer responsabilidad en los hechos, ya había realizado los trabajos de reparación de la ribera del río en la parte siniestrada, a su costo.

La Sra. SCV se refirió a la inexistencia tanto de daño ambiental como de la obligación de reparar, y de culpa o dolo, fundada en eximentes de responsabilidad. Al respecto, argumentó la existencia de caso fortuito o fuerza mayor; y subsidiariamente le atribuye responsabilidad a Vialidad y a la Municipalidad.

Respecto de los fundamentos para considerar la inexistencia de daño ambiental, señaló que el desborde del río Chifin fue provocado por un fenómeno climático, lo que no tenía relación con su actividad. Agregó la Sra. SCV que la propia Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, en adelante "DGA", había constatado la reparación del cauce, y que los daños por los que se le demandaba, no constituían daño ambiental. Señaló, además, que el daño debía ser el resultado de una acción inferida, lo que no aconteció, porque jamás ha intervenido las riberas del río, ni extraído áridos directamente del cauce.

La Sra. SCV sostiene que en el caso que el tribunal estime la existencia de una acción de su parte, esta no cumpliría con el carácter de significancia exigido por la ley. Al respecto la demandada argumentó, que tanto la doctrina como la jurisprudencia, entienden que el daño debe ser analizado bajo un criterio cualitativo y no cuantitativo, no existiendo evidencia de haber alterado elementos irremplazables del ambiente, que hayan puesto en riesgo la salud de las personas o provocado contaminación en el sentido técnico de la ley.

La Sra. SCV señaló, además, que la demanda era genérica, y no precisaba cómo ni cuándo se habría verificado el cambio del cauce del río Chifín, ni quién en los hechos habría llevado a cabo la extracción de áridos.

La Sra. SCV, al referir a la inexistencia de la obligación de reparar, señaló que la Municipalidad solicitó en su demanda la reparación material, siendo que esta ya había sido realizada. Al respecto, señaló que la sentencia en materia de daño ambiental tiene por finalidad esencial ordenar la reparación *in natura* e indemnizar en caso que la reparación no sea posible. Sin embargo, la reparación ya se ha llevado a efecto, resultando los trabajos realizados completos e integrales.

La Sra. SCV desarrolló argumentos sobre la ausencia de culpa o dolo, fundados en la existencia de un sistema de responsabilidad subjetivo, de los arts. 3º, 51 y 52 de la LBGMA. Afirmó que los casos de presunción de responsabilidad están dados por infracción a normativa del art. 52, y que aplica supletoriamente el título xxxv del libro IV del *Código Civil*. Refirió, además, al caso fortuito o fuerza mayor, y atribuyó responsabilidad por hecho de terceros, a Vialidad y a la Municipalidad, por no haber mantenido los desagües de aguas lluvia, colindantes a la Ruta U- 500, que pasa por el sector.

De lo expuesto, la Sra. SCV solicitó al tribunal tener por contestada la demanda, y previo los trámites de rigor, fuere rechazada en todas sus partes, solicitando condenar en costas a la Municipalidad.

1.2. *La prueba*

En la causa en estudio, el tribunal determinó los siguientes puntos a ser probados:

- a) Efectividad de que la demandada ha desviado el cauce natural del río Chifín del sector Chifín Bajo, de la comuna de Río Negro, como resultado de labores de extracción de áridos, previo a los temporales de viento y lluvia del mes de junio de 2014.
- b) Efectividad de haberse generado daño ambiental, como resultado de los hechos atribuidos a la demandada, mencionados en el punto anterior.
- c) Efectividad de que el daño demandado, es el resultado de un actuar culposo o doloso de la demandada.
- d) Efectividad de haberse realizado labores de reparación, relacionadas con los daños demandados.
- e) Efectividad de que los daños demandados son el resultado de caso fortuito o fuerza mayor, o hechos de terceros.

1.3. *La decisión del caso*

El sentenciador declaró que en el caso en estudio se produjo daño ambiental por culpa de la demandada en la ribera izquierda del río Chifín, que corresponde al margen del inmueble de propiedad de la Sra. SCV y, en parte, del cauce del mismo río, del sector de Chifín Bajo, del municipio de Río Negro, en la Región de Los Lagos.

Asimismo, condenó a la demandada a reparar materialmente el daño ambiental producido, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 de la Ley n.º 19300, ordenándole la realización de una serie de acciones para reponer el ambiente a una calidad similar a la que tenía con anterioridad al daño causado y la paralización de las obras de extracción, hasta que las mismas hayan sido evaluadas favorablemente por el Sistema de Evaluación Ambiental.

2. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

2.1. *La conceptualización del daño ambiental*

En materia de daño ambiental, el sentenciador señaló que la definición que entrega el artículo 2º Letra e), de la LBGMA¹, debe ser interpretada contextualmente a partir de diversas normas de la LBGMA. De esta manera, indica

¹ El artículo 2 letra e) de la Ley n.º 19300 (LBGMA), define el daño ambiental como: “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”.

aquel daño debe entenderse ligado a las definiciones de Medio Ambiente (art. 2º letra ll), Medio Ambiente Libre de Contaminación (art. 2º letra m), Recursos Naturales (art. 2º letra r), Preservación de la Naturaleza (art. 2º letra p), y Diversidad Biológica (art. 2º letra a), todos referidos a la LBGMA².

De lo anterior, indica la judicatura, se sigue que el daño ambiental definido en el art. 2 letra e) LBGMA, e interpretado contextualmente de acuerdo con las normas antes indicadas, debe entenderse:

“(…) como algún daño inferido al medio ambiente, ya sea éste entendido como (a) fuente de bienes y servicios para el uso de los seres humanos, o como (b) sistema para la preservación”.

El sentenciador refiere que ya había realizado una primera conceptualización de lo que debía entenderse por daño ambiental en la sentencia definitiva de la causa rol D-5-2014, donde señaló:

“Que por daño ambiental se entiende “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes” (art. 2º letra e, LBGMA).

La existencia de daño ambiental constituye, entonces, el presupuesto tanto fáctico como jurídico básico a fin de configurar la aplicación del sistema de responsabilidad invocado. Interpretada contextualmente, esta norma se entiende como algún daño inferido al ambiente, ya sea este entendido como (a) fuente de bienes y servicios para el uso de los seres humanos, o como (b) sistema para la preservación de las especies y ecosistemas del país³.

² Por su parte, las definiciones que cita la sentencia en estudio, se encuentran contenidas en el artículo 2º de la Ley n.º 19300 (LBGMA), cuyo texto es el siguiente: ll) Medio Ambiente: el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones; m) Medio Ambiente Libre de Contaminación: aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental; r) Recursos Naturales: los componentes del medio ambiente susceptibles de ser utilizados por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades o intereses espirituales, culturales, sociales y económicos; p) Preservación de la Naturaleza: el conjunto de políticas, planes, programas, normas y acciones, destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país, y; a) Biodiversidad o Diversidad Biológica: la variabilidad de los organismos vivos, que forman parte de todos los ecosistemas terrestres y acuáticos. Incluye la diversidad dentro de una misma especie, entre especies y entre ecosistemas;

³ TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA (2015) Rol D-5-2015, considerando décimo séptimo.

Cabe agregar que el tribunal en sentencias posteriores a la objeto de este trabajo⁴, ha ido desarrollando la representación contextual del daño ambiental, puesto que la definición contenida en el art. 2 letra e) de la LBGMA, es –a criterio del tribunal–, una definición tautológica, ya que

“considerar al daño ambiental como menoscabo provocado al medio ambiente, es lo mismo que decir que el daño al medio ambiente es el daño que se causa al medio ambiente”.

En efecto, el tribunal ha ido contextualizando y sistematizando en sus sentencias el concepto de daño ambiental, partiendo del reconocimiento de que el objeto de su protección –el ambiente– tiene una realidad que no se contiene ni agota en la definición legal, sino que va más allá, pues es material, compleja y diversa.

Por ejemplo, en la causa D-7-2014, el tribunal ratificó la interpretación contextual del concepto de daño ambiental entregado en la sentencia objeto de este estudio, agregando:

“...en el contexto de la LBGMA, el medio ambiente entendido como sistema comprende: la biodiversidad (letra a, art. 2° LBGMA), la conservación del patrimonio ambiental (letra b, art. 2° LBGMA), la preservación de la naturaleza, la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas (art. 4 LBGMA), y el patrimonio cultural (art. 11 letra f LBGMA). La afectación significativa a cualesquiera de ellas debe ser considerada como daño ambiental, pues su menoscabo afecta al sistema natural. En el caso de la pérdida, disminución, detrimento o menoscabo de uno o más de los componentes del medio ambiente, su afectación significativa también debe ser considerada como daño ambiental, en virtud de lo dispuesto en el literal d) del art. 2° LBGMA”.

Como podemos apreciar, el ambiente, como objeto de protección, ha sido entendido por el sentenciador como un mundo sistémico en el que se producen interacciones entre los componentes bióticos y abióticos del ambiente, extendiendo su ámbito de protección no solo a las definiciones de Medio Ambiente (art. 2 Letra ll), Medio Ambiente Libre de Contaminación (art. 2° letra m), Recursos Naturales (art. 2° letra r), Preservación de la Naturaleza (art. 2° letra p) y Diversidad Biológica (art. 2° letra a), sino, también, a

⁴ Las sentencias a las cuales se hace alusión, corresponden a las causas seguidas ante el TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA (2014), Rol D-7-2014 y TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA (2015) D-13-2015.

la Conservación del Patrimonio Ambiental (art. 2º letra b), la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas (art. 4) y al patrimonio cultural (art. 11 letra f), todos de la LBGMA.

2.2. *La integración del valor de los servicios ecosistémicos en las resoluciones judiciales del tercer tribunal ambiental*

A este respecto, debemos señalar que la sentencia del Tribunal Ambiental de Valdivia, objeto del presente artículo, es importante porque es la primera vez que dicho tribunal integra el valor de los servicios ecosistémicos para determinar el daño ambiental en las demandas de su conocimiento. En los siguientes párrafos analizaremos cómo el Tribunal Ambiental de Valdivia ha ido realizando tal integración en las resoluciones judiciales que ha pronunciado en materia de daño ambiental.

En forma preliminar, debemos recordar que el objeto de la acción ambiental, es “obtener la reparación del medio ambiente dañado”⁵, y que por dicha “reparación” debe entenderse, para todos los efectos legales, de acuerdo con el concepto que nos señala el art. 2, letra s) de la LBGMA, que indica que la “reparación” es:

“...La Acción *de reponer el* medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, reestablecer sus propiedades básicas”.

Así las cosas, el autor entiende que la reparación ambiental consiste en una reposición en una “calidad similar”, y en su defecto, al “restablecimiento de las propiedades básicas” del ambiente o de uno o más de sus componentes.

La integración del valor de los servicios ecosistémicos en las resoluciones del Tribunal Ambiental de Valdivia, se realizó a partir de la definición del concepto de daño ambiental conceptualizado previamente por el tribunal en la misma sentencia⁶ y, a partir de ello, se procedió a:

- 1) Definir cuáles son los componentes del ambiente que habrían experimentado pérdida, disminución, detrimento o menoscabo;

⁵ Art. 53 de la Ley n.º 19300 (LBGMA)

⁶ Recordemos que el tribunal define el daño ambiental, “como algún daño inferido al medio ambiente, ya sea entendido como (a) fuente de bienes y servicios para el uso de los seres humanos, o como (b) sistema para la preservación de las especies”. TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA (2014), rol D-3-2014, considerando vigésimo primero. La definición de daño ambiental se plantea en similares términos TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA (2015) Rol D-5-2015, considerando décimo séptimo.

- 2) Precisar el ecosistema al que el componente afectado pertenece;
- 3) Determinar cómo la acción u omisión acusada genera una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en el ecosistema identificado, ya sea, para
 - i) proveer servicios ecosistémicos,
 - ii) asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de esos componentes (conservación), o
 - iii) mantener las condiciones que hacen posible la evaluación y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (preservación) y
- 4) Determinar la significancia.
 - a) Con respecto a la identificación del componente del ambiente que habría experimentado una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo, el sentenciador determinó que este fue la ribera izquierda del río Chifin, del sector Chifín Bajo, en la comuna de Río Negro, perteneciente al inmueble de propiedad de la demandada⁷.
 - b) En cuanto a la precisión del ecosistema al que el componente afectado pertenece, el tribunal estimó que la omisión acusada en la demanda de autos generó un daño al sistema fluvial del río Chifín al haber perdido, en dos partes, y en la bocatoma del canal, la estructura y función de la ribera, en el predio de la demandada.
 - c) En cuanto a la determinación de cómo la acción u omisión acusada generó una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo, el sentenciador realizó una descripción de los servicios que el ecosistema presta, señalando:

“El ecosistema del río presta servicios múltiples. Por una parte, contiene las aguas del río Chifin, de modo que no produzca inundaciones a las poblaciones vecinas; mientras que por otra, el río Chifin –incluidas sus riberas– cumple funciones de conservación y de preservación de sus componentes bióticos y abióticos; además de servir de transporte de agua, químicos y sedimentos”⁸.

Finalmente, no podemos dejar de destacar que en la sentencia en estudio, los sentenciadores plasmaron su criterio en cuanto:

- i) al sentido y alcance de la forma de reparación establecida en el art. 2° letra s) de la LBGMA y
- ii) la identificación de los servicios ecosistémicos de las zonas riberanas, los cuales veremos a continuación:

⁷ TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA (2014), rol D-3-2014, considerando vigésimo primero.

⁸ *Ibid.*

i) Sentido y alcance de la forma de reparación establecida en el art. 2º letra s) LBGMA

Al efecto, manifestaron que dicha reparación

“no solo impone un estándar suficiente de la ingeniería de construcción, sino que adicionalmente supone restaurar el ecosistema dañado, de modo de reestablecer los servicios ecosistémicos y ayudar a la conservación de la biodiversidad”,

precisando

“que la restauración de este tipo de ecosistemas se debe ajustar (...) a la composición y estructura original de la cubierta vegetal, incluyendo las dinámicas de estos sistemas”.

ii) Identificación de los servicios ecosistémicos de las zonas ribereñas.

A este respecto, los sentenciadores, señalaron:

“las zonas ribereñas permiten procesar mayor cantidad de materia orgánica y capturar más nitrógeno, mejorar la cantidad y calidad del agua, facilitar el procesamiento de contaminantes y regular la temperatura y luz que ingresa a los sistemas acuáticos de mejor manera que aquellos sin este tipo de vegetación, reduciendo las probabilidades de afectar negativamente los ecosistemas río abajo”⁹.

2.3- La integración del valor de los servicios ecosistémicos en otras sentencias dictadas por el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia

Podemos observar que el Tribunal Ambiental de Valdivia (3TA), en sentencias posteriores a la analizada en este trabajo, ha aumentado el estándar de precisión exigido a los actores de daño ambiental, en cuanto a:

- 1) A la identificación de los aspectos del ambiente que han experimentado pérdida, disminución, detrimento o menoscabo,
- 2) A la identificación ecosistema afectado,
- 3) A identificación de los elementos o procesos que han experimentado *pérdida, disminución, detrimento o menoscabo con ocasión de la acción u omisión* imputada y
- 4) A la identificación de cómo la acción u omisión ha comprometido la capacidad del ecosistema afectado de proveer:

⁹ Los criterios referidos por el sentenciador tienen su fuente en la obra de Holl y Aide citada en ROMERO *et al.* (2014), pp. 3-12 y SCARSBROOK *et al.* (2001), SIROMBRA y MESA (2010).

- a) servicios ecosistémicos,
- b) Asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de los componentes del medio ambiente (conservación) y
- c) mantener las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (preservación).

Me permito destacar el considerando décimo noveno de la sentencia dictada en la causa D-5-2014, que señala:

“Que de todo lo anterior se sigue que quien persiga la responsabilidad ambiental debe señalar al Tribunal cuáles son los aspectos del medio ambiente que han experimentado pérdida, disminución, *detrimento o menoscabo*. *Tratándose de aspectos del medio ambiente que deriven de la naturaleza, el demandante deberá indicar cuál es el ecosistema afectado, y qué elementos y/o procesos han experimentado pérdida, disminución, detrimento o menoscabo*, comprometiéndose así su capacidad de (a) proveer servicios ecosistémicos, (b) asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de los componentes del medio ambiente (conservación), y (c) mantener las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (preservación)”.

En la sentencia D-7-2014, el tribunal realiza una declaración que no podemos dejar de mencionar, puesto que le da un valor trascendental a los ecosistemas, al indicar que las disputas traídas a su conocimiento deben analizarse desde el ámbito de los ecosistemas, toda vez que estos constituyen las unidades básicas de la naturaleza en la tierra, en palabras de quien los definiera por primera vez, el ecólogo inglés Arthur Tansley (Manuel Carl Molles, *Ecology: Concepts and Applications*, 7^a ed., New York: McGraw-Hill, 2013)¹⁰.

Luego, el mismo sentenciador procede a realizar una clasificación de los servicios ecosistémicos, de acuerdo con la Iniciativa de Economía de los Ecosistemas & Biodiversidad (2010) –o TEEB, por sus siglas en inglés–, que reconoce, al menos, los siguientes: Provisión: alimento, agua, materias primas, recursos genéticos, recursos medicinales, recursos ornamentales; Regulación: regulación de la calidad del aire, regulación climática, moderación de eventos extremos, regulación de flujos hídricos, tratamiento de desechos, prevención de la erosión, mantención de la fertilidad del suelo, polinización y control biológico; Hábitat: mantención del ciclo de vida de especies migratorias y mantención de la diversidad genética; y, Servicios culturales y de amenidad: información genética; oportunidades para la recreación y el turis-

¹⁰ TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA (2018), rol D-7-2015, considerando centésimo vigésimo cuarto.

mo; inspiración para la cultura, el arte y el diseño; experiencia espiritual; e información para el desarrollo cognitivo¹¹.

2.4. Comentarios finales

Como hemos podido observar, el Tercer Tribunal Ambiental para definir la aplicación del concepto de daño ambiental en las materias de su conocimiento, ha realizado una interpretación contextual del mismo a partir de la LBGMA, concluyendo:

“se entiende como algún daño inferido al medio ambiente, ya sea este entendido como (a) fuente de bienes y servicios para el uso de los seres humanos, o como (b) sistema para la preservación de las especies y ecosistemas del país”.

En cuanto al objeto de la acción ambiental, el sentenciador ha dejado establecido en sus pronunciamientos que el objeto de la acción ambiental es “obtener la reparación del medio ambiente dañado”, y que por dicha “reparación” debe entenderse, como:

“...La Acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, reestablecer sus propiedades básicas”.

Con respecto a los Servicios Ecosistémicos, debemos mencionar que a contar de la sentencia en estudio, la judicatura comenzó a integrar en sus pronunciamientos el valor de los servicios ecosistémicos, exigiendo a quien persiga la responsabilidad ambiental, la precisión de los aspectos del ambiente que han experimentado pérdida, disminución, detrimento o menoscabo, y en el caso de aspectos del ambiente que deriven de la naturaleza, la indicación del ecosistema afectado, y qué elementos o procesos han experimentado pérdida, disminución, detrimento o menoscabo, comprometiendo así su capacidad de

- a) proveer servicios ecosistémicos,
- b) asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de los componentes del ambiente (conservación) y
- c) mantener las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (preservación).

Debemos destacar, además, que en cuanto a los servicios ecosistémicos, el Tercer Tribunal Ambiental, ha dejado establecido que estos se clasi-

¹¹ La clasificación de los Servicios Ecosistémicos, se encuentra contenida en TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA (2018), rol D-7-2015, considerando centésimo vigésimo cuarto.

fican de acuerdo con la Iniciativa de Economía de los Ecosistemas & Biodiversidad (2010) - o TEEB.

Finalmente, debemos mencionar que la fijación del ámbito de protección del ambiente y la integración del valor de los servicios ecosistémicos, en la forma señalada en este trabajo, constituye una aplicación práctica de los Principios Jurídicos Medioambientales, denominados:

- a) *In Dubio Pro Natura* y
- b) Aplicación Directa, No regresión y Complementación Jurisprudencial, contenidos en los Principios 5° y 12° de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)

acerca del Estado de derecho en materia ambiental, y en el artículo 8° inciso k) del Convenio sobre Diversidad Biológica, respectivamente, los que señalan que todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del ambiente y que el sistema de fuentes debe interpretarse teniendo en consideración estados de no regresión en la materia, ya que la naturaleza no es patrimonio individual, sino común a toda la humanidad. Es por ello que en la interpretación de normas contradictorias debe preferirse a la que otorgue un más amplio reconocimiento a la protección de la naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ROMERO, Fabián, Miguel COZANO *et al.* (2014): “Zonas ribereñas: Protección, restauración y contexto legal en Chile”, en *Bosque*, vol. 35, n.° 1, pp. 3-12. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/bosque/v35n1/art01.pdf>
- SCARSBROOK *et al.* (2001).
- SIROMBRA y MESA (2010).

Normas citadas

Ley n.° 19300 aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 9 de marzo de 1994.

Jurisprudencia

- TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA (2014): Rol D-7-2014, Herminio Bautista Carrillo I. con Empresa Nacional de Electricidad S.A (Bocamina).
- TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL (2015): Rol D-5-2015, Jaque Blu, Juan Carlos y otro con Inmobiliaria Quilamapu Ltda y otros, 12 de septiembre de 2015.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL DE VALDIVIA (2015): Rol D-13-2015, Justo Miranda V. y otro con Ilustre Municipalidad de Puerto Natales.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL (2015): Rol D-13-2015, Justo Miranda V. y otro con Ilustre Municipalidad de Puerto Natales, 8 de julio de 2016.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL (2016): Rol D-3-2014, I. Municipalidad de Río Negro con SCV, 21 de junio de 2016.

TERCER TRIBUNAL AMBIENTAL (2018): Rol D-7-2014, Herminio Bautista Carrillo I. con Empresa Nacional de Electricidad S.A., 31 de diciembre de 2018.

COMPRAVENTA, TRADICIÓN,
INOPONIBILIDAD Y AERONAVES:
REFLEXIONES RESPECTO
DE UNA SENTENCIA DE LA EXCMA.
CORTE SUPREMA SOBRE
LA “VENTA DE UN AVIÓN AJENO”

PURCHASE, TRADITION,
UNENFORCEABILITY AND AIRCRAFTS:
CONSIDERATIONS REGARDING
A JUDGMENT OF THE SUPREME COURT
ABOUT THE
“SALE OF ANOTHER’S AIRPLANE”

*Ignacio Seguel Cañas**

RESUMEN: En este texto se analizará una sentencia pronunciada por la Excma. Corte Suprema de Justicia de Chile en un caso en el que una compañía vendió la misma aeronave a dos personas distintas y en fechas diversas. En ese escenario, el fallo contiene razonamientos sobre diversas instituciones propias del derecho civil, como son: la compraventa de cosa ajena, la tradición y sus efectos, la inoponibilidad y la relevancia de los registros públicos.

PALABRAS CLAVE: Tradición de aeronaves - Venta de cosa ajena - Inoponibilidad - Registro Nacional de Aeronaves.

ABSTRACT: In this text we will analyze a sentence pronounced by the Supreme Court of Justice of Chile in a case in which a company sold the same aircraft to two different people and on different dates. In this scenario, the ruling contains arguments on various institutions of civil law, such as the sale

* Profesor de Derecho Civil de la Universidad del Desarrollo, correo electrónico i.seguel@udd.cl.

of another's property, tradition and its effects, the unenforceability and the relevance of public registries.

KEYWORDS: Tradition of an aircraft - Sale of another's property - Unenforceability - National Registry of Aircraft.

1. HECHOS DE LA CAUSA

La sentencia que comentamos fue dictada por la Excma. Corte Suprema con fecha 29 de mayo del año 2017, en el ingreso n.º 84.633-2016.

Los hechos de la causa establecidos por los tribunales de la instancia y que se encuentran enumerados en el considerando 3º del fallo de casación, se resumen en los siguientes:

1. La sociedad AS era dueña de una aeronave marca Flight Design, modelo CT SW LSA, inscrita a su nombre en el Registro Nacional de Aeronaves.
2. Por escritura pública de 13 de mayo de 2014, la sociedad AS, debidamente representada, vendió dicha aeronave a RC, sin que dicho título se inscribiera a nombre del comprador en el mencionado registro.
3. Por instrumento privado protocolizado, de 19 de mayo de 2014, la sociedad AS, a través de un representante distinto al que compareció en la escritura de 13 de mayo, pero con facultades suficientes, vendió la misma aeronave a la sociedad GK, inscribiéndose el título a nombre de la compradora en el Registro Nacional de Aeronaves.
4. Por instrumento privado de 30 de julio de 2014, la sociedad GK vendió la aeronave a la sociedad SJ, inscribiéndose el título a nombre de esta última en el respectivo registro.
5. La posesión material de la aeronave se encontraba radicada en la sociedad SJ.

Ante dicho escenario fáctico, RC –comprador en la escritura de 13 de mayo de 2014– demandó de reivindicación a la sociedad SJ, aduciendo su calidad de dueño de la aeronave, de la que no estaba en posesión. El tribunal de primera instancia desestimó la demanda, decisión que fue confirmada por la Il^{ta}m. Corte de Apelaciones de Santiago. La Excma. Corte Suprema, acogiendo un recurso de casación en el fondo deducido por el actor, anuló el fallo de segunda instancia y dictó sentencia de reemplazo, acogiendo la demanda reivindicatoria.

Analizaremos, a continuación, las razones que llevaron al máximo tribunal a decidir de tal modo.

2. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

La Corte razonó sobre la base de las distintas instituciones involucradas en los hechos antes descritos: la tradición de una aeronave efectuada por el verdadero dueño; la posterior venta de cosa ajena, la inoponibilidad y los efectos de la tradición cuando el tradente no es dueño de la cosa y la inoponibilidad por incumplimiento de una medida de publicidad, como lo es la inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves.

A continuación, entregaremos algunas reflexiones relacionadas con los tópicos referidos y examinaremos cada uno de estos razonamientos y la forma cómo ellos llevaron a la Corte Suprema a concluir que la acción reivindicatoria debía ser acogida.

2.1. *La tradición de una aeronave*

Desde luego, el primer presupuesto que debe concurrir para ejercer (con posibilidad de éxito) una acción reivindicatoria, es que el demandante sea dueño de la cosa que pretende reivindicar. Corresponde, en consecuencia, determinar si el actor adquirió el dominio de la aeronave en conformidad a la ley, esto es, si gozaba de un título y un modo de adquirir que justifiquen el derecho de propiedad cuya titularidad aduce.

En la especie, el título invocado por el demandante corresponde al contrato celebrado por escritura pública de 13 de mayo de 2014, esto es, la compraventa en cuya virtud la sociedad AS vendió la aeronave a RC. Se trata, por lo tanto, de un título translaticio de dominio (artículo 703 inciso 3° del *Código Civil*); luego, el modo de adquirirlo es la tradición (artículo 674 del mismo cuerpo legal).

Según lo dispone nuestra legislación, las aeronaves son bienes sujetos a un sistema registral público a cargo de un conservador designado por la autoridad aeronáutica (la Dirección General de Aeronáutica Civil). La regulación de este sistema registral se encuentra en el *Código Aeronáutico* (Ley n.° 18916 del año 1990) y, en particular, en el título II, capítulo III, “Del Registro Nacional de Aeronaves”. Asimismo, y en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 46 del *Código Aeronáutico*, por decreto supremo n.° 71, del Ministerio de Defensa Nacional, de 26 de julio de 2006, se aprobó el Reglamento del Registro Nacional de Aeronaves.

Pero la existencia de tal registro obedece a razones de publicidad y en ningún caso nuestra legislación exige, para hacer tradición de una aeronave, practicar inscripción alguna, aun cuando el tenor literal del artículo 49 del *Código Aeronáutico* pueda conducir a equívocos a este respecto, al disponer:

“Para inscribir el dominio de una aeronave se acompañará...”. Una interpretación coherente permite concluir que, si la norma requiere cumplir ciertas exigencias para “inscribir el dominio” de una aeronave, y tales exigencias no se cumplen, simplemente el dominio no se encontrará inscrito. Pero ello no significa que la persona a quien se le hizo entrega de una aeronave en virtud de un título translaticio no haya adquirido el dominio de la misma por faltar la inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves. La persona se hizo dueña con la entrega –real o ficticia– de la aeronave; lo que ocurrirá es que no podrá hacer uso de los beneficios jurídicos y prácticos que trae consigo la inscripción¹: para ello, hay que “inscribir el dominio”.

Abona lo anterior el hecho de que, originalmente, el artículo 45 del proyecto de *Código Aeronáutico* disponía: “Es propietario de una aeronave aquella persona cuyo título de dominio está inscrito en el Registro”, norma que no sobrevivió a los posteriores análisis del órgano legislativo, siendo sustituida por el actual artículo 49 inciso 2º: “Sin esta inscripción (en el Registro Nacional de Aeronaves) la transferencia del dominio no producirá efectos respecto de terceros”. *A contrario sensu*, operó la tradición (hubo transferencia de dominio), solo que ella no es oponible a terceros mientras no se inscriba en el registro respectivo.

En consecuencia, las aeronaves no están excluidas del régimen común aplicable a bienes muebles en cuanto a las transferencias de dominio se refiere, estatuto que básicamente se reduce a lo dispuesto en el artículo 684 del *Código Civil* que, como norma general, exige que la tradición debe “hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio”, enumerando, luego, las hipótesis que el legislador entiende que constituyen una transferencia. Pero como lo ha sostenido la doctrina², la enumeración de esta norma no es taxativa y, en consecuencia, la transferencia puede materializarse de algún modo distinto, siempre que se haga significando una parte a la otra que le transfiere el dominio.

Así lo entendió también la Corte Suprema en el fallo que comentamos, ya que, a pesar de no haberse practicado inscripción a nombre del comprador RC, y sin que tampoco se le haya hecho entrega material del avión, en la escritura de compraventa las partes se otorgaron amplio y completo

¹ Por ejemplo, el artículo 49 inciso 2º requiere la inscripción para hacer oponible la transferencia de dominio a terceros; además, sin la inscripción la autoridad aeronáutica no puede expedir el certificado de matrícula a nombre del actual propietario, el que debe estar a bordo de toda aeronave antes de iniciar un vuelo, en conformidad a lo dispuesto en el DAR 06 sobre Operación de Aeronaves, aprobado por decreto supremo n.º 52 del Ministerio de Defensa Nacional, de 15 de abril de 2002, por lo que la aeronave no podría operar.

² Véase CLARO SOLAR (1979), p. 279; ALESSANDRI (1993), p. 212.

finiquito respecto de las obligaciones que asumieron en esa convención, lo que, en concepto de los sentenciadores

“necesariamente supone el cumplimiento de las obligaciones que le son propias a las partes en este tipo de contratos y que permite concluir lógicamente la entrega del bien al comprador –demandante en esta causa– habiéndose realizado en consecuencia la tradición a través de este acto material equivalente, que manifiesta la voluntad de transferir el dominio, pues da cuenta de un acto jurídico contenedor de esa voluntad que resulta suficiente para que ‘signifique’ la transferencia del dominio”³.

2.2. *La venta de cosa ajena, la inoponibilidad y los efectos de la tradición cuando el tradente no es dueño de la cosa que entrega.*

Asentada la calidad de dueño de quien hizo las veces de comprador en la escritura de 13 de mayo de 2014 –RC–, la Corte Suprema concluyó, como consecuencia de ello, que todas las demás ventas posteriores (de la sociedad AS a la sociedad GK y de esta última a la sociedad SJ) se encuadran en la situación prevista en artículo 1815 del *Código Civil*, esto es, se trata de ventas de cosa ajena.

El razonamiento de la Corte no difiere del claro tenor literal de los artículos 1815 y 682 del *Código Civil*. Como lo dispone expresamente la primera de esas normas, la venta de cosa ajena vale, pero sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño. Su justificación, siguiendo a Arturo Alessandri R., se encuentra en el “carácter meramente productivo de obligaciones que en nuestra legislación tiene la compraventa”⁴, esto es, la venta no constituye un acto de transferencia de dominio, sino solo la convención que da origen a la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida. La segunda de las normas citadas, ubicada en materia de tradición, dispone, a su turno, que, si el tradente no es el dueño de la cosa entregada, el adquirente no adquiere otros derechos que aquellos de que era titular el tradente, aunque el artículo 683 del mismo *Código* aclara que el adquirente queda en posición de adquirir el dominio de la cosa por prescripción.

En esta lógica, la segunda compraventa de la sociedad AS a la sociedad GK, y la posterior celebrada entre esta última y la sociedad SJ, son ventas de cosa ajena, dado que, a la fecha de celebración de estas convenciones, ni la sociedad AS ni la sociedad GK eran dueñas de la aeronave. Antes de ello, la propiedad se había transferido a RC, quien contaba, según el análisis de la Corte, con un título (venta) y un modo de adquirir (tradición) que operaron conjuntamente en un mismo documento.

³ Considerando 9° del fallo.

⁴ ALESSANDRI (2003), p. 225.

Aun cuando resulte tentador recordar, en este punto, el artículo 1817 del *Código Civil* (que regula aquella situación en que el vendedor vende una misma cosa a dos o más personas), su aplicación en la especie debe ser desestimada, ya que esta disposición se refiere, desde luego, a dos o más ventas sin que entre ellas haya mediado tradición. Si entre las dos ventas de una misma cosa hubo transferencia de dominio, entonces necesariamente habrá que concluir que la segunda constituye una venta de cosa ajena y, por lo tanto, la norma que en principio resuelve el asunto, es el artículo 1815.

2.3. *La inoponibilidad por incumplimiento de una medida de publicidad.* *El artículo 49 del Código Aeronáutico*

Resta por analizar, a continuación, por qué la Corte Suprema aplicó preferentemente el artículo 1815 del *Código Civil*, en desmedro de lo dispuesto en el artículo 49 del *Código Aeronáutico*. El inciso 2º de esta última norma reza: “Sin esta inscripción, la transferencia del dominio no producirá efectos respecto de terceros”. La disposición se refiere, evidentemente, a la inscripción de la aeronave en el Registro Nacional de Aeronaves. Nos llama la atención que la Corte se haya referido a esta norma solo tangencialmente, ya que su aplicación –o exclusión– en el caso concreto, como puede fácilmente advertirse, es *decisoria litis*.

En la especie, existe una evidente disociación entre el dominio de la aeronave, por un lado, y la inscripción y posesión material de la misma, por el otro. RC adquirió el dominio del avión, pero la inscripción y tenencia material de la aeronave se mantuvo en la sociedad AS –vendedora–, pasando, luego, a la sociedad GK y posteriormente a la sociedad SJ. La pregunta es: ¿qué efectos produce el derecho de dominio de RC –no inscrito– a la luz de lo dispuesto en el artículo 49 inciso 2º del *Código Aeronáutico*?

Como ya expresamos *supra*, la inscripción de una aeronave no constituye tradición de la misma y, por consiguiente, la falta de ella no significa que el comprador no haya adquirido el dominio. Sin perjuicio de ello, la omisión de la inscripción produce una consecuencia curiosa, cuando no confusa: “la transferencia del dominio no producirá efectos respecto de terceros”. La disposición establece una inoponibilidad legal de la transferencia del dominio (de la tradición misma, no del título), por omisión de una medida de publicidad y obviamente a favor de terceros. En otros términos, si se vende y entrega una aeronave, el comprador de ella habrá adquirido el dominio, pero mientras no se practique la inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves, ese derecho de propiedad será solo oponible a su vendedor, mas no a terceros. De cierta manera, el legislador aeronáutico, en protección de terceros, desnaturaliza al dominio como derecho real –que, por esencia,

es oponible a cualquier persona⁵–, disponiendo que, al menos momentáneamente, carece de esa característica mientras no se proceda a inscribir el acto que acredite la adquisición de la aeronave en el registro que la autoridad aeronáutica lleva al efecto.

Entonces, desde la perspectiva de la legislación aeronáutica, respecto de terceros el dueño del avión no era RC (aun cuando su vendedor le hizo tradición). Para estos, por expresa disposición legal, la propiedad se mantuvo en el vendedor, la sociedad AS, la que, aduciendo su inscripción (y, por lo tanto, su calidad de propietaria frente a terceros), vendió nuevamente la aeronave, esta vez a la sociedad GK. A favor de esta última se practicó también inscripción y posteriormente vendió el avión a la sociedad SJ, quedando esta como titular en el registro y con la posesión material de la aeronave. Y todo ello nos genera un problema con el artículo 1815 del *Código Civil*.

Hay en la especie una evidente colisión entre el derecho del dueño de la aeronave –RC– que carece de inscripción, por una parte, y el de los compradores siguientes que compraron la misma aeronave de quien legítimamente, para ellos, era propietaria de ese avión –sociedad GK y sociedad SJ–, por la otra. Y para resolver este conflicto y, por lo tanto, dar la razón al verdadero dueño o a los terceros, hay dos normas que sugieren decisiones distintas: el artículo 1815 del *Código Civil* y el artículo 49 inciso 2° del *Código Aeronáutico*. La contraposición de intereses llega a ser tan evidente, que ambas normas establecen causales de inoponibilidad: la primera de ellas, a favor del verdadero dueño y, la segunda, a favor de los terceros.

Como hemos señalado, la Corte Suprema decidió el asunto conforme al artículo 1815 del *Código Civil*, dando la razón al verdadero dueño, declarando que para él los contratos de compraventa posteriores le son inoponibles, de tal forma que la acción reivindicatoria resultó, en definitiva, acogida. Lamentablemente, solo el considerando 13° del fallo de casación dedica unas someras líneas a explicar por qué se prefirió la aplicación del artículo 1815, en desmedro de lo dispuesto en el artículo 49 inciso 2° del *Código Aeronáutico*:

“Que, de este modo, incoada la acción de dominio en contra de quien se dice dueño en virtud de un contrato inoponible al actor y concurriendo los presupuestos que dan lugar a la reivindicación, es dable hacer primar la pretensión del demandante, en desmedro de aquella formulada por el demandado que ha planteado su defensa esgrimiendo un título translativo convenido con quien no era dueño y aun habiendo invocado la misma sanción de inoponibilidad, empero derivada de la inobservancia

⁵ El artículo 577 define al derecho real como “el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”.

de una formalidad por vía de publicidad que habría podido perjudicar al demandante si es que no hubiera comparecido esgrimiendo su calidad de dueño, para quien antes que para la demandada resultaba inoponible lo actuado por ésta con respecto a un bien de su propiedad”.

Tales reflexiones nos merecen diversos comentarios.

En primer lugar, la Corte reconoce, de cierto modo, la existencia de la colisión de intereses y de las dos formas en que puede resolverse el asunto: echando mano o a la inoponibilidad contemplada en el artículo 1815 del *Código de Bello*, o a la inoponibilidad del artículo 49 inciso 2º del *Código Aeronáutico*.

En segundo lugar, si bien el fallo no lo dice expresamente, podría desprenderse también que, en su concepto, la inoponibilidad por falta de consentimiento (artículo 1815) sería más grave que aquella derivada de la omisión de una medida de publicidad (artículo 49 inciso 2º), por lo que la primera debería primar sobre la segunda. De ser esa la interpretación de la Corte –aunque, insistimos, ello no queda suficientemente claro de la lectura del considerando citado–, desde luego que no podemos compartirla, dado que la inoponibilidad por falta de concurrencia protege los intereses de aquel que no consintió en un acto y, en definitiva, su derecho de propiedad, mientras que la inoponibilidad por omisión de una medida de publicidad sustancial protege los intereses de un colectivo de terceros que actúan en la vida jurídica en virtud de la información pública disponible y de la apariencia que dicha información crea; en otros términos, detrás de la medida de publicidad se encuentra el valor de la certeza jurídica.

En tercer lugar, se deja sin aplicación el principio de especialidad consagrado en los artículos 4 y 13 del *Código Civil*. Si bien los artículos 1815 de dicho *Código* y 49 del *Código Aeronáutico* regulan situaciones diversas, en el caso concreto que comentamos se trata de dos normas que son capaces de resolver el conflicto, pero de formas totalmente distintas. Desde esa perspectiva, el criterio de la especialidad habría sugerido aplicar con preferencia la disposición de la legislación aeronáutica, por sobre las normas generales del derecho común.

En cuarto lugar, la afirmación de que el demandante compareció esgrimiendo su calidad de dueño, se relativiza sustancialmente considerando el texto expreso del artículo 49 inciso 2º del *Código Aeronáutico*, del cual se advierte que esa calidad de dueño es inoponible a terceros mientras no se practique la inscripción respectiva en el Registro Nacional de Aeronaves. Y si el dominio de que es titular un sujeto es inoponible a terceros por disposición de la ley, y estos entonces compran la cosa de quien para ellos es el verdadero propietario, no hay realmente una venta de cosa ajena: los terceros contrataron con quien, para ellos, era el verdadero dueño.

Por último, la Corte parece aplicar una suerte de criterio cronológico, en el sentido de determinar cuál de las dos inoponibilidades (la del artículo

1815 o la del artículo 49) habría desplegado sus efectos primero. Y entonces concluye que para el actor (“verdadero dueño”) la inoponibilidad operó a su favor antes que operara aquella establecida a favor de la demandada (tercero). No nos parece que ello sea preciso. Al contrario de lo sostenido por la Corte, lo que primero operó fue la inoponibilidad a favor de terceros por omisión de una medida de publicidad. En efecto, desde el momento en que la sociedad AS vendió a RC el avión, haciendo entrega ficticia del mismo, comenzó a operar la inoponibilidad de dicha transferencia a favor de terceros, mientras no se practicara la inscripción respectiva. Es en virtud de esa inoponibilidad –una verdadera garantía para los terceros– que la sociedad GK compró posteriormente el avión a la misma sociedad AS (y luego la sociedad SJ compró a la sociedad GK), dado que esta última seguía siendo la propietaria de la aeronave respecto de terceros, al no haberse inscrito la transferencia a nombre de RC. Solo celebrado este segundo contrato de compraventa, de la sociedad AS a la sociedad GK, podría haber empezado a surtir sus efectos la inoponibilidad a favor de RC (“verdadero dueño”), pero antes que ello, por el efecto de la inoponibilidad anterior –la del artículo 49 del *Código Aeronáutico*–, lo cierto es que, para los terceros, el propietario de la aeronave no era RC, sino la sociedad AS. En consecuencia, el razonamiento debió haber sido al revés: la transferencia del dominio a RC es inoponible a la sociedad SJ antes que el contrato de compraventa celebrado por esta última sea inoponible a RC.

Todo lo anterior no significa que RC quede en situación de indefensión, ya que, si bien la sociedad AS le entregó y le hizo tradición de la aeronave, podría considerarse que, de todos modos, se ha configurado un incumplimiento contractual del vendedor. En efecto, en casos similares relativos a vehículos motorizados, la Corte Suprema ha declarado:

“no cabe duda que efectivamente en el caso sub judice se ha incumplido el contrato firmado entre las partes, desde que si bien el traspaso del dominio se logró, lo cierto es que la inscripción, hasta ahora frustrada, es necesaria para lograr el beneficio jurídico cabal de dicha tradición. En efecto, no puede considerarse que el contrato que liga a las partes se ha cumplido conforme a la buena fe y a lo que prescribe el artículo 1546 citado, si aquello que emana de la naturaleza de la obligación –como es poder obtener la inscripción del vehículo a nombre del comprador, efectuada que fuera la tradición– no se logra por hechos atribuibles a la entidad bancaria demandada...”⁶.

En la especie ocurrió algo similar: la sociedad AS hizo entrega ficticia y transfirió el dominio a RC, pero la falta de inscripción en el Registro Nacional de

⁶ CORTE SUPREMA (2014), considerando 12°.

Aeronaves le impidió a este último gozar de un importante beneficio jurídico, cual es hacer oponible su dominio a terceros, en conformidad al artículo 49 inciso 2º del *Código Aeronáutico*, de forma tal que, no obstante la entrega, puede considerarse que la sociedad AS incumplió el contrato de compraventa en perjuicio de RC. Tampoco al comprador se le hizo entrega material de la cosa, por lo que a la misma conclusión podría llegarse aplicando el artículo 1548 del *Código Civil*, según el cual la obligación de dar contiene la de entregar, y esa entrega desde luego implica traspasar la materialidad de la cosa⁷, de forma tal de que el adquirente pueda hacer uso y goce de ella. Se trata, empero, de una controversia entre comprador y vendedor, que no empece a los terceros beneficiados por la inoponibilidad.

Estimamos, en conclusión, que la norma aplicable para resolver el asunto sometido a la decisión de la Corte era el artículo 49 inciso 2º del *Código Aeronáutico*, que, por los motivos indicados, prevalece sobre lo dispuesto en el artículo 1815 del *Código Civil*. De este modo, se resguardan los intereses de terceros de buena fe y, con ello, la certeza jurídica, dejando en todo caso a salvo los derechos que el comprador afectado (RC) puede ejercer en contra de su vendedor (sociedad AS).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2008): *Las obligaciones* (5ª ed. actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1993): *Tratado de los derechos reales* (5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2003): *De la compraventa y de la promesa de venta* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo I, volumen I.
- CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), tomo séptimo: "De los bienes".
- TORRES URZÚA, Ricardo (2015): "Compraventa de vehículos motorizados, obligación de entrega y buena fe. Corte Suprema, 2 de septiembre de 2014, rol N° 14243-2013", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 24, en línea. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n24/art07.pdf> [Fecha de consulta: 12 de abril de 2019].

⁷ ABELIUK (2008), refiriéndose al artículo 1548, enseña que "en la obligación de dar hay dos operaciones involucradas en ella: una es la entrega jurídica, que es la obligación de dar propiamente tal... pero, además, debe hacerse el traspaso material de la propiedad, entregándola físicamente al adquirente" (pp. 370 y 371).

Jurisprudencia

CORTE SUPREMA (2014): Rol 14.243-2013, Muebles López and López Ltda. con Banco Itaú Chile, 2 de septiembre de 2014.

LIBROS, RESÚMENES
Y
RECENSIONES

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO
IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO 7 - N° 14 - ABRIL DE 2019

REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
ISSN 0719-2959

WWW.DERECHOIBEROAMERICANO.CL

Presentación

ESTUDIOS

Justicia administrativa y económica

Iván Aróstica Maldonado: “En cumplimiento de la ley”. Las leyes administrativas frente a la Carta Fundamental

Fernanda Juppet y Diego Pérez Lasserre: Acciones jurídicas y competencia desleal: Un análisis desde la jurisprudencia

Derechos fundamentales

Araceli R. Saro y Carlos Manuel Rosales: La experiencia del debido proceso en la Corte Constitucional Colombiana

Juan Andrés González Tugas: Razones para un conflicto: El reconocimiento de los derechos sociales y la teoría clásica de los derechos constitucionales

Derecho indígena

Óscar Dávila Campusano: La doctrina sobre derecho indígena en Chile en la etapa de las radicaciones (1866-1930)

Instituciones políticas

Julio Alvear Téllez: El fundamento de la monarquía como régimen de gobierno: Las tesis de Rafael Gamba

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Eduardo Soto Kloss: Recurso de protección. Remoción funcionario público Pérez Gutiérrez Dorothy c/ Bermúdez Soto Jorge

Corte de Apelaciones de Santiago 16 de octubre de 2018

Corte Suprema 30 de noviembre de 2018

Rodrigo Céspedes: El derecho de angaria: un precedente chileno del siglo XIX

RECENSIONES

Fernando Segovia: La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen, de Julio Alvear Téllez

Elio Segovia Olave: La disposición constitucional octava transitoria es inconstitucional, de Adolfo Paúl Latorre

SIGLAS Y ABREVIATURAS

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

ÍNDICE
REVISTA *IUS PUBLICUM* N° 41/2019
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

ESTUDIOS

Jaime Arancibia Mattar: *El profesor universitario: Arte y forja*

José Durand Mendioroz: *La gnosis, como base antropológica y religiosa de la ideología de género. Su proyección legislativa y a los programas de educación sexual "integral"*

Patricio-Ignacio Carvajal: *Ciudadanía y bien común en la república*¹

Sergio Raúl Castaño: *El control de convencionalidad y la pretendida primacía del tratado sobre la Constitución*

Carlos E. Delpiazzo: *Dignidad humana y calidad del Estado de Derecho. Tras los pasos de Alberto Ramón Real y Mariano R. Brito*

José Luis Lara A. y Carolina Helfmann M.: *Notas acerca de los derechos del contratista del Estado en Chile*

Gustavo Delgado Bravo: *Algunas consideraciones acerca de la presunción de legalidad de los actos administrativos en el contencioso-administrativo de nulidad y responsabilidad patrimonial*

Eduardo Soto Kloss: *La recia vitalidad de la acción constitucional de nulidad de derecho público*

IN MEMORIAM

Jorge Martínez: *Aleksandr Solzhenitsyn (A cien años de su nacimiento/11. 12.1918)*

CRÓNICA

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: Pedro Trevijano, Juan Manuel de Prada. *Reflexiones fuertes*: Alonso Gracián

DOCUMENTOS

MAGISTERIO PONTIFICIO: *Papa Francisco. Audiencia general. Aula Pablo VI (Miércoles, 20 de febrero de 2019). Mensaje para la Cuaresma de 2019. "La creación,*

expectante, está aguardando la manifestación de los hijos de Dios" (Rm 8,19). Audiencia general. Aula Pablo VI (Miércoles, 13 de febrero de 2019). Audiencia general. Plaza de San Pedro (Miércoles, 27 de febrero de 2019). Discurso a los participantes en la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida. Sala Clementina (Lunes, 25 de febrero de 2019)

ACTUALIDADES

Leyes mordazas, negacionismo, pensamiento único, totalitarismo, ¿en qué queda la libertad de expresión?

Ideología de género

JURISPRUDENCIA

Juzgado de Letras de Santiago. 14.5.1883. Corte Suprema. 5.9.1884. Boucherat con Fisco. GT N° 2113 (1884), p. 1457 (N° 2346) (Comentario de Gabriel Bocksang Hola)

Corte de Apelaciones de Santiago. 20 de mayo de 1904. Juzgado de Santiago. 21 de abril de 1904. Ravest con Fisco (Comentario de Rodrigo Céspedes y Jaime García)

Corte de Apelaciones de Santiago. 13 de junio de 1916. Caballero y otros con Municipalidad de San Felipe (Ilegalidad de acuerdo municipal) (Comentario de Rodrigo Céspedes y Jaime García)

Corte de Apelaciones de Santiago. 16.10.2018. Corte Suprema. 30.11.2018. Pérez Gutiérrez, Dorothy con Bermúdez Soto, Jorge (recurso de protección/remoción funcionario público) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Corte de Apelaciones de Santiago. 25.7.2018. Corte Suprema. 30.11.2018. Castillo Sánchez y otros con Contralor General de la República (acción de amparo económico – acción de protección) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)

Corte de Apelaciones de Santiago. 3.1.2019. Defensora de la niñez con Canal 13 S.A. (protección – rechazada)

RECENSIONES Y RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Recensiones

Reseña de libros

Reseña de revistas

Noticias

Ediciones *Ius Publicum*

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

