ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

nº42
Año XXI
Julio 2020

Tema central:
Derecho y Tecnología

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año xxi, N° 42 – Julio 2020

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

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: Derecho y tecnología

- Mercado Digital: Privacidad, protección al consumidor y libre competencia (Francisca Labbé y María Ignacia Ormeño) 13
- Desafíos de la protección de datos personales en el derecho de la Unión Europea (Alejandra Castillo) 27
- Derecho de la competencia en tiempos de innovación tecnológica: un desafío de reorientación (Manfred Zink Papic) 47
- Responsabilidad civil de los bancos por fraudes informáticos a la luz de la ley de protección de los consumidores (Renzo Munita Marambio y Cristian Aedo Barrena) 73
- "Smart contracts": Origen, aplicación y principales desafíos en el derecho contractual chileno (Jaime de Larraechea Carvajal y Esteban Orhanovic de la Cruz) 107
- Derecho y tecnología: una visión sinóptica (Fernanda García Gómez) 127
- Legal tech: Una visión de cambio para el mercado legal (Felipe Godoy Aliaga) 159
- Aportes de las tecnologías de la información y de la comunicación en materia de transparencia del poder judicial (Gaspar Jenkins Peña y Lillo) 189

II. Estudios y ensayos

- Comentarios laborales a ley de protección del empleo en la pandemia de COVID-19 (Jorge Ogalde Muñoz) 229
- La limitación de las fuentes de creación de derechos reales (Hugo Rosende Álvarez e Isabel Warnier Readi) 267
- El auge y caída del Tribunal Constitucional de 1970: La ironía de una predicción electoral equivocada (Sergio Verdugo) 285
- El Pacto Mundial por el Medio Ambiente y la idea de unificación del derecho internacional del medio ambiente (Raúl Fernando Campusano Droguett y Tatiana Andrea Torres Pinto) 329
- Actualización y rectificación de superficies y deslindes de bienes raíces. Observaciones a partir de algunas sentencias (José Miguel Lecaros Sánchez) 351
- Aspectos generales de las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (Carlos Oyarzún Concha) 367
- Proyecto de ley anticolusión: Oportunidades y riesgos en su tramitación (John Henríquez Oyarzo) 391
- La promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas (Benjamín Morales Palumbo) 421

- La agrupación de interés económico como herramienta de fomento al emprendimiento: Experiencia europea, especialmente en España (Alejandro Lagos Torres) 463
- El derecho de petición y de acceso a la jurisdicción frente a la normativa de libre competencia en Chile y estados unidos: Una lectura convergente (Mario Ybar A. y Mauricio Garetto B.)..... 499
- El principio de interés superior del niño: Origen, significado y principales manifestaciones en el derecho internacional y en el derecho interno (Emilio José Bécar Labraña) 527
- Sobre la prueba de los daños extrapatrimoniales (Benjamín Musso Arratia) 581

III. Comentarios de jurisprudencia

- "Ilustre Municipalidad de Puerto Varas con ESSAL S.A.": Criterios para determinar la existencia de daño ambiental (Alejandra Estay Troncoso y Consuelo Toresano Kuzmanic) 605

IV. Libros, resúmenes y recensiones

- Francisca Barrientos Camus, *Lecciones de Derecho del Consumidor*, Santiago: Thomson 2019, 252 pp. (Erika Isler Soto, Universidad de Talca) 629
- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, Universidad del Desarrollo, n.° 16, abril de 2020 633
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, n.° 44 de 2020..... 635

PRESENTACIÓN

Una de las características del sello de la Universidad del Desarrollo, es la mirada de futuro que quiere transmitir a nuestros estudiantes. Bien entrado el siglo XXI pensamos, que la relación entre el derecho y la tecnología sería un marco de análisis y estudio interesante de abordar. Luego, vino la pandemia producida por la enfermedad conocida como Covid-19 (corona virus disease 2019) y nuestro mundo cambió. La forma de vivir, de producir, de estudiar y, por supuesto, de hacer clases, ha cambiado. Así, la tecnología se hizo más necesaria, más tangible de algún modo.

Esta relación con la tecnología se encuentra aparejada con el ejercicio del derecho y es, por lo tanto, el foco de los contenidos que desarrolla el Tema Central de esta, nuestra revista n.º 42.

Francisca Labbé y María Ignacia Ormeño nos invitan a tener presente que en el mercado digital la privacidad, la protección al consumidor y la libre competencia, deben lograr una mejor protección de los datos personales. Recordemos que estos, son de un inconmensurable valor, tanto económico como, por cierto, para las personas.

Luego, Alejandra Castillo nos permite conocer los desafíos de la protección de datos personales en el derecho de la Unión Europea, desde una perspectiva práctica, a propósito de la estricta normativa del legislador del Viejo Continente y el planteamiento sobre hasta qué punto la autodeterminación informativa de las personas está dispuesta a ceder en aras del bien común.

Por otra parte, Manfred Zink hace una reflexión en cuanto al foco de las políticas públicas de protección de la libre competencia, considerando que el principal motor del crecimiento es la innovación tecnológica y, por tanto, su defensa mediante acciones preventivas, es fundamental.

Por supuesto, la tecnología como herramienta puede ser utilizada para fines indeseados. En esa línea, Renzo Munita y Cristian Aedo, analizan los problemas relativos a la verificación de actos de *hacking* bancario, sin desconocer el deber de seguridad que recae en el banco, a la vez que no se obvia que, entre el banco y un cliente, hay una relación de consumo. Luego, reflexionan sobre cuál es el régimen de responsabilidad civil a través del cual el cuentacorrentista, o usuario de tarjetas bancarias, puede perseguir la responsabilidad del banco.

Jaime de Larraechea Carvajal y Esteban Orhanovic de la Cruz, nos ilustran respecto de cuál es el origen, la aplicación y los principales desafíos

en el derecho contractual chileno, respecto de los "smart contracts", innovación tecnológica que, valiéndose de la tecnología Blockchain, permite realizar transacciones de forma segura, expedita y casi sin riesgo de incumplimientos contractuales.

Por su parte, Fernanda García, plantea que, si bien la revolución digital significa un enorme progreso social, el derecho debe encontrar la manera de conciliar el equilibrio entre esta, y el resguardo de principios, derechos y libertades fundamentales. Por lo mismo, su trabajo versa sobre una mirada sinóptica entre esta ciencia social (el derecho) y la tecnología.

Sin duda que los desafíos siempre están presentes en la carrera de un abogado. Así, Felipe Godoy reflexiona sobre cómo el uso de la tecnología impacta en la forma en que estos deberán prestar sus servicios jurídicos y los desafíos para los legisladores. Para esto, desarrolla y explica un concepto clave: Legal Tech.

Finalmente, Gaspar Jenkins, expone sobre el impacto que las nuevas tecnologías brindan en las labores del Poder Judicial.

Como ha sido costumbre en nuestra revista *Actualidad Jurídica*, además de contar con un Tema Central, buscamos abordar diversas inquietudes. Así, en nuestra sección de Estudios y Ensayos, comienza con un debate que sigue desarrollándose en sede legislativa dados los vertiginosos tiempos que corren: la ley de protección al empleo. El vicedecano de la Facultad, Jorge Ogalde, analiza los efectos laborales de la Ley n.° 21227, valorando los aportes que esta ley otorga, en cuanto busca atenuar los efectos laborales de la pandemia de Covid-19.

En materia civil, Isabel Warnier y Hugo Rosende, analizan si en nuestro derecho es aplicable el sistema *numerus apertus*, el cual sostiene que pueden crearse derechos reales por la autonomía privada. Para esto, exponen argumentos a favor y en contra de esta para concluir mostrando cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha expresado criterios para tolerar y legitimar las limitaciones y cargas del dominio, concluyendo que estas solo pueden ser creadas por ley.

A propósito del Tribunal Constitucional, Sergio Verdugo desarrolla latamente lo que ha denominado como el auge y caída del Tribunal Constitucional de 1970, creado por una reforma constitucional impulsada por el presidente Eduardo Frei Montalva y que, desde esa fecha, pero con cambios sustantivos, se ha consolidado como una institución relevante para nuestro país.

En el ámbito mundial, siempre está presente el desafío ambiental que existe y se enlaza con el derecho ambiental internacional. Por lo mismo, Raúl Campusano y Tatiana Torres elaboran un análisis sobre un posible futuro de este, ponderando el paso que significaría el Pacto Mundial por el

Medio Ambiente como el instrumento jurídico de referencia internacional de carácter vinculante.

En materia civil, José Miguel Lecaros aborda temas de actualidad y trata vacíos que presenta nuestra legislación en materia de rectificación de superficies y deslindes de bienes raíces, tema de gran importancia práctica, con análisis de jurisprudencia y derecho comparado.

En otras materias, Carlos Oyarzún aborda un tema cada día más álgido: la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. En su trabajo, explica la incorporación de estas a nuestro ordenamiento jurídico, su evolución en el tiempo y los actuales desafíos que su entendimiento representa hoy en las discusiones legislativas.

A propósito de las discusiones que se dan en el Congreso Nacional, John Henríquez aborda las principales modificaciones propuestas al decreto ley n.º 211, señalando que no existen garantías de que, en el transcurso de la tramitación de esta reforma legal, no se promuevan cambios que causen un perjuicio relevante al sistema de libre competencia vigente en nuestro país.

Por otra parte, Benjamín Morales trae a la discusión un interesante tema: la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, sosteniendo que esta debe ser analizada desde la perspectiva de la regla general que establece el artículo 1462 del Código Civil, ofreciendo una visión crítica de los argumentos planteados tradicionalmente.

En cuanto al emprendimiento, Alejandro Lagos desarrolla cómo la experiencia europea ha estudiado la agrupación de interés económico como herramienta de fomento, tanto en sus aspectos jurídicos como en sus beneficios sobre el mercado para empresas y consumidores.

Mario Ybar y Mauricio Garetto, analizan de qué modo el derecho chileno y estadounidense delimitan el ejercicio del derecho de petición y de acceso a la jurisdicción en atención a consideraciones de libre competencia. Lo hacen estudiando por separado estos, analizando doctrina, debate legislativos actuales y jurisprudencia.

Emilio Bécar desarrolla en detalle el principio de interés superior del niño, su origen, significado y sus principales manifestaciones en el derecho internacional y en nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Para cerrar esta sección, Benjamín Musso aborda el tratamiento de la prueba de los daños extrapatrimoniales, los problemas que representa un litigio en estos casos y su relación con el recurso de casación en el fondo.

En nuestra sección sobre Comentarios de Jurisprudencia, Alejandra Estay y Consuelo Toresano, sostienen que la responsabilidad por daño ambiental se establece a través de la presencia de varios elementos: acción, daño ambiental, relación de causalidad entre la acción y el daño, y dolo o culpa

de quien causó la acción y para ello, analizan la sentencia caratulada Ilustre Municipalidad de Puerto Varas con ESSAL S.A.

Finalmente, Erika Isler nos brinda una completa reseña del libro de Francisca Barrientos, *Lecciones de Derecho del Consumidor* (Santiago, Thomson, 2019), donde se desarrollan principalmente cuatro grandes temas: el ámbito de aplicación de la Ley de Protección de los Consumidores, los deberes precontractuales, la contratación en masa y la garantía legal.

Por último, acompañamos los índices de las revistas *Derecho Público Iberoamericano* (n.° 16), también de la Universidad del Desarrollo, y de *Ius Publicum* n.° 44, de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Chile.

Esperamos, de esta forma, acercar al lector a temas atingentes, con una mirada seria y jurídica, conociendo los desafíos que el futuro siempre representa en cada especialidad; formulando propuestas, explicando los orígenes de diversas ideas y, en definitiva, planteando diversas posiciones que permitan contribuir a nuestra sociedad.

EL DIRECTOR

TEMA CENTRAL

"Derecho y Tecnología"

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

MERCADO DIGITAL: PRIVACIDAD, PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR Y LIBRE COMPETENCIA

MERCADO DIGITAL: PRIVACY, CONSUMER PROTECTION AND COMPETITION POLICY

María Francisca Labbé Figueroa[*]
María Ignacia Ormeño Sarralde[**]

Resumen: En este artículo nos referimos a la necesidad de lograr una mejor protección de los datos personales, mediante la coordinación y cooperación entre las entidades encargadas de velar por la protección de los derechos del consumidor, de promover la libre competencia en los mercados y de proteger la privacidad de las personas.

Palabras clave: mercado digital, comercio electrónico, datos personales, privacidad, derecho del consumidor, libre competencia.

Abstract: In this article we refer to the need to achieve better protection of personal data, through coordination and cooperation among agencies responsible for ensuring consumer rights protection, promoting free competition in markets, and protecting privacy of people.

Keywords: digital market, e-commerce, personal data, privacy, consumer law, competition law.

[*]Abogado 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. Correo electrónico: mlabbe@udd.cl

[**] Egresada de Derecho, Universidad del Desarrollo. Ayudante de investigación, Centro de Derecho Regulatorio y Empresa. Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mormenos@udd.cl

Introducción

En la última década, se ha hecho evidente la influencia de la economía basada en datos, y cómo esta ha impulsado el comercio electrónico[1]. "La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales"[2]. El desarrollo del mundo digital ha puesto de manifiesto como se mezclan y relacionan los derechos de protección de datos, respeto por la privacidad y la dignidad humana, y las libertades de empresa, de expresión, de prensa y de información, principalmente.

El comercio electrónico conlleva riesgos relativos a la protección de datos personales, puesto que los términos y condiciones que los consumidores deben aceptar para poder contratar, incluyen cláusulas sobre el uso y el tratamiento de los datos personales, pero no muchos usuarios leen dichas cláusulas[3]. Esto afecta en forma directa la privacidad de los individuos.

No obstante los riesgos señalados, el mercado digital por sí mismo no ha entregado bienes y servicios que sean capaces de aumentar la protección de la privacidad de los datos personales[4], a pesar de que los usuarios demandan el poder transitar en el mundo virtual con la misma seguridad y libertad que lo hacen en el mundo real. En palabras de Ariel Ezrachi y Maurice Stucke[5], los mercados digitales impulsados por datos no necesariamente se corregirán solos.

Es por ello que la hipótesis que planteamos en este artículo es que para lograr una adecuada protección de la privacidad, se requiere una mayor integración, cooperación y coordinación entre las distintas entidades encargadas de velar por el resguardo de la privacidad, la protección de los consumidores y la competencia en los mercados digitales. Sin embargo, es importante tener presente que la integración planteada no es total, sino solo en el ámbito de la cooperación y coordinación en lo que al comercio electrónico se refiere, puesto que en él se producen cruces entre los intereses de tales entidades.

Para validar nuestro planteamiento, comenzaremos señalando las razones por las cuales el mercado no se hace cargo de manera adecuada de la demanda de privacidad de los datos personales. Continuaremos señalando aquellas áreas en las que se han detectado cruces entre la protección de los consumidores, de los mercados y de la privacidad. Luego, nos referiremos a los avances que se han realizado en materia de protección de la privacidad de los datos personales en la Unión Europea, puesto que es ahí donde se lleva la delantera en esta

[1] Sobre el particular, véase OCDE (2015), p. 133.
[2] RGDP (2016), p. 2.
[3] Momberg y Morales (2019), p. 158.
[4] Stucke & Grunes (2016), p. 325.
[5] Ezrachi & Stucke (2016), p 586.

materia, convirtiéndose en líderes en el ámbito internacional, y también nos referiremos al estado actual del tema en Chile. En el mismo capítulo comentaremos de forma breve los avances de Facebook Inc (en adelante FBO) en materia de portabilidad de datos. Finalizaremos con las conclusiones de rigor.

1. Mercado y privacidad

Las fuerzas del mercado por sí solas no han promovido servicios que sean capaces de aumentar la protección de la privacidad de los datos personales[6]. En la doctrina podemos encontrar las siguientes posibles justificaciones:

a) Una primera posible explicación, es que no todos los consumidores están realmente preocupados de la privacidad de sus datos personales, dando por sentado que una gran cantidad de personas no tienen grandes expectativas de privacidad en el mundo digital[7], toda vez que siempre entregan sus datos personales en línea sin mayor problema.

   En este punto es importante tener presente que tanto los bienes y como los servicios que los consumidores obtienen a través de las plataformas digitales, son considerados gratuitos por los usuarios[8], aun cuando a cambio entreguen su privacidad y sus datos personales[9]. Sin embargo, hay estudios sobre estas materias que debilitan esta explicación[10].

b) Otra plausible razón para explicar por qué el mercado no promueve mejoras en cuanto a la privacidad, es que las personas carecen de alternativas al momento de elegir.

   La fantasía de que obtenemos gran cantidad de bienes y servicios digitales gratis, puesto que "los titulares no reciben una remuneración directa por su uso"[11], es lo que nos ha llevado bajar las barreras de protección en lo que a los datos personales se refiere, cuando en realidad, siempre estamos pagando un alto costo por tales datos. Este costo es, justamente, la pérdida o disminución de la privacidad. Por esta razón, hay autores que postulan que los datos constituyen bien económico[12].

[6] Stucke & Grunes (2016), p. 51.
[7] *Op. cit.*, p. 10.
[8] *Op. cit.*, p. 9.
[9] Momberg y Morales (2019), p. 158.
[10] Stucke & Grunes (2016), p. 51.
[11] Frigerio (2018), p. 52.
[12] Sobre el particular, véase *op. cit.*, p. 60 y ss.

c) Otra de las razones que encontramos en la literatura para justificar lo descrito es que las compañías digitales están interesadas en obtener los datos de las personas[13]. Por lo tanto, si estas empresas promovieran la privacidad de dichos datos, estarían atentando contra una parte muy relevante de su propio negocio. Es decir, a las compañías simplemente no les interesa ofrecer alternativas con mejores políticas de privacidad.

   Esto no quita que, en los últimos años, las grandes compañías del mundo digital han ido avanzando hacia la protección de la privacidad. Pero lo cierto es que no solo el mercado no ha logrado satisfacer la demanda por la privacidad con la misma fuerza que ha satisfecho otros deseos de los consumidores[14].

d) Otros argumento muy interesante para justificar por qué el mercado no ha logrado hacer realidad los sueños de protección de privacidad de los consumidores lo encontramos en los incentivos, toda vez que "el incentivo para que los consumidores penalicen a una empresa por una mala política de privacidad es bajo"[15].

   Lo anterior significa que para los consumidores denunciar una mala política de privacidad representa más costos que beneficios.

En consecuencia, una de los principales razones por las cuales el mercado no provee una solución a la protección de la privacidad de los datos es la falta de competencia significativa. Ello tiene origen, entre otras cosas, en una profunda falta de conocimiento por parte de los usuarios del mundo digital en como la información se genera y como se utiliza[16]. Esta se ve acentuada por las fusiones y adquisiciones que tienen por principal objetivo la incorporación de datos al negocio, por una parte, y, por otra, la búsqueda de economías de escala o de alcance, o, bien, efectos de red directos e indirectos, todo lo cual puede llevarnos a un mercado digital nacional muy concentrado[17].

En general, la concentración en los mercados es perjudicial para la competencia[18]. En el caso de los datos, el abuso de la posición de dominio puede llevar a que las empresas digitales que detenten un poder de mercado incurran en conductas anticompetitivas con tal de mantener o aumentar su cuota de mercado[19].

[13] Macedo (2019), p. 289.
[14] Sobre el particular, véase Stucke & Grunes (2016), p. 54 y ss.
[15] Frigerio (2018), p. 59.
[16] Stucke & Grunes (2016), p. 53.
[17] Sobre el particular, véase Schepp y Wambach (2016), p. 122.
[18] Bravo *et al.* (2017), p. 97.
[19] Stucke & Grunes (2016), p. 66.

Ahora bien, es fundamental tener presente que las normas de defensa de la libre competencia no han demostrado ser siempre suficientes para hacerse cargo de problemas de privacidad relacionados con el comercio electrónico. Ello es así porque las autoridades de la competencia, por lo general tienen herramientas fuertes y eficientes que les permiten evaluar los efectos de los precios de una determinada conducta u operación[20]. Pero en el mundo digital, muchas veces los efectos contrarios a la competencia no tienen relación con los precios, sino que con la calidad del bien o servicio, o con la protección de la privacidad de los datos personales[21].

De esta manera, en cuanto a la protección de la privacidad, el modelo basado en la notificación, autorización previa o en ambos, de la autoridad competente, no es suficiente para proteger la privacidad de los datos de los miles usuarios del mundo digital.

2. *Principales cruces entre la protección a los consumidores, a los mercados y a la privacidad en el comercio electrónico*

Hasta ahora no existe en el mundo regulación alguna que pueda incentivar a las grandes firmas tecnológicas a que satisfagan la demanda de los usuarios por privacidad[22], como un todo sistémico y coordinado. Tanto en la legislación chilena actual[23] como en el derecho comparado, en especial en Estados Unidos y en Europa[24], encontramos intentos de protección de la privacidad de los datos personales, pero aún no se ha tratado este tema de manera orgánica.

Sin embargo, como ya hemos comentado, ha sido la Unión Europea quien ha liderado el intento de sistematizar la protección de la privacidad, principalmente a través de las normas vinculadas al comercio electrónico[25]. A pesar de ello, ni siquiera la Unión Europea ha logrado avanzar hacia una mayor coordinación y cooperación entre las agencias de protección del consumidor, libre competencia y privacidad[26].

Ahora bien, es cierto que en muchos casos concretos, los bienes jurídicos protegidos por las legislaciones en comento, simplemente no tienen

[20] Stucke & Grunes (2016), p. 4.

[21] Hardy *et al.* (1994), p. 156.

[22] Stucke & Grunes (2016), p. 66.

[23] Ley n.º 19628

[24] Sobre el particular, véase Stucke & Grunes (2016), p. 67.

[25] *Op. cit.*, p. 10.

[26] En en caso de Chile, desde 2017 se tramita en el Congreso el proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. *Boletín* 11.144-07, el cual a la fecha del cierre la edición de esta revista se encontraba en el Senado, en primer trámite constitucional.

cruces. Es decir, un caso de protección de la privacidad no levanta, necesariamente, preocupaciones desde el punto de vista de la defensa de la libre competencia, como tampoco lo hace desde la perspectiva de la defensa del consumidor.

No obstante, es posible constatar algunos cruces entre la protección del consumidor, de la competencia y de la privacidad, todos ellos vinculados al comercio electrónico. En nuestra opinión, los principales cruces son los siguientes:

a. Privacidad de datos personales y derechos del consumidor[27].
b. La determinación de si una cláusula sobre uso y tratamiento de datos personales puede ser considerara como abusiva bajo el prisma del derecho de consumo[28].
c. Fusiones en mercados digitales[29].
d. La colusión tácita por algoritmos[30].
e. La adquisición de cuotas o poder de mercado en materia de datos[31].
f. Las barreras de entrada en el mercado de los datos personales[32].
g. La portabilidad de los datos personales[33].
h. El derecho al olvido[34].

Estos planos legales no se encuentran necesariamente en conflicto, pero es importante destacar los cruces entre ellos, a fin de otorgar una mejor protección a la privacidad de las personas.

Sin embargo, es importante tener presente que no toda infracción a la protección de la privacidad de los datos personales hará imprescindible la intervención de las autoridades de protección del consumidor o de defensa de la competencia. Por ello es que sus funciones y atribuciones deben complementarse a través de una adecuada coordinación y cooperación, de modo tal que se mantenga el respeto a la debida independencia de cada una de las agencias competentes.

Lo anterior significa que no todo puede ser absorbido por la autoridad de libre competencia, sino que deben considerarse problemas propios de la órbita del consumidor, tales como: protección del consumidor, mecanismos de reclamo, precios, calidad de los bienes y servicios[35]. También es relevante

[27] Voss *et al.* (2015), p. 105.
[28] Momberg y Morales (2019), p. 158.
[29] Schepp & Wambach (2016), p. 123.
[30] Sobre el particular, véase Ezrachi & Stucke (2020), p. 242.
[31] Schepp & Wambach (2016), p. 122.
[32] *Ibid*.
[33] Sobre el particular, véase Puccinelli (2017).
[34] Culik & Döpke (2018), p. 21.
[35] Hardy *et al.* (1994), p. 156.

considerar aspectos propios que son propios de la privacidad, tal como los datos personales.

3. Avances en integración.

En nuestra opinión, en materia de integración falta mucho por avanzar. No obstante, autores como María Maqueo[36] han detectado los elementos clave en lo que a la protección de datos se refiere, los cuales en su opinión son:

> "(a) el establecimiento de principios y deberes que legitimen el tratamiento de los datos personales, consistentes con la evolución social y tecnológica;
>
> (b) el reconocimiento de los derechos de los interesados y los procedimientos para garantizar su ejercicio, con el fin de que se les permita un control efectivo respecto de su información, y;
>
> (c) la existencia de autoridades independientes de control, en el sentido de que sean ajenas a cualquier influencia externa, tanto directa como indirecta".

Lo anterior, en nuestra opinión, llevará indudablemente a coordinar las atribuciones y funciones de las autoridades existentes, para que no se produzcan conflictos entre ellas.

A pesar de que todavía falta camino por recorrer en esta materia, es del caso destacar algunos aspectos que son relevantes en este análisis. Primero, la forma en que la Unión Europea ha regulado la protección de la privacidad de los datos personales, es importante de destacar. Segundo, la situación actual de la normativa en Chile. Por último, el reciente anuncio de FBO sobre portabilidad de datos.

a) El caso de Europa

La Unión Europea no ha logrado integrar la protección a nivel de consumidor, competencia y privacidad. Sin embargo, se ha posicionado como el líder en el ámbito internacional en lo que a la protección de la privacidad se refiere. Ello es así en virtud del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (en adelante RGPD), el que entró en plena vigencia el año 2018.

El RGDP obliga a los procesadores de datos a cumplir con estándares altos en cuanto a la calidad de la información, estableciéndose penas para el caso de incumplimiento. Asimismo, el RGDP obliga a los procesadores a implementar mecanismos de protección de los datos y la privacidad de estos

[36] Maqueo *et al.* (2017), p. 95.

en todo momento. También obliga a que los avisos legales y políticas de privacidad sean simples. Asimismo, el RGDP consagra el derecho de acceso, la portabilidad de los datos y el derecho al olvido.

Respecto del consentimiento para el uso de los datos personales, el RGDP señala que aquel debe ser inequívoco, libre y revocable. Las empresas deben obtener autorización expresa de parte de sus usuarios para hacer uso de sus datos personales, esto es, tanto para acceder a ellos como para utilizarlos de cualquier manera. Los usuarios deberán tener conocimiento sobre que datos de ellos se están utilizando, de que manera, con que fin y que responsabilidad tiene la empresa determinada en el uso de sus datos.

Con respecto a la repercusión de esta normativa en Chile, es importante señalar que ella no afecta de manera directa a nuestro país, pero sí constituye un nuevo e importante estándar internacional, conveniente de adoptar por las compañías. Asimismo, esto no afecta de modo directo a empresas chilenas, pero por su carácter extraterritorial podría afectar a aquellas empresas chilenas que traten datos personales y que tengan establecimientos en Europa. Esto quiere decir que estas empresas podrían llegar a ser sujetos de penas si incumplen la normativa del RGDP sobre el derecho de privacidad de las personas[37].

b) Protección de datos en Chile

En el caso de Chile, cabe destacar algunos avances en esta materia. En primer lugar, en la actualidad se reconoce con rango constitucional "la protección de sus datos personales" como un derecho fundamental de todos los individuos. La Constitución, además, establece que "el tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley". Ello es así en virtud de las modificaciones al art. 19 n.° 4 de la Carta Magna, las que fueron introducidas por la ley n.° 21096 de 2018.

Un segundo progreso lo constituye la Circular Interpretativa sobre Buenas Prácticas en Comercio Electrónico, aprobada por el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante SERNAC), mediante resolución exenta n.° 184 de 2019. En la referida circular se reconocen los principios de la contratación electrónica, dentro de los cuales se encuentra el principio del consentimiento informado. Asimismo, la circular destaca el derecho a la información como uno de los derechos fundamentales de los derechos de los consumidores. Dentro de este, se comprende el derecho a la información sobre los términos y condiciones, los que para efectos de la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor, son considerados contratos de adhesión[38].

[37] *Diario Financiero* (2018).

[38] Sernac (2019), p. 7.

Es importante destacar que son los mismos usuarios los que se encuentran preocupados por la manera en que son utilizados sus datos personales en nuestro país. Según los resultados del estudio "Percepción de la Protección de Datos Personales en Chile", realizado por el Consejo para la Transparencia (en adelante CPLT), el 57% de los usuarios están preocupado respecto al uso de su información personal. La principal preocupación corresponde al uso abusivo que podría darse de ellos, debido a la alta información que se produce y circula a través de redes sociales y en las aplicaciones móviles[39]. De acuerdo con este estudio, las principales razones del descontento de los usuarios son por los posibles delitos que pueden acontecer, tales como: robo, fraude, estafa, suplantación de identidad, uso de información privilegiada y, en general, todos aquellos que vulneren la intimidad de las personas.

Sin embargo, los riesgos que implica el mal uso de los datos personales, no están en la conciencia de todas las personas. A pesar del descontento evidenciado por el estudio realizado por el CPLT, normalmente son los mismos usuarios los que entregan información a las empresas, sin tomar conciencia de lo que ello significa. Basta con contestar, cuantas veces leen los términos y condiciones antes de aceptarlos, cada vez que inscriben el correo electrónico, nombre y RUT en una página Web, al suscribirse en un suplemento digital o una aplicación. Los usuarios no son conscientes de que al hacer *click* están indicando haber leído, entendido y aceptado el manejo y uso de los datos personales entregados.

No obstante los avances indicados, es importante considerar que nuestra normativa de protección de datos está desactualizada y es necesario modernizarla[40]. El proyecto de ley que se discute en la actualidad en el Congreso, y que regula la protección y el tratamiento de datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales, pretende avanzar hacia una mayor modernización[41].

c) Facebook, a la vanguardia

Ahora bien, nos parece relevante comentar que en Estados Unidos, el 30 de abril de 2020, FBO informó que permitirá a sus usuarios transferir fotografías y videos que mantengan en dicha plataforma, a plataformas tecnológicas rivales. Esto es, precisamente, la portabilidad libre de datos de una plataforma a otra. La decisión tomada por FBO es muy importante desde la perspectiva de la

[39] Consejo para la Transparencia (2020).
[40] Vargas (2017), p. 136.
[41] *Boletín* n.° 11.144-07.

libre competencia, puesto que así dan cumplimiento a la portabilidad de datos, permitiendo a sus usuarios cambiarse a otra plataforma con entera libertad[42].

Este tema es un gran avance en materia de datos, puesto que cambia el concepto mismo del dominio de los datos, reconociendo que el verdadero dueño de ellos es el usuario, quien puede, entonces, libremente almacenarlos en una plataforma u otra.

Lamentablemente, esta herramienta solo estará activa para usuarios de Canadá y Estados Unidos[43], al menos por ahora.

Conclusión

Nuestro propósito en este artículo fue plantear una mayor integración, entendiendo como tal una mayor cooperación y coordinación, entre las distintas entidades encargadas de velar por el resguardo de la privacidad, la protección de los consumidores y la competencia. Sin embargo, esta integración es parcial, es decir, aplicable a los mercados digitales. El fundamento de esta necesidad de mayor integración radica en que a pesar de las demandas de los usuarios del mundo digital por mayor privacidad, el mercado por sí mismo no ha entregado soluciones que sirvan para satisfacer tal pretensión.

Se reconocieron como causas posibles de la falta de satisfacción de esta necesidad de los consumidores las siguientes:

a) no todos los consumidores están, en realidad, preocupados de la privacidad de sus datos personales;
b) los consumidores carecen de alternativas al momento de elegir;
c) las empresas digitales están interesadas en obtener los datos de las personas y
d) los consumidores no tienen incentivos para penalizar malas políticas de privacidad.

Como lugares en que se cruzan los intereses de las legislaciones que protegen la privacidad, que promueven la libre competencia y que protegen a los consumidores se identificaron los siguientes:

a) privacidad de datos personales y derechos del consumidor;
b) cláusulas abusivas en el comercio electrónico;

[42] En marzo de 2020, la Federal Trade Commission de Estados Unidos hizo público su interés en estudiar los beneficios de la portabilidad de datos para la competencia en los mercados, al anunciar que será anfitriona de un *workshop* en la materia. Por su parte, la portabilidad de datos es un requisito establecido por el RGPD de la Unión Europea y por el Acta de Protección del Consumidor del estado de California (denominada CCPA).

[43] Bose (2020).

c) fusiones en mercados digitales;
d) colusión tácita por algortimos;
e) adquisición de poder de mercado en materia de datos;
f) barreras de entrada en el mercado de los datos personales y
g) La portabilidad de los datos personales.

También, expusimos tanto el RGDP, en Europa, como la Circular Interpretativa sobre Buenas Prácticas en el Comercio Electrónico del Sernac, en Chile, han logrado integrar algunos de los aspectos identificados, pero concluimos que en ambos casos es necesaria una mayor cooperación y coordinación entre las agencias encargadas de velar por la protección de los bienes jurídicos resguardados. Por último, destacamos el avance de FBO en portabilidad de datos.

Bibliografía

Bravo, Rodrigo, Cristián Briones, Sebastián Faúndez, Gerardo Puelles, Arturo Fuentes, Hernán Bosselin y Ramón Briones (2017). *Chile concentrado. Investigación sobre el modelo económico chileno,* Santiago: Trayecto Comunicaciones.

Culik, Nicolai & Christian Döpke (2018). "About Forgetting and Being Forgotten", in Thomas Hoeren & Barbara Kolany-Raiser (eds.), *Big Data in Context*, Münster: Springer International Publishing. DOI: 10.1007/978-3-319-62461-7

Ezrachi, Ariel & Maurice Stucke (2016). "Virtual Competition", in *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 7, issue 9, pp. 585-586. Disponible en https://doi.org/10.1093/jeclap/lpw083

Frigerio, Catalina (2018). "Mecanismos de regulación de datos personales: Una mirada desde el análisis económico del derecho", en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 7, n.° 2, pp. 45-80. DOI: 10.5354/0719-2584.2018.50578

Hardy, Christina, Michell McAuslan & Julia Madden (1994). "Competition Policy and Communications Convergence", in *University of New South Wales Law Journal*, vol. 17, issue 1, pp. 156-189. Disponible en www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2017/09/17-1-6.pdf [fecha de consulta: febrero de 2020].

Macedo, Luciana (2019). "Economía digital y competencia", en Vanessa Facuse Andreucci y Ana María Montoya Squif (dirs.), *Desafíos de la libre competencia en Iberoamérica,* Santiago: Legal Publishing.

Maqueo, María Solange, Jimena Moreno y Miguel Recio (2017): "Protección de datos personales, privacidad y vida privada: la inquietante búsqueda de un equilibrio global necesario", en *Revista de Derecho*, vol. 30, n.° 1, pp. 77-96. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v30n1/art04.pdf [fecha de consulta: febrero de 2020].

Momberg, Rodrigo y María Elisa Morales (2019). "Las cláusulas relativas al uso y tratamiento de datos personales y el artículo 16 letra g) de la Ley 19.496 sobre

Protección de los Derechos de los Consumidores, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*. Vol. 8, issue 2, pp. 157-180. DOI: 10.5354/0719-2584.2019.54441

Puccinelli, Oscar R (2017). "El derecho a la portabilidad de los datos personales. Orígenes, sentido y alcances", en *Pensamiento Constitucional*, vol. 22, Lima, pp. 203-228.

Schepp, Nils-Peter & Achim Wambach (2016). "On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment", in *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 7, n.° 2, pp. 120-124. DOI: 10.1093/jeclap/lpv091

Stucke, Maurice & Allen Grunes (2016). *Big Data and Competition Policy,* Oxford: Oxford University Press.

Vargas, Manuel (2017). "Chile: Comentarios preliminares al proyecto de ley que regula la protección y tratamiento de datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales", en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 6, n.° 2, pp. 135-152. DOI: 10.5354/0719-2584.2017.45822

Voss, W Gregory, Katherine H Woodcock, Cecil Seahoon Chung, Kyoung Yeon Kim, Jai Lee and Doil Son (2015). "Privacy, E-Commerce, and Data Security", in *The Year in Review International Lawyer,* vol. 49, pp. 97-109. Disponible en https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=til [fecha de consulta: febrero de 2020].

Normas

Ley n.° 19628 sobre Protección de datos de carácter personal, Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 28 de agosto de 1999.

Otras fuentes

Boletín n.° 11.144-07 (refundido con el *Boletín* n.° 11.092-07). "Proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Ministerio de Hacienda y Ministerio Secretaría General de la Presidencia". Santiago, 15 de marzo de 2017.

Bose, Nandita (April 30, 2020). "Facebook could address some U.S. antitrust concerns with new photo transfer tool". *Reuters.* Disponible en www.reuters.com/article/us-facebook-antitrust/facebook-could-address-some-u-s-antitrust-concerns-with-new-photo-transfer-tool-idUSKBN22C1KV [fecha de consulta: febrero de 2020]

Consejo para la Transparencia (2020): "Estudio del CPLT mostró incremento de la preocupación por el cuidado de los datos personales ante usos abusivos". Disponible en www.consejotransparencia.cl/estudio-del-cplt-mostro-incremento-de-la-preocupacion-por-el-cuidado-de-los-datos-personales-ante-usos-abusivos/ [fecha de consulta: febrero de 2020].

Diario Financiero (2018): ¿Cómo afecta a Chile el nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea? Disponible en www.df.cl/noticias/tendencias/tecnologia/como-afecta-a-chile-el-nuevo-reglamento-general-de-proteccion-de-datos/2018-05-24/190311.html [fecha de consulta: febrero de 2020].

Publimetro (2020): "57% de los chilenos está muy preocupado respecto al uso de su información personal". Disponible en www.publimetro.cl/cl/noticias/2020/01/28/encuesta-datos-personales.html [fecha de consulta: febrero de 2020].

OCDE –Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos– (2015): "Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being, Paris: OECD Publishing. Disponible en http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en

RGDP –Reglamento General de Protección de Datos, Unión Europea– (2016). Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES [fecha de consulta: febrero de 2020].

Sernac –Servicio Nacional del Consumidor– (2019): Circular Interpretativa sobre buenas prácticas en el comercio electrónico. Resolución exenta 184-2019. Disponible en www.sernac.cl/portal/618/articles-9195_archivo_01.pdf [fecha de consulta: febrero de 2020].

DESAFÍOS DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

CHALLENGES OF PERSONAL DATA PROTECTION IN THE LAW OF THE EUROPEAN UNION

Alejandra Castillo Ara[*]

Resumen: Este artículo tiene por finalidad analizar desde una perspectiva práctica la aplicación y los desafíos que presenta el reglamento relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos de 2016. El legislador europeo ha creado una normativa marco estricta que tiende a proteger la autodeterminación informativa de las personas naturales. La pregunta que se plantea, sin embargo, es hasta qué punto esa autodeterminación informativa está dispuesta a ceder en aras del bien común y en qué medida esa tutela efectiva normativa es aplicable en la práctica, sin entorpecer de manera irremediable sustancial el tráfico cibernético y comercial al que los usuarios ya estamos acostumbrados.

Palabras clave: Datos personales, autodeterminación informativa, contratos internacionales.

Abstract: The purpose of this article is to analyze from a practical perspective the implementation and challenges presented by the General Data Protection Regulation from 2016. The European legislator has created a strict frame regulation that tends to protect the informational self-determination of natural persons. The question that arises, however, is to what extent this informational self-determination is willing to give way in the interest of the common good and to what extent this effective regulatory protection is in

[*] Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez. Legum Magister (LL.M.) y Dr. Iur. Albert-Ludwig Universität Freiburg. Legal Counsel para DKMS Alemania. castillo@dkms.de

the practice applicable without significant hindering the cybernetic and commercial traffic to which we users are already accustomed.

Keywords: Personal Data, Informational self-determination, International contracts.

Introducción

El 25 de mayo de 2016 entró en vigencia en el ámbito europeo el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), y su aplicación por parte de los tribunales se hizo obligatoria exactamente dos años después, el 25 de mayo de 2018. Este reglamento tiene por finalidad principal la protección de datos personales y su libre circulación. Datos que corresponden a personas naturales o en términos literales del Reglamento: "personas físicas".

El Reglamento busca en lo principal dos cosas en el ámbito marco: estandarización de reglas de tutela efectiva y sanciones acorde; y transparencia de los operadores económicos y estatales en materia de procesamiento de datos personales[1]. De manera progresiva los países europeos han ido adaptando el reglamento a su legislación interna con matices casi imperceptibles y respetando la esencia de la regulación supranacional. Sin embargo, esta implementación –en los hechos– no ha estado exenta de dificultades, ya que las pretensiones del legislador europeo se han encontrado con la dificultad práctica de la aplicación tecnológica[2]. En especial la falta de correspondencia entre las pretensiones jurídicas y la realidad cibernética y la deficiencia de conocimientos técnicos recíprocos. Los juristas poco saben de actualidad cibernética y los expertos cibernéticos poco conocen de la realidad jurídica.

Por otra parte, al ser los datos o el derecho a la protección de los mismos, un derecho fundamental relativamente nuevo, no resulta claro cuál es su peso específico ni en qué medida es admisible su ponderación respecto del interés común de la sociedad: los datos son una herramienta valiosa que permite predecir el comportamiento no solo de los individuos de manera aislada, sino que, también, de las decisiones grupales de una sociedad. De ahí su relevancia, por ejemplo, para los partidos políticos, la industria farmacéutica y cualquier empresa que quiera perfilar a sus consumidores con la finalidad de saber a quién y qué le vende, pero sobre todo cómo optimizar dichas ventas[3]. Lo cierto es que los datos son, para muchos, considerados el

[1] §13 Preámbulo del RGPD.

[2] Las multas por el no cumplimiento del RGPD pueden llegar a los veinte millones de euros.

[3] Valls (2016), p. 2.

"nuevo oro" y una suerte de moneda de transacción cuando se trata de vender y comprar información personal de los individuos.

Pero sobre todo, los datos pueden ser una forma valiosa en lo relativo a la prevención de la criminalidad[4]. Las empresas proveedoras de Internet podrían fácilmente monitorear las búsquedas en la red de los individuos e identificar quienes tienen tendencias pederastas, homicidas, etc. Relevancia especial en este sentido, cobra la criminalidad organizada. El problema, sin embargo, es no solo hasta qué punto se permite adelantar la punición de alguien que aún se encuentra en un acto que de manera dudosa podría calificarse de preparatorio, sino que hasta qué punto es admisible la afectación de la privacidad individual en beneficio del bien común. En otras palabras, hasta qué punto este derecho a la autodeterminación informativa se ve limitado por la seguridad pública[5].

La autodeterminación informativa es, en definitiva, un derecho derivado del derecho a la privacidad y del llamado derecho al libre desarrollo de la personalidad[6], aunque también se le interpreta como parte integrante de la dignidad humana, consagrada en el art. 1 de la Constitución Política de la República Federal Alemana (Grundgesetz/GG), por lo que –según alguna doctrina– no sería en realidad un derecho nuevo[7]. De cualquier manera, es evidente que el bien común puede justificar una limitación al ejercicio de este derecho, sin embargo, la pregunta es, ¿cuáles son los límites de esos límites?[8]. Mal que mal, tal como señala el Reglamento en el § 4 del preámbulo: "el tratamiento de datos personales debe estar concebido para servir a la humanidad" y este se rige por el "principio de proporcionalidad". El problema es determinar hasta qué punto están dispuestos los individuos a sacrificar su autodeterminación informativa, en tanto concesión de esferas de privacidad, por el bien común. Esa respuesta, lamentablemente, excede los límites de este trabajo.

El presente artículo tiene como referencia legal principal el Reglamento General de la Protección de Datos (RGPD o Reglamento) y toma como base de análisis la legislación alemana que fue, sin lugar a dudas, la que inspiró la regulación en el ámbito europeo[9] y la que se encuentra más desa-

[4] Valls (2016), p. 1.

[5] *Op. cit.*, p. 3.

[6] En la jurisprudencia, véase BVerfGE 65, 1 (42). En la doctrina, véase Hermstrüwer (2016), p. 32.

[7] Franzius (2015), p. 260.

[8] Pieroth, Schlink, Kingreen, Poscher (2016), p. 71 s.

[9] El concepto de protección de datos de la manera en que hoy se comprenden según el Reglamento, apareció por primera vez en Europa, en la legislación local federal del Estado de Hessen en Alemania en 1970. La primera versión de la Ley Federal Alemana de Protección

rrollada jurisprudencial y doctrinariamente en esta área. Este artículo tiene una pretensión especialmente práctica y se divide en cuatro apartados: el primero, analiza de manera breve la consagración de la protección de datos como un derecho fundamental. El segundo, analiza el ámbito de regulación y los principios generales del Reglamento. El tercer apartado hace referencia específica a los problemas y desafíos prácticos que presentan las exigencias del legislador europeo. Por último, se agregan consideraciones finales de cara a una eventual solución a las dificultades ya mencionadas.

1. La autodeterminación informativa como derecho fundamental

La protección de datos es –evidentemente– la referencia instrumental y, en cierta medida, el contrapunto del posible objeto de ataque de los derechos fundamentales; mientras que la autodeterminación informativa[10] hace referencia al objeto de protección y, por tanto, al aspecto sustantivo del derecho, en especial al procesamiento de datos personales[11]. El art. 8 de la Carta Europea de Derechos Humanos (CEDH) si bien consagra el derecho a la autodeterminación informativa, no lo define como tal[12]. Según el Tribunal Constitucional Federal alemán , el derecho a la autodeterminación informativa es el derecho de la persona a decidir sobre la divulgación y el uso de sus datos personales[13]. El término 'autodeterminación informativa' fue acuñado por el Tribunal Constitucional Federal alemán, en el denominado fallo Volkszählungsurteil (fallo sobre el censo nacional) de 15 de diciembre de 1983[14], concretando así

de Datos (BDSG) en el ámbito nacional fue aprobada el 27 de enero de 1977 con el título "Ley de Protección contra el Uso Indebido de Datos Personales en el Tratamiento de Datos".

[10] Alguna doctrina latinoamericana se refiere al derecho a la autodeterminación informática como el *habeas data*. Véase Nogueira (2005), p. 449 ss.

[11] Bieber (2012), p. 36 s.

[12] Art. 8. Protección de datos de carácter personal.

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

[13] BVerfGE 65, 1 (42), sentencia de 15 de diciembre de 1983.

[14] Véase al respecto, el comentario de Bernhard Schlink sobre la evolución del concepto autodeterminación informativa luego de la decisión del Tribunal Federal. Schlink (1986), pp. 233-250.

la protección de la intimidad con respecto a los datos personales. El Tribunal Constitucional Federal lo entendió en ese entonces como un derecho que emanaba del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 2.1. del GG[15], y señaló al respecto:

> "El libre desarrollo de la personalidad en las condiciones modernas de procesamiento de datos requiere la protección del individuo contra la recopilación, almacenamiento, uso y divulgación ilimitada de sus datos personales. Esta protección está, por tanto, cubierta por el derecho fundamental del artículo 2.1 en relación con el artículo 1.1 de la Ley Fundamental. A este respecto, el derecho fundamental garantiza el derecho de la persona a decidir sobre la divulgación y el uso de sus datos personales"[16].

El Tribunal Constitucional Federal alemán interpreta la autodeterminación informativa como un derecho derivado del derecho general de la personalidad y de la dignidad humana, pero, a su vez, autónomo en tanto derecho fundamental, y ciertamente sienta las bases para la futura regulación legal de la protección de datos, en especial, el Reglamento que aquí se analiza.

2. Ámbito de regulación y los principios generales del Reglamento

a) Aplicación material y territorial

El RGPD regula el tratamiento de los datos personales de las personas físicas, por parte de otras personas físicas, empresas u organizaciones de la Unión Europea (UE) o empresas que recojan, procesen y utilicen datos personales de personas (físicas) que vivan en la UE[17]. No se aplica al tratamiento de datos personales de personas fallecidas o entidades jurídicas. Tampoco tiene

[15] Art 2. (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich.

Art. 2 1) Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no viole los derechos de los demás y no atente contra el orden constitucional o la ley moral. (2) Toda persona tiene derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable [traducción de la autora].

[16] BVerfGE 65, 1, sentencia de 15 de diciembre de 1983 [traducción de la autora].

[17] Arts. 1, 2 y 3 del RGPD.

aplicación a los datos tratados por motivos exclusivamente personales o para actividades familiares, siempre que no exista una relación con una actividad profesional o económica[18].

Por ejemplo, sí entra en el ámbito de regulación del Reglamento el caso de una persona que compra un pantalón en la tienda Zara (en Alemania), cuyos datos serán procesados tanto por la empresa que vende dicho artículo (en España) como por la empresa que lo traslada (en Turquía). Los datos que se verán involucrados son: nombre, fecha de nacimiento, domicilio, talla, datos bancarios, etcétera.

El reglamento no resulta aplicable, por ejemplo, cuando una persona emplea los datos de amigos y familiares para celebrar el cumpleaños de su madre, utilizando nombres, números telefónicos, direcciones de domicilio, direcciones de correo electrónico, etc. Si bien aquí también hay datos personales involucrados, no tienen un carácter ni comercial ni estatal en su tratamiento, sino que son datos que operan en el ámbito absolutamente privado-familiar[19].

En el ejemplo recién citado, sobre la compra en la tienda Zara, se podría entender que quien compra también se encuentra sujeto por la normativa, pues igual recibe "datos" por parte de la tienda. Sin embargo, la tienda es persona jurídica y no física, y, por lo mismo, no se encuentra protegida por el Reglamento.

b) Ámbito de regulación: ¿qué son en definitiva los datos y en qué consiste su tratamiento?

Según el art. 4.1. del RGPD, se entiende por datos personales:

> "toda información sobre una persona física identificada o identificable ('el interesado'); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona".

Esta determinación viene, sin embargo, condicionada por el contexto. No es lo mismo hacer referencia a "una mujer, morena, de aproximadamente 30 años" en el contexto de una empresa española de novecientos trabajadores, pues mujeres de esas características hay muchas y no se puede saber a quién

[18] Art. 2 a), b), c) y d) del RGPD.
[19] Art. 2.1.d) del RGPD.

se hace referencia. Si se hace la misma referencia en el contexto de una pequeña empresa de cinco trabajadores en Suecia, donde la población morena no abunda, la situación cambia. En el primer ejemplo, esta descripción no presenta mayores problemas, pues las posibilidades de identificar a esa persona son casi nulas. En una empresa española de novecientas personas trabajan a lo menos quinientas con esas características; sin embargo, en el segundo, sería inadmisible, pues la persona sería fácilmente identificable.

Dentro de los datos personales, la normativa destaca una subcategoría; los llamados datos en especial sensibles. Estos datos constituyen una categoría especial de datos (art. 9 del RGPD), y se denominan sensibles, pues permiten revelar el origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical, datos relativos a la salud o a la vida sexual, etc., de las personas físicas. Estos datos solo podrán ser utilizados por los cuerpos y fuerzas de seguridad, cuando sea estrictamente necesario y solo si el derecho nacional establece garantías adecuadas para su resguardo[20].

Luego, el tratamiento de datos es definido por el art. 4.2. del RGPD como

> "cualquier operación o conjunto de operaciones realizadas sobre datos personales o conjuntos de datos personales, ya sea por procedimientos automatizados o no, como la recogida, registro, organización, estructuración, conservación, adaptación o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma de habilitación de acceso, cotejo o interconexión, limitación, supresión o destrucción".

En definitiva, cualquier acción (por ejemplo: almacenar) y básicamente toda omisión (por ejemplo: no borrar), pueden constituir un tratamiento de datos personales.

[20] Art. 9 RGPD. A raíz de la pandemia desatada por COVID-19, el Parlamento alemán ha dictado una serie de leyes para sortear la situación de manera eficiente, entre ellas una ley sobre protección de la población en casos de situación de epidemia de relevancia nacional (Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27. März 2020), Reglamento sobre la reducción laboral (Kurzarbeitergeldverordnung vom 25. März 2020, etc. Y en la actualidad se discute si en aras del art. 9 i) del RGPD, se podría dictar una ley de excepción a la prohibición general de tratamientos de datos sensibles, basados en la causal i). Es decir, el tratamiento de datos resulta "necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios (...)", con la finalidad de establecer el llamado Corona-Tracking a través de una aplicación en los aparatos celulares, siguiendo el ejemplo exitoso de Singapur. Véase sobre la discusión en www.zeit.de/politik/deutschland/2020-03/coronavirus-massnahmen-einschraenkungen-bundesregierung-helge-braun [fecha de consulta: 29 de abril de 2020].

c) La minimización de datos o el principio de economía de datos

Tanto la economía de datos, como la minimización de los mismos, se puede decir que son los principios rectores de la normativa que aquí se analiza y la base que subyace a la regulación ulterior del Reglamento, en especial en el art. 5 1 a)-f). La idea constitutiva de la regulación en materia de datos personales, es que en el procesamiento de datos solo se recogen tantos datos personales como sean indispensables para la aplicación respectiva, porque es precisamente la recopilación innecesaria de datos personales –sensibles o no– por parte de organismos públicos y privados lo que va en contra del derecho fundamental a la autodeterminación informativa.

La minimización y el principio de economía de datos, se encuentran también regulados en el art. 3a del Reglamento Federal de Protección de Datos alemán (Bundesdatenschutzgrundverordnung/BDSG), según el cual los organismos públicos y privados que manejan datos personales deben trabajar siempre con la condición de que solo almacenen, utilicen o procesen la cantidad de datos que sea necesaria para el propósito respectivo. Además, estos datos deberían ser, en la medida de lo posible, anonimizados o pseudonimizados[21].

En este contexto, entra en juego otro principio básico de la protección de datos: la subordinación a la finalidad (*Zweckbindung*). Las autoridades y las empresas deben determinar primero el propósito para el que se van a recopilar los datos personales y, respecto de ese propósito, tratar los datos indispensables que se requieran para alcanzarlo. Entonces, recién sabiendo con claridad cuál es el propósito, se puede decidir qué datos son en realidad necesarios para su cumplimiento. Solo los datos personales que realmente tienen sentido en función de dicho propósito pueden ser almacenados, uti-

[21] § 3a Datenvermeidung und Datensparsamkeit

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten und die Auswahl und Gestaltung von Datenverarbeitungssystemen sind an dem Ziel auszurichten, so wenig personenbezogene Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen. Insbesondere sind personenbezogene Daten zu anonymisieren oder zu pseudonymisieren, soweit dies nach dem Verwendungszweck möglich ist und keinen im Verhältnis zu dem angestrebten Schutzzweck unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

§ 3a Evasión de datos y economía de datos

La reunión, el procesamiento y la utilización de datos personales y la selección y el diseño de sistemas de procesamiento de datos deben estar orientados al objetivo de reunir, procesar o utilizar la menor cantidad posible de datos personales. En particular, los datos personales serán anonimizados o seudonimizados en la medida en que ello sea posible de acuerdo con la finalidad del uso y no requiera un esfuerzo desproporcionado en relación con la finalidad de protección prevista.

lizados o procesados, si es necesario y estos solo podrán ser usados para ese propósito y no para otro. Por ejemplo, si la finalidad que se busca es hacer una transferencia bancaria. El banco solo necesita el nombre, RUT, número de cuenta y eventualmente una dirección electrónica de la persona. No se requiere ni estado civil, peso, antecedentes médicos, dirección laboral, etc. Esos datos exceden la finalidad de la transacción bancaria. La minimización de datos opera también dentro de un mismo consorcio empresarial. Por ejemplo, si recursos humanos decide amonestar a un trabajador por reiteradas faltas, y para ello reserva una sala de videoconferencia, la persona encargada del funcionamiento técnico de la sala de videoconferencia sabrá que recursos humanos reservó una sala, pero no sabrá con quién se establece la comunicación ni cuál es su contenido. Los mismos resguardos deben aplicar los trabajadores cuando imprimen documentos donde haya datos personales de externos o de los propios trabajadores. Se opera bajo un principio estricto de confidencialidad.

La economía de datos significa que el almacenamiento, procesamiento y la utilización de datos personales y la selección y el diseño de sistemas de procesamiento de datos, deben orientarse al objetivo de reunir, procesar o utilizar la menor cantidad posible de datos personales. Esto tiene especial relevancia para los consumidores, pues la economía de datos también se refiere a la renuencia del consumidor a revelar datos personales al margen de la información necesaria para una relación comercial, en especial en Internet, pero también físicamente. De ahí entonces, la obligación de tener siempre a disposición del interesado la declaración de voluntad (art. 7 del RGPD), que debe ser específica respecto de la finalidad para el tratamiento de datos[22]. Esa declaración de voluntad además de ser clara y precisa, debe señalar el propósito para el tratamiento y específicamente cuáles serán las acciones que se llevarán a cabo con dichos datos: almacenar, transferir, pseudonimizar, etc. El consentimiento también debe contener siempre la posibilidad de revocar dicho consentimiento. Ya sea a través de una dirección de correo físico o electrónico. Debe ser tan fácil retirar el consentimiento, como otorgarlo[23].

d) Pseudonimización y anonimización de datos personales

Como se señaló supra, el Reglamento protege los datos de carácter personal de toda persona física identificada o identificable. Esto significa que esta norma-

[22] Esta finalidad, sin embargo, tiene una excepción, y es la que se refiere a datos recabados con interés científico (art. 89.1. del RGPD). En la práctica qué califica como científico y qué no, suele ser decidido por un comité de ética del área en que se pretende emplear dichos datos.

[23] Art. 7.3. del RGPD.

tiva no se aplicará a datos que se encuentren anonimizados, pero sí a aquellos que estén en estado "normal", pero también a los que estén pseudonimizados. Ambos conceptos –pseudonimización y anonimización– se denominan comúnmente en conjunto "enmascaramiento de datos" (Data Masking)[24].

Datos anonimizados son aquellos respecto de los cuales no hay ningún medio de identificación de una persona física, directa o indirectamente. Un muy buen ejemplo de datos anonimizados son los votos de las elecciones típicas de sistemas democráticos. Las elecciones son secretas y –en un mundo ideal– anónimas. Es posible rastrear quién votó y quién no, pero no es posible construir mediante ese rastreo la conexión entre una determinada papeleta y un votante en particular. El factor decisivo en la anonimización es, en definitiva, que resulta imposible identificar a la persona física[25].

Las empresas recogen de manera regular datos sobre la atención y la lealtad de los clientes. Estos datos también se utilizan a menudo para analizar el comportamiento de los clientes y para identificar el contexto y los antecedentes de las compras a fin de planificar y apoyar de modo estratégico las actividades de comercialización y ventas. Sin embargo, para ello no se requieren los nombres de los interesados, y los datos anonimizados cumplen de igual forma su función.

Por su parte, datos paseudonimizados, son según el art. 4.5. del RGPD, datos personales de una persona física, que ya no puedan atribuirse a ella sin utilizar información adicional. Siempre que esta información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas que garanticen que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable. El ejemplo más clásico sería una dirección de correo electrónico que no se corresponda con el nombre de una persona, pero que es fácilmente averiguable, por ejemplo: mm@gmx.de. No dice a quién pertenece, ni se puede averiguar con solo recibir ese dato; la dirección de correo electrónico, pero si se contacta con el proveedor de Gmx, puedo de manera eventual acceder al nombre detrás de dicho correo: Max Mustermann. Lo mismo ocurre con los números de donantes, por ejemplo, en casos de donaciones de sangre o de médula. Los datos se pseudonimizan, pero se

[24] Melnick, Everitt (2008), p. 240 s.

[25] Art 3.6. BDSG. „das Verändern personenbezogener Daten derart, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismäßig großen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person zugeordnet werden können".

Art. 3.6 de la BDSG. "la alteración de los datos personales de tal manera que los detalles individuales de las circunstancias personales o fácticas ya no puedan atribuirse a una persona física específica o identificable o sólo puedan atribuirse a una persona física específica o identificable con un gasto desproporcionado de tiempo, costo y trabajo".

puede acceder a contactar a la persona, en caso de requerir, por ejemplo, un trasplante de médula para salvarle a la vida a una persona[26].

Los principios de protección de datos, entonces, se aplican a los datos seudonimizados, pero no a los anonimizados. Tampoco se aplica a los datos convertidos en anónimos de forma que el interesado no sea identificable, o deje de serlo. Esto tiene especial relevancia cuando se trata de información anónima que suele utilizarse con fines estadísticos o de investigación científica[27].

Los conceptos de anonimización y pseudonimización son dos cuestiones que en la práctica presentan una serie de dificultades, especialmente por la falta de comprensión conceptual al respecto y, por consiguiente, la constante confusión entre qué datos se encuentran anonimizados y qué datos pseudonimizados y, por tanto, qué datos deben o no deben someterse al Reglamento.

e) La finalidad específica para el tratamiento de datos: el principio de transparencia

Según el RGPD, "todo tratamiento de datos personales debe ser lícito y leal"[28]. Esto significa que para los interesados debe ser inequívoco el fin para el cual se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de cualquier otra manera datos personales que les conciernen. El interesado debe tener también claridad sobre cuáles son los datos personales que se van a procesar: edad, sexo, origen, altura, dirección, etc. Esto debe estar incorporado según el art. 7 del Reglamento en la declaración de voluntad que el interesado otorga para el tratamiento de sus datos.

Según el art. 13 del Reglamento, el principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de estos datos personales sea fácilmente accesible y comprensible, para lo cual se debe utilizar un lenguaje sencillo y claro. El principio de transparencia se refiere en especial a la información que tiene el interesado sobre la identidad del responsable del tratamiento (empresa, entidad pública u organización) y sus fines, y a la información que se entrega para garantizar un tratamiento leal y transparente de ella.

[26] Así opera, por ejemplo, el „match" en el caso de los trasplantes de médula organizados por DKMS (deutsche Knochenmarkspende Datei) o por WMDA (World Marrow Donor Association). Al respecto véase www.dkms.de o, bien, https://wmda.info/. Esto también es sin perjuicio de las normas relativas al anonimato que se debe mantener entre donante y paciente durante los años posteriores a la donación según las mismas reglas de la WMDA.

[27] §26 Preámbulo y art. 89.1 del RGPD y art. 3.6 del Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

[28] §39 Preámbulo, art. 12 ss. del RGPD.

Comprende, también, el derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan a las personas físicas que sean objeto de tratamiento. Implica especialmente, que las personas físicas tengan conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales, así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con este tratamiento, y la oportunidad inequívoca de retirar su consentimiento[29]. Los fines específicos del tratamiento de datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida.

Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados y no exceder dichos fines. Es decir, si una persona consiente en entregar datos para, por ejemplo, ser parte de un estudio de campo sobre sobrepeso, pero no para recibir *newsletter* o cualquier tipo de llamado telefónico (práctica que hasta hace poco era tan común en Chile por parte de bancos y otras entidades) ofreciendo productos para adelgazar o engordar. Los datos de la persona pueden solo ser usados para los fines respecto de los cuales esta consintió: un estudio científico respecto del sobrepeso. Si cambiara la finalidad para la cual se recogieron los datos, es necesario nuevamente obtener el consentimiento de la persona para esa nueva finalidad.

Esta finalidad específica del uso de datos, conlleva también un límite temporal en cuanto a su conservación. Los datos no pueden permanecer almacenados de manera ilimitada. Se debe garantizar su conservación a un mínimo estrictamente necesario de conservación. Por lo demás, el principio de la economía de datos lleva consigo una especie de *ultima ratio*. Es decir, existe autorización para el tratamiento de datos, siempre que su finalidad no pudiera lograrse de forma razonable por otros medios. El responsable del tratamiento, debe establecer plazos para su supresión o revisión periódica, y tomar todas las medidas razonables para garantizar que se rectifiquen o supriman los datos personales que sean inexactos. Los datos personales deben tratarse de un modo que garantice su seguridad y confidencialidad adecuadas, incluyendo medidas de carácter cibernético (uso de *software* de seguridad en el marco de programas de Compliance, por ejemplo) y físico que impidan, por ejemplo, el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento[30].

[29] Art. 7 a), b), c) y d) del RGPD.

[30] Art. 32 del RGPD.

f) La licitud del tratamiento de los datos personales

La licitud del tratamiento de datos personales tiene relación con el fundamento normativo que legitima el tratamiento los mismos. Según el art. 6 del Reglamento, el tratamiento de datos puede tener solo ciertas bases legales y estas son enumeradas de manera taxativa por el legislador, no obstante –al ser el Reglamento una decisión marco de la Unión Europea– ser susceptible de especificaciones por parte de la legislación nacional.

Según el numeral 1 del art. 6 del Reglamento, el tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones:

a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos;
b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento;
d) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento;
f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.

Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.

Solo el tratamiento basado en una o más de estas causales será legítimo. Si bien parece relativamente sencillo entender las bases del tratamiento de datos, en la práctica, resulta complejo limitarlo. Por ejemplo, uno de los fundamentos más comunes para el tratamiento de datos es la base contractual. Esto es, si se conceden datos a una contraparte contractual, por ejemplo, una inmobiliaria, para efectos de arrendar una casa en Ibiza, el tratamiento de esos datos será legítimo, pero con limitaciones. En este ejemplo, esta base contractual no habilita a la inmobiliaria para enviar todos los meses *newsletters* sobre otras posibles casas en Mallorca o en Ibiza misma. Los datos fueron autorizados solo para la celebración de ese contrato que tenía como finalidad arrendar una determinada casa en un determinado período en Ibi-

za y nada más. Cualquier otro uso que se le dé a esos datos escapa de esa base legal. Puede ocurrir también que en ese mismo acto de firmar el contrato se haya, a su vez, firmado un consentimiento explícito donde se autoriza a procesar datos para recibir ofertas sobre otras casas en la playa. En ese caso, estaría justificado, pero el uso de esos datos no sería lícito por la base contractual (art. 6 b) del RGPD), sino que lo sería en razón de un consentimiento expreso para esa otra finalidad: publicidad en este caso (art. 6 a) del RGPD).

g) La supresión o borrado de datos o el llamado "derecho al olvido"

El Reglamento regula no solo la supresión o borrado, sino que, también, el bloqueo y la rectificación de los datos personales (arts. 16 y 17 del RGPD). Los datos se rectifican toda vez que el interesado considere que sean inexactos o que estén incompletos. Los datos se deben borrar o suprimir, siempre que la finalidad para la cual fueron recabados y respecto de la cual el interesado ha entregado su consentimiento ha acabado en caso de que el interesado lo solicite de manera expresa. Junto con la finalidad y voluntad, acaba el consentimiento.

En el caso del bloqueo, sin embargo, es distinto, pues los datos no se eliminan, sino que se siguen manteniendo en las bases de datos y, por tanto, se siguen "tratando", en los términos de la ley, siempre que hayan razones justificadas que hagan suponer que su supresión pueda perjudicar los intereses legítimos del interesado. En ese caso, este bloqueo también tiene un límite temporal, pues los datos se encontrarán bloqueados (sin ser borrados) solo durante el tiempo que dure ese eventual peligro para los intereses legítimos del interesado[31].

El Reglamento, entonces, opera sobre una base de regla general respecto a la solicitud de supresión de datos: todas las personas tienen derecho a pedir que se borren sus datos y las organizaciones, empresas o entidades procesadoras tienen la obligación de hacerlo, salvo en casos excepcionales, enumerados en el art. 17 del Reglamento. *Grosso modo*, se trata de datos personales que sean necesarios para ejercer el derecho a la libertad de expresión; datos cuya mantención responda a una obligación legal o, bien, a motivos de interés público (como salud pública, fines de investigación científica o histórica, etcétera).

Respecto al derecho al olvido cibernético, se exige a las entidades procesadoras adoptar medidas razonables (de carácter cibernético) para informar a otros sitios web que un interesado ha solicitado la supresión de sus datos personales.

[31] Valls (2016), p. 18.

Dentro de las excepciones legales mencionadas, en el derecho alemán, por ejemplo, existe la llamada "obligación de almacenamiento", que se aplica a diversos ámbitos y con diversos plazos dependiendo del caso. Un ejemplo es lo establecido en materia laboral, respecto de los documentos de los postulantes a un puesto de trabajo, los cuales se pueden mantener por un período de seis meses.

Otro ejemplo se encuentra en el ámbito tributario y de seguridad social alemana. De acuerdo con el art. 147 (1) números 2, 3 y 5 del Reglamento Tributario Alemán (Abgabeordnung/AO), se aplica un periodo de retención de a lo menos seis años a los documentos comerciales y de negocios tales como: facturas, notas de entrega, estimaciones de costos y recibos de hospitalidad y otros documentos relevantes para los impuestos, a partir del final del año calendario en que fueron creados.

En estos casos y en todos los otros que la ley lo requiera, de solicitarlo la persona, los datos no se podrán borrar, pues hay una exigencia legal que así lo impide, pero se deberán bloquear y el interesado deberá ser debidamente informado al respecto.

3. Problemas y desafíos del Reglamento

Tal como se explicó supra, el procesamiento de datos representa una serie de novedades e incertidumbres que, por cierto, requieren de tiempo para alcanzar "madurez" en su aplicación. Sin embargo, se puede adelantar una serie de dificultades que se presentan en la aplicación práctica del Reglamento y que implican muchas veces una dicotomía entre las pretensiones del legislador y la realidad.

a) El procesamiento de datos en países que carecen de resguardos y normativa y el problema de la territorialidad

Según el art. 2 del Reglamento, este no se aplica a datos de personas físicas que no se encuentren en la Unión Europea. Esto genera un problema evidente en materia de contratación internacional, en especial con Estados Unidos, donde la protección de datos es casi nula, y sin considerar el riesgo constante de los ciberataques tanto a escala europea como internacional[32], en el caso en que se produzca transmisión de datos o el uso de nubes para guardar datos[33]. Debido a la portabilidad y la capacidad de almacenamiento de los productos digitales de la época moderna, así como la rapidez en la obtención

[32] Al respecto véase, Valls (2015), p. 147 ss.

[33] Europol (2015), p. 8; Clough (2010), p. 150.

y distribución de datos a través de File-Sharing, Networking, Share-Hosting, Streaming-Hosting, etc.[34], constituye una de las mayores dificultades de la protección de datos, el poder controlar de manera efectiva la transmisión de datos de un controlador a otro, así como los delitos cibernéticos en general.

Una de las eventuales soluciones que se podría dar a esto es eliminar a escala mundial la territorialidad en materia de tratamiento de datos y delitos cibernéticos. De lo contrario, el nivel de entorpecimiento de las relaciones comerciales y de la persecución de la criminalidad será en el mediano y largo plazo insostenible, y quedarán dos opciones: o el Reglamento perderá total eficacia, pues los operadores comerciales simplemente tienen que contratar por razones de necesidad con operadores que se encuentran en India, Malasia, Brasil, Malawi, etc., donde no se aplica el Reglamento y no existe una legislación análoga o, bien, las relaciones comerciales se verán entorpecidas de manera definitiva. Es más probable que ocurra lo primero.

Por su parte, en materia de cibercrimen, una de las grandes dificultades que representan los delitos cibernéticos al momento de su detección y persecución es el problema de la territorialidad. El derecho penal es por excelencia un área de regulación local. Este paradigma de funcionamiento del derecho penal ha sido desafiado precisamente por los avances de la tecnología cibernética y, por tanto, por los modos de ejecución que revisten los delitos cibernéticos. Un ataque DDoS (ataque de denegación de servicio que impide a los usuarios de una red acceder a esta, y que puede bloquear servicios básicos como el tendido eléctrico o los semáforos de una ciudad, entre otras cosas) puede generar sus efectos en Chile, pero la generación de la saturación de la red puede provenir de Finlandia. La lógica indica que, en materia de delitos cibernéticos, la territorialidad como principio debería desaparecer y la cibercriminalidad deberían operar bajo el principio de jurisdicción universal como ocurre con crímenes de lesa humanidad, en el entendido de que ambos tiene como objeto de protección, bienes o intereses que son centrales para la conservación del Estado como organismo político y social[35].

b) La tautología de la supresión de datos

Tal como se viera con anterioridad, en materia de protección de datos, siempre "menos es más". Se deben tratar tan pocos datos como sea posible

[34] Sieber (2012), p. C 30.

[35] El principio de jurisdicción universal ha sido reconocido en el derecho interno por algunos ordenamientos tales como el español, que de hecho fue lo que llevó al juez Baltasar Garzón a perseguir en su minuto a Augusto Pinochet. Este es el principio rector del derecho penal internacional. Más sobre este principio en Ollé (2008), p. 95 ss.

y siempre que sea absolutamente necesario. Sin embargo, cuando existe un manejo de datos de gran cantidad la posibilidad de cometer errores del tipo tecnológico y humano incrementa. Un problema constante es lo que ocurre con la supresión o borrado de datos. Si el interesado ha solicitado de forma expresa que se borren sus datos, y no habiendo una causa legal para mantenerlos, estos –en un modelo ideal de aplicación del Reglamento– deberían borrarse de inmediato de toda base de datos posible que tenga la entidad procesadora. Sin embargo, es posible que ese mismo interesado, llegue de nuevo como contacto a manos de esa entidad, pues esta compró a otra entidad una determinada base de datos y el interesado se encontraba entre ellos. Debido a que la entidad –en un cumplimiento estricto de la ley– borró todo rastro de dicha persona, no tiene atisbo siquiera de que alguna vez haya pasado por sus registros ni tampoco –evidentemente– de que alguna vez haya solicitado borrar sus datos, pues claro, fueron borrados. Luego es probable que la entidad en el envío de información sobre, por ejemplo, nuevas ofertas, un saludo de Navidad, aniversario, etc., contacte otra vez a esta persona –que llegó, esta vez, a través de una base de datos comprada– y con eso infringe el Reglamento. Lo más probable es que esta persona denuncie ante la Agencia de Protección de Datos que corresponda a esta entidad por infracción del Reglamento, cuando en realidad la entidad está infringiendo el Reglamento, pues cumplió con el mismo. ¿Cómo podría, entonces, solucionarse un caso como este? Bloqueando a los contactos y estableciendo una suerte de "listas negras". De esta manera se garantiza que el interesado no será contactado de nuevo por esa entidad y si llega de nuevo a aparecer en la base de datos, producto de que se adquirió de un tercero procesador, donde figuraba esa persona, se le omitirá. El problema, sin embargo, es que no se está cumpliendo ni con la ley ni con la solicitud del interesado que quería: nunca más ser contactado por la entidad procesadora; y que se borraran los datos[36].

c) La responsabilidad del usuario y la responsabilidad del ente procesador

La base legal que otorga la licitud al tratamiento de datos atrás revisada (véase 2. f)) puede ser el contrato, la ley, el interés público, pero la más común es el consentimiento del interesado. Esto ha llevado, en la práctica, a que, en cada servicio público, oficina privada, servidor de Internet, etc., tengan a la mano

[36] Estas otras dificultades han sido tematizadas en la Evaluación sobre el Reglamento General de Protección de Datos, de la Conferencia Anual sobre Protección de Datos de 2019, Erfahrungsbericht der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Anwendung der DS-GVO (2020).

antes de realizar cualquier tipo de interacción, una forma de consentimiento –o, bien, un *banner* de *cookies* que operan como consentimiento, pese a que poca gente lee realmente los términos de uso de las páginas que usan *cookies*. La idea es que el tráfico en Internet se vea lo menos entorpecido posible. Sin embargo, en una decisión reciente, el Tribunal Europeo sostuvo que el consentimiento en el uso de *cookies* no bastaba como declaración de consentimiento del usuario, pues estas se utilizaban para recopilar información con fines publicitarios y con eso dependiendo de las páginas que el usuario visite, se pueden determinar sus gustos o tendencias[37]. El tribunal sostuvo que el derecho de la Unión está diseñado para proteger al usuario de cualquier intrusión en su privacidad, en particular contra el riesgo de que se incorporen a su equipo "identificadores ocultos" o instrumentos similares que lo puedan invadir en su privacidad. Deja claro, también, que el consentimiento debe darse para el caso concreto y que un consentimiento genérico no habilita para otros fines. Luego, debe haber una declaración activa por parte del usuario y no basta con el *cookie-banner* de la página. Curiosamente, la misma página del Tribunal Europeo cuenta para su navegación con un *cookie-banner* de las mismas características que ellos en su decisión judicial prohibieron[38].

El traslado de la responsabilidad al usuario en tanto deber de consentimiento informado es, por cierto, una vía inteligente para darle legitimación al tratamiento de datos. No obstante, es una medida muy poco realista. El usuario de Internet, por lo general, busca rapidez y no quiere usualmente leer contenido jurídico en las páginas sobre, por ejemplo, videojuegos.

Por otra parte, quien también se encuentra en una posición muy compleja es el llamado "delegado de protección de datos" , quien no solo tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento del Reglamento en una entidad determinada, sino, además, debe denunciar el no cumplimiento a la autoridad competente y, por último, tiene un deber de garante respecto de los posibles incumplimientos de la normativa. El problema que esto genera al interior de una empresa u organización, es lo que pasa generalmente con todas las medidas de Compliance: se generan problemas de control entre quienes controlan la empresa y quienes generan normas de control para quienes controlan a esa empresa.

[37] Véase un resumen de la decisión del tribunal en: https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-10/cp190125de.pdf [fecha de consulta: 30 de abril de 2020].

[38] Véase la página oficial del tribunal: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_es [fecha de consulta: 30 de abril de 2020].

4. Consideraciones finales

El Reglamento que regula la autodeterminación informativa de los residentes europeos, es ciertamente un avance en términos de protección de la privacidad, en especial, en una época donde pareciera que los individuos están abriendo cada vez más espacios privados al escrutinio público: Instagram, Facebook, Snapchat, etc., son todas herramientas que al parecer no resguardan, sino que vulneran –aunque de manera consentida–, la privacidad.

Junto con la regulación europea, no solo se creó un nuevo estatuto jurídico, sino que, al parecer, el "nuevo oro", los datos, son finalmente elevados a la categoría de "entes valiosos susceptibles de protección jurídica". Con esto se creó un nuevo bien jurídico y también un nuevo estatuto de intereses valiosos conocidos como datos. Estos no son personas, no son bienes, no son derechos, tienen un estatuto distinto de carácter cercano, pero no idéntico a los bienes en sentido patrimonial. Por datos se entiende en sentido semántico, la presentación o exposición de información que se encuentra en un estado perceptible, ya sea en el mundo real o irreal; mientras que, en un sentido sintáctico, se trata de la presentación o exposición de símbolos a través de códigos predeterminados. Cualquiera sea su definición, es indiscutible que son valiosos y que hay que protegerlos. La pregunta es si la regulación que hoy existe genera una protección suficiente. La regulación, si bien acabada, es una legislación que deberá ser sumamente dinámica en su actualización, pues

a) debe estar al tanto de los avances tecnológicos y estar al día respecto de ellos;
b) deberá ser definida en detalle por la regulación interna de los países miembros de la EU, labor ya cumplida, pero por sobre todo, requerirá de mucha interpretación jurisprudencial para llegar a ser una regulación precisa;
c) por último, la fiscalización por parte tanto de la Agencia de Protección de Datos en el ámbito europeo y nacional, como la labor de los responsables del tratamiento de datos, será clave y son estos organismos los que habrá que proteger y dotar de autonomía si lo que se busca es una aplicación eficiente de esta normativa.

Bibliografía

Bieber, Christoph (2012). "Datenschutz, Datenschutz als politisches Thema –von der Volkszählung zur Piratenpartei", in Jan-Hinrik Schmidt, Thilo Weichert (Hrsg.), *Datenschutz, Grundlagen, Entwicklungen und Kontroversen*, Bonn: Bundeszentrale für politische Bindung, pp. 34-44.

Clough, Jonathan (2010). *Principles of Cybercrime*, Cambridge: Cambridge University Press.

DKMS (deutsche Knochemmarkspnderdatei), www.dkms.de [fecha de consulta: marzo de 2020].

Erfahrungsbericht der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Anwendung der DS-GVO (2009). November. Disponible en www.datenschutz.rlp.de/fileadmin/lfdi/Dokumente/20191113_Erfahrungsbericht_DS-GVO.pdf [fecha de consulta: 30 de abril de 2020].

Europol (2015). "The Internet Organised Crime Threat Assessment" (OICTA). Disponible en www.europol.europa.eu [fecha de consulta: 30 de abril de 2020].

Franzius, Claudio (2015). "Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung", in *Zeitschrift für das juristische Studium*, vol. 3. Gießen, pp. 259-270.

Hermstrüwer, Yoan (2016). *Informationelle Selbstgefährdung*, Tübingen, Mohr Siebeck.

Ollé Sesé, Manuel (2008). *Justicia Universal para Crímenes internacionales*, Las Rozas, Madrid: La Ley, .

Pieroth, Bodo; Bernhard Schlink, Thorsten Kingreen, Ralf Poscher (2016). *Staatsrecht, Grundrechte II*, 31. Aufl. Heidelberg: C.F. Müller.

Melnick, Edward L, Brian S. Everitt (eds.) (2008). *Encyclopedia of Quantitative Risk Analysis and Assessment*, West Sussex England: John Wiley & Sons Ltd., vol. I.

Nogueira, Humberto (2005). "Autodeterminación informativa y hábeas data en Chile e información comparativa", pp. 449-471. Disponible en www.juridicas.unam.mx [fecha de consulta: marzo de 2020].

Schlink, Bernhard (1986). "Das Recht der informationellen Selbstbestimmung", in *Der Staat*, vol. 25, N° 2, Berlin, pp. 233-250.

Sieber, Ulrich (2012). *Gutachten zum 69. Deutschen Juristentag. Strafen und Strafverfolgung im Internet*, München: Verlag C.H. Beck.

Valls Prieto, Javier (2015). "Fighting Cybercrime and protecting privacy", in María Manuela Cruz-Cunha, Irene Portela. *Handbook of Research on Digital Crime, Cyberspace Security, and Information Assurance*, Hershey, Pennsylvania: IGI Global, pp. 146-155.

Valls Prieto, Javier (2016). "Nuevas formas de combatir el crimen en internet y sus riesgos", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 18-22, pp. 1-36. Disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/ [fecha de consulta: marzo de 2020].

WMDA (World Marrow Donor Association). Disponible en https://wmda.info/ [fecha de consulta: marzo de 2020].

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN TIEMPOS DE INNOVACIÓN TECNOLÓGICA: UN DESAFÍO DE REORIENTACIÓN

COMPETITION LAW IN TIMES OF TECHNOLOGICAL INNOVATION: A REDIRECTION CHALLENGE

Manfred Zink Papic[*]

"The ideas of economists and political philosophers,
both when they are right and when they are wrong,
are more powerful than is commonly understood.
Indeed the world is ruled by little else (...).
Madmen in authority, who hear voices in the air,
are distilling their frenzy from some academic scribbler
of a few years back. I am sure that the power of vested interests
is vastly exaggerated compared with the gradual encroachment of ideas. (...)
Soon or late, it is ideas, not vested interests, which are dangerous for good or evil".

MAYNARD (1935)

RESUMEN: El presente ensayo pretende ser una reflexión respecto de si en los tiempos actuales, en que se acepta generalmente que el principal motor del crecimiento es la innovación tecnológica, resulta necesario o no reorientar en alguna medida el foco de las políticas de protección de la libre competencia en nuestro país, principalmente encaminada, tal como en el resto del mundo, a la persecución de conductas relacionadas con la eficiencia estática y, en especial, carteles. Como se explicará sobre la base de la literatura, si lo deseable socialmente es que se genere la mayor cantidad de innovación posible, cobra una importancia fundamental el evitar conductas anticompetitivas

[*] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y LL.M. de la Universidad de California, Berkeley, con mención en derecho y tecnologías. Es profesor de Libre Competencia y Regulación Económica en la Universidad del Desarrollo y la Universidad Andrés Bello. En la actualidad se desempeña como Jefe de la Unidad de Fiscalización de Cumplimiento de la Fiscalía Nacional Económica. Las opiniones vertidas en este artículo son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan el parecer de la Fiscalía Nacional Económica.

que imposibiliten o retarden la misma. En dicho sentido, se argumentará que, siendo los recursos públicos escasos, las políticas públicas de libre competencia deberían privilegiar, al menos con el mismo grado de relevancia que la asignada a evitar los carteles, la persecución de conductas dañinas para la innovación o eficiencia dinámica, requiriéndose, en particular, un especial foco en garantizar el libre acceso al mercado y en evitar las conductas exclusorias.

Palabras clave: Derecho de la libre competencia, innovación tecnológica, crecimiento económico, conductas exclusorias.

Abstract: This essay intends to reflect on whether it is necessary today, when it is generally accepted that technological innovation is the main engine of economic growth, to reorient the traditional focus of competition policies in Chile and the rest of the world, mainly concerned with conducts affecting static efficiency, and especially cartels. As it will be explained based on the literature, if the social goal is to produce the greatest possible amount of innovation, it is fundamentally important to avoid anticompetitive practices that impede or delay the same. Therefore, due that public resources are scarce, competition policy should prosecute, at least with the same priority assigned to cartels, conducts that damage innovation or dynamic efficiency. In particular, a special focus on permitting free access to the market and avoiding exclusionary conducts is required.

Keywords: Competition law, technological innovation, economic growth, exclusionary conducts.

1. Introducción

El decreto con fuerza de ley n.° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de 2015, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n.° 211 de 1973 (DL 211) ejemplifica[1], en el inc. 2 de su art. 3, entre otras, dos grandes grupos de conductas anticompetitivas:

[1] El art. 3 del DL 211 constituye la norma que contiene las infracciones sustantivas a la libre competencia en nuestra legislación. Su estructura contempla un primer inciso, que constituye el tipo anticompetitivo genérico o universal: "El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado…", y un segundo inciso, que describe cuatro casos no taxativos de conductas que serán consideradas contrarias a la libre competencia: "Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes…".

i) los acuerdos entre competidores o conductas concertadas[2], esto es, los carteles o colusiones y
ii) los abusos de posición de dominio o conductas unilaterales[3].

Dicha distinción no es única a la legislación chilena. Las jurisdicciones comparadas[4] también realizan fundamentalmente la misma diferenciación entre conductas unilaterales y coordinadas, con algunos matices.

Las colusiones o carteles son acuerdos ilícitos entre competidores, con el objetivo de evitar la competencia entre ellos respecto de una o más variables competitivas, siendo tratados con mayor severidad cuando se refieren a precios, cantidades, repartos de mercado o afectación de licitaciones[5].

Por su parte, los abusos de posición de dominio son conductas de empresas que tienen una posición dominante en el mercado y que abusan de la misma, expulsando a sus rivales del mercado, aumentando sus costos o impidiendo la entrada (abusos exclusorios) o explotando de forma directa su posición de mercado, en perjuicio de sus consumidores o clientes como, por ejemplo, imponiendo precios o condiciones abusivas (abusos explotativos).

Sin lugar a dudas, la detección y persecución de conductas colusorias o carteles constituye hoy, y desde hace un tiempo relevante, el principal objetivo de la política de competencia, tanto en Chile país como en el ámbito comparado. Así, la OECD considera a los carteles duros o *hard core cartels* como "la violación más grave a la competencia"[6]. Por su parte, el De-

[2] Art. 3, inc. 2, letra a): "Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores".

[3] Art. 3, inc. 2, letra b): "La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejante".

[4] Así, por ejemplo, la Ley Sherman en Estados Unidos prohíbe los acuerdos entre competidores en su sección 1 y los abusos de posición de dominio o monopolización en su sección 2. En la Unión Europea, el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sanciona los acuerdos entre competidores y el art. 102, los abusos de posición de dominio.

[5] Desde el año 2016, dicho tipo de acuerdos son tratados como ilícitos *per se* en la legislación chilena, lo que implica que son sancionables al acreditarse el acuerdo, sin necesidad de demostrar efectos anticompetitivos o posición de dominio en el mercado. En el ámbito internacional, se les suele considerar como carteles duros o *hard core cartels*. Véase, por ejemplo, OECD (2000), p. 6: "Los carteles "Hard core" son acuerdos anticompetitivos entre competidores para fijar precios, restringir la producción, presentar ofertas licitatorias colusivas o dividir o repartirse mercados".

[6] OECD (2000), p. 6.

partamento de Justicia de Estados Unidos, ha indicado que la peor ofensa contra la libre competencia la constituyen los carteles[7] y la Corte Suprema de dicho país ha expresado que el "demonio supremo"[8] de las leyes de competencia es la colusión. En lo que respecta a Europa, la Comisión Europea[9] ha considerado a los carteles como "...el cáncer de la economía de mercado, que forma parte del núcleo de nuestra comunidad", aseverando que por "... la vía de destruir la competencia en los mercados ellos causan serios daños a la economía y a los consumidores".

En Chile, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ha indicado en varias ocasiones que "...la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia"[10] y la Excma. Corte Suprema, por su parte, ha señalado que "...nadie puede dudar que la colusión es uno de los ilícitos más graves que se pueden cometer en contra de la libre competencia"[11]. Asimismo, la Fiscalía Nacional Económica ha indicado varias veces que su prioridad es la persecución de carteles[12].

Las consideraciones sobre la gravedad de los carteles y la prioridad asignada se reflejan claramente en las investigaciones y acciones iniciadas por los organismos protectores de la libre competencia, tanto en Estados Unidos como en Europa.

Así, en Estados Unidos, entre 2009 y 2018, el Department of Justice[13] (DOJ), abrió 412 investigaciones relacionadas con conductas colusorias y solo dieciséis vinculadas a abusos de posición de dominio[14]. De las mismas, veinte terminaron en acciones en tribunales, en diecinueve casos persiguién-

[7] Véase www.justice.gov/atr/file/800691/download [fecha de consulta: 29 d abril de 2020]: "The worst antitrust offenses are cartel violations".

[8] Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 408 (2004).

[9] Véase https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_00_295 [fecha de consulta: 29 de abril de 2020].

[10] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2017), sentencia n.° 60, cons. 201.

[11] Corte Suprema (2012), rol n.° 2578-2012.

[12] Véase, por ejemplo, www.fne.gob.cl/tdlc-condeno-a-agrosuper-ariztia-y-don-pollo-por-colusion-y-ordeno-disolver-el-gremio-que-las-reune/ [fecha de consulta: 29 de abril de 2020]: "El Fiscal Nacional Económico, Felipe Irarrázabal, (...) destacó que la sentencia recoge las acusaciones formuladas por la FNE y que este caso entrega una clara señal sobre la determinación de la Fiscalía para perseguir los carteles. 'Esta Fiscalía ha fijado como una prioridad principal la persecución de los carteles por el daño que causan en la economía de mercado, en especial si ésta es concentrada', explicó".

[13] Una de las agencias encargadas de la protección de las leyes antitrust o de competencia, junto con la Federal Trade Commission. Véanse www.justice.gov/atr y www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do [fecha de consulta: 29 de abril de 2020].

[14] www.justice.gov/atr/file/788426/download [fecha de consulta: 29 de abril de 2020]. Solo se consideran investigaciones vinculadas a colusión y abusos, no respecto de otras conductas.

dose ilícitos de colusión y solo en una conductas de abuso o monopolización. Por su parte, en Europa[15], en el mismo periodo, si bien los casos de abuso representaron un mayor porcentaje que en Estados Unidos (el 27,6%), de todos modos la colusión representó un porcentaje mayoritario de la actividad de la Comisión Europea, alcanzando al 65% de los casos.

En lo que respecta a Chile, entre 2007 y 2019, la Fiscalía Nacional Económica[16-17] inició ciento treinta investigaciones por colusión y 341 relacionadas con abusos, presentando veintinueve acciones por colusión ante el TDLC y quince relacionadas con abusos[18]. Si bien en Chile en el periodo indicado hubo un número bastante mayor de investigaciones por conductas unilaterales o abuso de posición de dominio que por colusiones[19], la situación es la inversa en relación con las acciones efectivamente presentadas ante el TDLC, correspondiendo en el periodo a un 52% de los casos, lo que da una idea de la priorización aplicada por parte del ente persecutor.

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que, en lo que se refiere a políticas de competencia, la principal exigencia que hizo la OECD a Chile para ingresar a dicha organización, en el año 2010, fue justamente la de aumentar la efectividad de su política anticarteles[20].

La constatación del estado del arte anterior, trae como contrapartida, que, tanto en Chile como en el ámbito mundial, las conductas abusivas o unilaterales hayan sido, en palabras de Jonathan Baker

> "...comúnmente relegadas a la periferia en el discurso de competencia mundial, mientras que los acuerdos de precios, de división de mercado

[15] https://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html [fecha de consulta: 29 de abril de 2020]. Datos respecto de casos en etapa de decisión por parte de la Comisión Europea. El restante 7,3% corresponde a otras conductas.

[16] Datos procesados manualmente de www.fne.gob.cl/biblioteca/actuaciones-de-la-fne/investigaciones-de-la-fne/ [fecha de consulta: 29 de abril de 2020]. Eventuales errores de responsabilidad del autor, no obstante, se estima que los mismos no serían capaces de revertir la tendencia señalada.

[17] Se contemplan solo aquellos casos con resolución de inicio de investigación, por lo que se excluyen aquellas denuncias declaradas inadmisibles y aquellas investigaciones que terminaron en acciones ante el TDLC.

[18] Datos procesados de modo manual de www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/estadisticas-causas/ [fecha de consulta: 29 de abril de 2020]. Eventuales errores de responsabilidad del autor, no obstante, se estima que los mismos no serían capaces de revertir la tendencia señalada.

[19] Lo anterior puede tener relación con el gran número de denuncias de abusos que recibe la FNE. Para un análisis de algunas razones que podrían explicar por qué históricamente en Chile se han ventilado un porcentaje de casos significativos de abusos ante el TDLC, véase Tapia (2014).

[20] OECD (2010), p. 56. "Se trata del ámbito en el que parece más recomendable hablar de esfuerzos adicionales para aumentar la efectividad de la aplicación".

y otras formas de colusión son puestos en el centro de la política de competencia"[21].

Siguiendo al mismo autor, y en particular en relación con los abusos exclusorios, conductas que, como se expondrá, resultan muy relevantes para la hipótesis de este trabajo, ello ha sido justificado normalmente sobre la base de dos argumentos[22]. Primero, que resultaría mucho más difícil para las agencias o cortes identificar una conducta exclusoria anticompetitiva que una conducta colusoria anticompetitiva, dado que una conducta que parece exclusoria comúnmente también promueve la competencia al mejorar la eficiencia. Ello aumentaría la probabilidad de las agencias y cortes de cometer errores, sancionando conductas eficientes. Así, por ejemplo, la misma conducta de reducir los precios puede ser anticompetitiva si constituye predación (venta bajo costos) o eficiente si se trata de verdadera competencia en precios.

Segundo, que dicho tipo de conductas muchas veces benefician a los consumidores en el corto plazo y que, por tanto, una persecución muy agresiva de las mismas tiene el riesgo de disuadir prácticas procompetitivas, tales como rebajas de precios o ventas conjuntas de productos.

Contrario sensu, se argumenta, existe claridad en los efectos negativos de las conductas colusorias consistentes en carteles duros, las que solo producen daños en el mercado, siendo inequívocamente ineficientes. Atendida dicha certeza y la supuesta alta probabilidad de cometer errores al perseguir conductas exclusorias, se razona que la política de competencia debería privilegiar la persecución de carteles.

Sin perjuicio de que un análisis a fondo de dichos argumentos excede los fines del presente artículo, debe tenerse presente que se ha acumulado un buen cuerpo de literatura que controvierte sólidamente los mismos[23]. Pero más allá de lo anterior, lo que interesa acá es constatar los efectos que la referida priorización puede conllevar para la maximización de la innovación como un objetivo de la política de competencia.

Para ello, en primer término (capítulo 2) se hará hincapié en la relevancia de la protección de la innovación para las políticas públicas económicas y el crecimiento económico. A continuación (capítulo 3) se explicará la relación entre la innovación y los objetivos del derecho de la competencia. Acto seguido (capítulo 4), se argumentará por qué resulta necesario reorientar en alguna medida las políticas de libre competencia con el fin de lograr generar las mejores condiciones posibles para la innovación. Por último

[21] Baker (2013), p. 527. Traducción libre.

[22] *Op. cit.*, p. 530.

[23] Véase, por ejemplo, Krattenmaker & Salop (1986); Pitofsky (2008) y Baker (2013).

(capítulo 5), se razonará que la maximización de la innovación requiere un especial foco en el libre acceso al mercado y las conductas exclusorias.

2. La innovación tecnológica como motor del crecimiento económico

No cabe duda alguna que la promoción de la innovación forma parte central del discurso público actual, al nivel que las palabras 'emprendimiento' e 'innovación', de por sí, neutras, han alcanzado hoy una connotación positiva en su utilización en el discurso público y privado. Un reciente estudio relativo a las cuentas presidenciales en Chile entre 1990 y 2016 muestra que ambos términos han aumentando de manera consistente sus menciones en los discursos presidenciales y que, en el caso de "innovación", se entiende como un concepto esencial para el desarrollo del país[24].

En dicha línea, el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación para el Desarrollo indica que para

> "...convertirse en un país plenamente desarrollado, Chile requerirá dar un crucial y decidido impulso a la ciencia, la tecnología y la innovación, procurando además interconectarlas entre sí y, adicionalmente, ligarlas con el emprendimiento"[25].

Ello en el entendido de que la mejora en las condiciones de vida de las personas requiere de la creación de valor y que, en una sociedad de conocimiento, como la actual, la creación de valor se basa en la convergencia de ciencia, que crea conocimiento, tecnología, que lo aplica, la innovación que genera valor a partir de ambas y el emprendimiento, que implementa productivamente el proceso anterior[26].

La visión anterior tiene su correlato en la teoría y ciencia económica, disciplina que hoy acepta generalmente que las ganancias de la innovación son mayores que aquellas generadas por la producción y comercio bajo tecnología constante[27]. Si bien la teoría económica en general acepta que el crecimiento económico a largo plazo depende del incremento del capital físico, del capital humano y de la innovación o cambio tecnológico[28], ya Joseph Schumpeter había resaltado la relevancia fundamental de la innovación o

[24] Moya y Molina (2017).

[25] Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación para el Desarrollo (2019), p. 11.

[26] *Op. cit.*, p. 13.

[27] Hovenkamp (2011), p. 751.

[28] Cooter (2014), p. 1.6.

cambio productivo, identificando la economía capitalista esencialmente con un proceso evolutivo que nunca podía ser estático[29] e indicando que el

> "...impulso fundamental que pone en marcha y mantiene la maquinaria capitalista viene de los nuevos productos de consumo, nuevos métodos de producción y transporte, nuevos mercados y de las nuevas formas de organización industrial que la iniciativa capitalista crea"[30].

Además, llamó la atención que los economistas de su época se preocupaban en especial de modelos económicos neoclásicos que asumían que los productos eran estáticos y que mediante la competencia los precios tendían a acercarse en la mayor medida posible a los costos, sin atender mayormente a las consecuencias de eficiencia dinámica de la innovación, la que era mucho más relevante para el crecimiento económico[31].

Con posterioridad, diversos economistas confirmaron su intuición, destacando el trabajo de Robert Solow en la década de 1950, quién concluyó que la innovación tecnológica en Estados Unidos había sido responsable de más del 90% del crecimiento económico durante la primera mitad del siglo XX[32], cuestión que fuera confirmada por trabajos empíricos posteriores, tanto para Estados Unidos como otras regiones del mundo[33].

A dicho respecto, innovación puede entenderse como cualquier idea humana que agrega algo relevante a lo ya existente, pudiendo consistir en procesos, artefactos o expresiones[34]. La innovación permite fundamentalmente usar nuevas ideas para producir productos a menor costo o para crear mejores productos[35]. Así, por ejemplo, una innovación en procesos de producción genera valor al disminuir los costos de la misma, permitiendo generar la misma cantidad de bienes y servicios a un costo menor. Así, la reducción de costos entre ambos procesos, muchas veces significativa, constituye el valor social de la innovación[36]. Por otro lado, una innovación que mejora un producto o servicio, implica básicamente que la sociedad gana por el incremento en calidad asociado[37].

---

[29] Schumpeter (1943), p. 82. Traducción libre.

[30] *Op. cit.*, p. 83.

[31] Hovenkamp (2007), p. 253.

[32] *Ibid*.

[33] Cooter (2014), p. 1.6. En el mismo sentido, véase, OECD (2015), p. 1: "Los economistas han entendido hace un tiempo que la innovación en general es el principal motor del crecimiento económico, responsable de la mayor parte del incremento en los estándares de vida que ha ocurrido desde la revolución industrial". Traducción libre.

[34] Bohannan & Hovenkamp (2012), p. 9.

[35] Cooter (2014), p. 1.7.

[36] *Ibid*.

[37] *Op. cit.*, p. 1.8.

De acuerdo con la literatura especializada, las innovaciones pueden ser incrementales o disruptivas. Una innovación incremental o sostenida mantiene un cierto *ratio* de mejora, mejorando los atributos ya valorados por los consumidores o agregando algo a los mismos[38], como serían, por ejemplo, las mejoras constantes en la velocidad de los procesadores computacionales o una nueva droga que aumenta la efectividad para combatir alguna enfermedad[39].

Las innovaciones disruptivas, por su lado, ocurren de forma irregular y alteran de forma drástica el mercado, constituyendo avances que conllevan cambios radicales e imprevistos, introduciendo nuevos productos, un conjunto enteramente nuevo de atributos, procesos o modelos de negocios[40]. Las innovaciones disruptivas pueden destruir o reducir de manera drástica las cuotas de mercado de las empresas incumbentes, como, por ejemplo, pasó con la empresa Nokia, en su momento líder en el mercado de telefonía celular, cuando aparecieron los *smarthpones* de Apple y los que usaban el sistema Android[41], o generar enteramente un nuevo mercado, como en el caso de la radio, la televisión o los motores de búsqueda en Internet.

De acuerdo con la OCDE, la intensidad de la disrupción se ha incrementado de manera notable hoy, sobre todo por cuanto los nuevos disruptores utilizan Internet para proveer servicios, lo que les permite obtener escala rápidamente, al dar acceso potencial a una base global de usuarios[42]. En efecto, debe tenerse presente que, según la misma organización, hoy, en el mundo, de cada cien personas, noventa y cinco tienen un teléfono móvil, cuarenta usan Internet y treinta y dos lo hacen por servicios móviles[43]. Lo anterior tiene como consecuencia que las nuevas tecnologías alcancen en tiempos exponencialmente menores un número relevante de usuarios. Así, mientras el teléfono fijo tardó 75 años en alcanzar cien millones de usuarios en el mundo, el teléfono móvil lo hizo en dieciséis años, WhatsApp en tres años e Instagram en dos años[44].

Ello, junto con ciertas características de los bienes de información, como el carácter no rival de las ideas o la información, que permite su uso simultáneo y reproducción a muy bajo costo[45], han ocasionado que la tasa de crecimiento y la consecuente creación de valor se haya incrementado (y esté

[38] OECD (2015), p. 2.

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

[40] *Op. cit.*, p. 2.

[41] *Op. cit.*, p. 2. Véase, por ejemplo: https://knowledge.insead.edu/strategy/the-strategic-decisions-that-caused-nokias-failure-7766 [fecha de consulta: 27 de abril de 2020].

[42] *Op. cit.*, p. 5.

[43] *Ibid*.

[44] *Ibid*.

[45] Cooter (2014), p. 1.9.

incrementando) a tasas exponenciales[46]. Ello ha llevado a toda una corriente de pensamiento a incluso sostener que el crecimiento y la producción crecerán en forma indefinida como producto de la innovación[47], atendido que aun el agotamiento de los recursos no renovables y del ambiente podría solucionarse por medio de esta[48].

Dicho lo anterior, vale la pena detenerse un momento en la idea de crecimiento exponencial. En términos matemáticos, el crecimiento exponencial implica un crecimiento secuencial o cada vez más rápido en el tiempo. Así, una progresión es exponencial cuando su "...variación es proporcional a su valor, que crece rápidamente con cada paso siguiente"[49] y, en la práctica, implica "multiplicar una cantidad constante por un número cada vez mayor"[50]. Como señala un autor, para

> "...poner en perspectiva este fenómeno exponencial, si se vierte un litro de agua en un desierto en un primer minuto, y luego dos al siguiente minuto, y luego cuatro al tercer minuto, ocho al cuarto minuto, 16 al quinto, 32 al sexto, y así en adelante, después de un cuarto de hora tendríamos que volcar una tonelada y media de agua. Tras 20 minutos tendríamos que verter el equivalente a una alberca olímpica. Pero después de 70 minutos (una hora y diez minutos) tendrías que derramar el equivalente de agua contenida en todos los océanos de la Tierra juntos"[51].

[46] Véase, por ejemplo, Deloitte University Press (2013): "Las mejoras exponenciales en las tecnologías digitales base está alimentando una innovación exponencial. El rendimiento por costo de los bloques de construcción de tres tecnologías base –poder computacional, almacenamiento y ancho de banda– ha ido mejorando a un ratio exponencial por varios años. A medida que el ratio de mejora se acelera, estamos experimentando rápidos avances en las innovaciones construidas por sobre dichas tecnologías base exponenciales. El ritmo actual del avance tecnológico no tiene precedentes en la historia y no muestra signo de estabilización, como otras innovaciones tecnológicas eventualmente han mostrado, tales como la electricidad". Traducción libre.

[47] Véase, por ejemplo, Diamandis & Kotler (2012). En el mismo sentido, Cooter (2014), p. 1.9: "Con el continuo flujo de innovaciones fértiles, el crecimiento puede crecer indefinidamente y la producción elevarse como el vuelo del halcón. Dicha hipótesis es una conclusión razonable de la experiencia del último siglo y (...) de los recientes progresos científicos y tecnológicos...". Traducción libre.

[48] Cooter (2014), pp. 1.10 y 1.11: "Una duda preocupante dice relación con el agotamiento de los recursos y la degradación ambiental. (...) Afortunadamente, el agotamiento sustentable es posible en principio por medio de la innovación, sin reducir el consumo. La innovación enlentece el agotamiento al usar los recursos más eficientemente (...) también (...) al sustituir recursos no renovables por recursos renovables...". (...). El consumo puede crecer por siempre en tanto las ganancias de la innovación sobrepasen las pérdidas del agotamiento".

[49] López-Portillo (2018), p. 57.

[50] *Ibid*.

[51] *Ibid*.

Lo anterior es relevante por cuanto los datos recopilados dan cuenta de que, en la realidad, varias tecnologías han crecido exponencialmente[52]. Ello sucede, por ejemplo, con la capacidad computacional, la que ha pasado, en el ámbito mundial, de un trillón de operaciones por segundo en 1993 a diez mil trillones en 2017[53] o la velocidad de los microprocesadores computacionales, la que se ha incrementado desde diez millones de pulsaciones por segundo en 1976, a diez billones en 2016[54]. Otro ejemplo de evolución tecnológica no linear es la capacidad de vuelo autónomo de las aeronaves no comerciales, que se ha incrementado de 0,28 km en 1903 a 41 500 km en 2006[55].

Muy importante de considerar, para efectos de este trabajo, es el hecho de que los datos demuestran que, al menos respecto de algunos bienes o servicios, dicho crecimiento exponencial ha implicado a la vez incrementos notorios en calidad y disminución de sus precios. Así ha sucedido, por ejemplo, con los televisores, el *software* o los juguetes, todos los que disminuyeron relativamente su precio Estados Unidos en un 96%, 67% y 69% en el periodo entre 1997 y 2017[56]. De la misma forma, si se mide la capacidad de cálculo automatizada (incluyendo todas sus potenciales aplicaciones prácticas) a la que da acceso USD 1 000, desde 1900 a 2010, la misma aumentó desde 0,0000000001 hasta 1 000 000 000 000 000[57].

Por último, en este punto, cabe consignar que la idea de crecimiento exponencial también puede aplicarse al crecimiento económico. En efecto, se estima que en un periodo de cien años, una tasa de crecimiento anual promedio de un 2% hace crecer la riqueza total unas siete veces, en cambio, una tasa de crecimiento promedio anual de un 10%, la aumenta casi catorce mil veces[58].

De acuerdo con lo anterior, y más allá de la discusión sobre el carácter indefinido o no del crecimiento tecnológico, lo relevante para la hipótesis de este ensayo es que en general en economía se acepta hoy que es la innovación la que genera más valor social, mayor crecimiento y, a la larga, mejores condiciones de vida. Ello es sobre todo válido respecto de las llamadas innovaciones disruptivas, capaces de agregar valor exponencialmente.

[52] Roser & Ritchie (2020).
[53] *Ibid*.
[54] *Ibid*.
[55] *Ibid*.
[56] *Ibid*.
[57] *Ibid*.
[58] Cooter (2014), p. 1.1.

3. Eficiencia social, innovación y derecho de la competencia

Establecido el papel fundamental de la promoción de la innovación como norte de las políticas públicas en materia económica, cabe referirse a su relación con el derecho de la libre competencia o, de forma más amplia, con la política pública de competencia.

El derecho de la libre competencia busca incentivar conductas económicas socialmente eficientes en beneficio de los consumidores, oponiéndose a aquellas acciones que no revisten tal carácter[59]. De acuerdo con la teoría económica neoclásica, el bienestar social se maximiza en condiciones de competencia perfecta, al lograrse los mayores grados posibles de eficiencia asignativa y productiva (principalmente, menores costos y precios), maximizándose el resultado social del mercado y, en consecuencia, también el bienestar o excedente de los consumidores[60].

De dicha forma, el derecho de la libre competencia busca que el proceso competitivo sea intenso y refleje, en la mayor medida posible, los resultados de un mercado en competencia perfecta, promoviendo la ocurrencia de conductas socialmente eficientes, que maximicen el valor social y el excedente de los consumidores, reprimiendo las conductas que no lo hagan[61]. Así, dicha estructura de mercado maximiza la eficiencia productiva, en el sentido de que incentiva a las empresas a reducir sus costos de producción y la distributiva, al trasladar los bienes y servicios hacia quien les asigna un mayor valor. Ello, debe tenerse presente, es una consideración de eficiencia estática, en el sentido de que maximiza la utilización y asignación de un número dado limitado de recursos[62].

[59] En relación con los objetivos o fines del derecho de la libre competencia, véase Whish y Bailey (2012), p. 1: "Como una proposición general, el derecho de la libre competencia consiste en reglas que intentan proteger el proceso competitivo con el fin de maximizar el bienestar del consumidor". Traducción libre. Para una discusión sobre los distintos fines del derecho de la competencia y la conveniencia de considerar que su fin último es el bienestar de los consumidores, véase Salop (2010) y Hovenkamp (2019).

[60] Whish & Bailey (2012), p. 4: "Bajo competencia perfecta los recursos económicos son asignados entre distintos bienes y servicios de tal forma que no es posible mejorar el estado de nadie sin empeorar el de otro; el excedente del consumidor –la ganancia neta para un consumidor cuando compra un producto– está en su máximo. Los bienes y servicios son distribuidos entre los consumidores de acuerdo con el precio que están preparados a pagar, y, en el largo plazo, el precio equivale al costo marginal de producción (costo para estos efectos incluyendo un margen de ganancias suficiente para incentivar al productor a invertir, pero no más). Traducción libre.

[61] Véanse, por ejemplo, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012), resolución n.° 43, punto 13.7 y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2014), sentencia n.° 140, cons. 5.

[62] Para una explicación de los conceptos de eficiencia estática y dinámica, véase Huerta de Soto (2010).

Lo anterior supone que un mercado más eficiente también implica mayor crecimiento económico, puesto que, como señala Robert Cooter, tanto la eficiencia como el crecimiento económico tienen una causa común: la competencia[63]. De hecho y, si bien se trata de un tópico no exento de discusión, diversos estudios empíricos han demostrado que una aplicación más extensa y preponderante de las leyes de competencia por parte de las agencias encargadas de ello tiene una correlación con el crecimiento económico[64].

Siguiendo las consecuencias del razonamiento anterior, la relación entre competencia e innovación es expuesta de muy buena forma por Federico Shapiro y Scott Morton, indicando:

> "La política de competencia busca proteger y promover un proceso competitivo vigoroso mediante el cual las nuevas ideas se transformen en beneficios para el consumidor. De esta manera fundamental, la competencia estimula la innovación"[65].

En dicha línea, se ha sostenido también que la presión competitiva a innovar genera un círculo virtuoso. No solo se benefician las empresas innovadoras, quienes reciben las rentas de sus mejores productos o procesos y sus compradores o usuarios, quienes pueden comprar mejores productos y más baratos, sino que, también, otras empresas indirectamente, quienes pueden observar y mejorar dichas innovaciones, generando mayores beneficios a los compradores y mayores beneficios indirectos a otras empresas[66].

De acuerdo con lo razonado, queda claro que la innovación contribuye en forma fundamental a la consecución de los objetivos de bienestar social y de los consumidores del derecho de la competencia. De dicha forma, los referidos objetivos se ven maximizados con una mayor innovación, al superarse los efectos de eficiencia estática, vinculados al mejor uso y distribución de los recursos disponibles, por efectos de eficiencia dinámica, que implican a la larga un crecimiento, a veces exponencial, de la capacidad de generar valor con dichos recursos[67].

---

[63] Cooter (2014), p. 1.17: "La eficiencia y el crecimiento tienen una causa común: la competencia. Para maximizar la innovación, la ley tiene que crear un marco de competencia abierta en el cual los innovadores puedan desarrollar sus ideas". Traducción libre.

[64] Para un detalle de dichos trabajos, véase Elhauge (2016).

[65] Federico *et al.* (2020), p. 126. Traducción libre. Agregan los autores: "La literatura sobre productividad y crecimiento nos enseña que la innovación es el principal impulsor del aumento del nivel de vida a lo largo del tiempo, por lo que promover la innovación a través de una política de competencia efectiva será probablemente muy importante el crecimiento económico y el bienestar social". Traducción libre.

[66] Baker (2007), pp. 587-588.

[67] En dicho sentido, Huerta de Soto (2010), p. 112, indica: "En un sentido dinámico, puede afirmarse que, por ejemplo, un ser humano, una empresa, una institución o todo un

Establecido lo anterior, cabe preguntarse cuáles son las condiciones competitivas que promueven una mayor innovación. A dicho respecto, existe una vieja discusión económica teórica entre el propio Joseph Schumpeter, por un lado, y el premio Nobel Kenneth Arrow, por otro[68]. Joseph Schumpeter sugirió que los monopolios serían más innovadores que las empresas que enfrentan competencia, por cuanto los primeros tendrían más recursos que destinar a investigación y desarrollo y mayores incentivos a innovar por cuanto, dada su posición de mercado, tendrían menos temor a que una vez que lancen los productos al mercado, los entrantes puedan desafiarlos[69].

Kenneth Arrow, por su parte, sostuvo la posición contraria, indicando que un monopolista no tendría mayores incentivos a innovar, por cuanto las inversiones que realice para innovar en mejorar la calidad de sus productos, reducir los costos o crear nuevos productos, muchas veces muy intensivas en recursos, le permitirían incrementar sus ganancias solo residualmente, al ya controlar el mercado o gran parte de este[70]. Por el contrario, un entrante innovador al mercado, tiene mucho que ganar, al tener la expectativa de llevarse gran parte del negocio del monopolista o incumbente[71]. Dicha limitación de los incentivos del monopolista a innovar ha sido denominada como el "efecto Arrow" o "efecto de reemplazo", en el sentido de que el hipotético monopolista innovador se reemplazaría a sí mismo con la innovación, de-

sistema económico, serán tanto más eficientes cuanto más y mejor impulsen la creatividad y la coordinación empresarial. En esta perspectiva dinámica lo verdaderamente importante no es tanto evitar el despilfarro de unos medios que se consideran conocidos y "dados" (objetivo que era el prioritario en la perspectiva de la eficiencia estática) como descubrir y crear continuamente nuevos fines y medios, impulsar la coordinación y asumir que en todo proceso empresarial siempre surgirán nuevos desajustes por lo que un cierto despilfarro es inevitable y consustancial a toda economía de mercado". Véase también Cooter (2014), p. 1.4.: "El principio del adelantamiento en economía es mi nombre para la proposición de que el rápido crecimiento económico exponencial prontamente adelanta los efectos directos de la eficiencia estática y de la redistribución en la riqueza y bienestar" y p. 1.16: "El principio del adelantamiento proporciona una justificación normativa para priorizar la economía del crecimiento por sobre la economía estática. El mismo desafía el derecho convencional que trata a la eficiencia como un objetivo fundamental de la ley y la política pública. ¿Qué fue más importante para la producción agrícola, inventar el tractor o usar los caballos en formas más eficiente? Una mejor distribución de caballos para arar los campos incrementa la producción agrícola en forma marginal, en tanto la invención del tractor causó un salto en la producción. Una vez que se aprecia el crecimiento exponencial, resulta difícil preocuparse por la eficiencia estática en sí misma".

[68] Véase Baker (2007), p. 578.

[69] *Ibid*.

[70] Baker (2007), p. 578. Kenneth Arrow planteó sus ideas en su influyente trabajo denominado "Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention", del año 1962.

[71] *Op. cit.*, p. 578.

biendo asumir el costo de abandonar el *statu quo* que le permite ganar rentas monopólicas sin innovar. Dado lo anterior, dicho efecto sería mayor mientras más drástica o mayor capacidad de sustitución tenga la innovación[72].

Si bien dicha discusión ha generado un gran cuerpo de literatura teórica y empírica en defensa de ambas posiciones, en nuestra opinión, la postura de Kenneth Arrow es una intuición sólida y difícil de negar en la práctica: en ausencia de presión competitiva real que implique una amenaza a su negocio, un monopolista tiene pocos o nulos incentivos a innovar. En dicha línea, en una cita famosa, el economista británico y premio Nobel John Hicks, indicó que lo mejor de las rentas monopólicas es la posibilidad de tener una vida tranquila[73].

En efecto, diversos trabajos y estudios empíricos desarrollados en el último tiempo han concluido que, en la mayor medida, la innovación proviene de una fuente fundamental: la presión competitiva[74]. Resumiendo dicha literatura, Jonathan Baker concluye: "Como regla general, la competencia no solo incentiva a las empresas a producir más y cobrar menos; las incentiva también a innovar"[75]. En dicho sentido, si bien algunas empresas incumbentes o dominantes si han demostrado ser innovadoras[76], ello ocurre cuando las mismas tienen presión a innovar, tal como señalan Giulio Federico, Carl Shapiro y Fiona Scott Morton:

> "...una empresa líder en el mercado estará más motivada a innovar si teme perder su liderazgo frente a un rival disruptivo. Incluso un incumbente dominante va a sentir presión a innovar si es que la mayor parte de las ventas futuras serán ganadas por la empresa más innovadora, sea el incumbente o un desafiante disruptivo, y si otras empresas están en posición de desafiar al incumbente"[77].

---

[72] Baker (2007), p. 579.

[73] Hicks (1935). La hipótesis de John Hicks ha sido verificada empíricamente. Véase, por ejemplo, Roades & Rutz (1982).

[74] Para una revisión detallada de la literatura que defiende ambas posiciones y una crítica a la metodología y conclusiones de los estudios que defienden la posición de Joseph Schumpeter, véase Baker (2007), pp. 573-578.

[75] Baker (2007), p. 587.

[76] Véase Federico *et al.* (2020), p. 127: "Pero las grandes empresas establecidas también pueden ser disruptivas, especialmente cuando atacan mercados adyacentes. Piénsese en Walmart entrando en los mercados locales de retail, en Microsoft Bing desafiando a Google en búsquedas o en Netflix produciendo su propio contenido de video". Traducción libre.

[77] Federico *et al.* (2020), p. 127. Traducción libre. A dicho respecto, véase también Wu (2012), p. 318, haciendo hincapié en que el desarrollo del computador personal, por parte de IBM en la década de 1980, fue impulsado en gran parte por la amenaza que implicaban entrantes como Commodore, Atari o Apple, lo que llevó a IBM a cambiar su modelo de ne-

Por el contrario, la literatura enfatiza que, un incumbente que no enfrenta presión competitiva y recibe rentas relevantes, tiene grandes incentivos a preservarlas, lo que puede implicar tomar acciones para bloquear innovaciones o avances disruptivos. De la misma forma, se indica que muchas veces, para un incumbente resulta muy difícil organizacionalmente invertir en tecnologías disruptivas[78].

De acuerdo con lo expuesto, y parafraseando a John Hicks, la labor del derecho de la competencia debería ser, en buena medida, impedir que ninguna empresa se sienta tranquila en el mercado y que todos aquellos que tengan una idea disruptiva tengan la oportunidad de llevarla a la práctica. Sobre ello se hará referencia en los próximos puntos.

4. La necesidad de una reordenación de prioridades

De lo expuesto en los puntos anteriores surge una política de competencia excesivamente enfocada en conductas que contravienen la eficiencia estática en el mercado, esto es, básicamente en restricciones de precio y cantidad, pierde de vista que los mayores daños al mercado provienen de restricciones que atentan contra la eficiencia dinámica propia de la innovación. A dicho respecto, Herbert Hovenkamp ha señalado, refiriéndose a John Solow:

> "...hoy nadie duda de su conclusión básica de que la innovación y el proceso tecnológico contribuyen probablemente mucho más el crecimiento económico que las políticas que tienden a llevar las inversiones y la producción al nivel competitivo. Pero inverso a dicha afirmación hay un corolario que el derecho de la competencia nunca ha apreciado totalmente: si la innovación contribuye mucho más que la competencia [estática] al crecimiento económico, entonces las restricciones a la innovación también producen mucho más daño económico que las clásicas restricciones a la competencia"[79].

gocios en ese entonces vigente, que implicaba computadores centrales que servían a toda una empresa y que tenían un precio mucho mayor.

[78] Federico *et. al.* (2020), p. 127: "Por otro lado, una empresa incumbente exitosa que recibe grandes ganancias por el statu quo, tiene un poderoso incentive a preservar las mismas y ello puede implicar ralentizar o bloquear amenazas disruptivas. Los incumbentes exitosos pueden considear además muy difícil organizacionalmente invertir en tecnologías disruptivas". Traducción libre. Véase también, Bresnahan, Greenstein & Henderson (2012) y Christensen (1997).

[79] Hovenkamp (2007), p. 253. Traducción libre.

Continúa dicho autor indicando que el derecho de la competencia, con su clásica preocupación de que los precios se ajusten lo más posible a costos, está muchas veces apuntando al blanco equivocado, concluyendo que las

> "...restricciones a la innovación son probablemente más dañinas que los carteles tradicionales de precios, los que consideramos normalmente como la práctica anticompetitiva más grave..."[80].

En otras palabras, la política de competencia, vinculada de manera indefectible a la consecución de los mayores grados de bienestar social para los consumidores, debiera privilegiar aquellas áreas que maximizen de mejor forma dicho fin. Y la literatura económica, teórica y empírica, sugiere que ello tiene relación en gran medida con la generación de condiciones para la innovación. En dicho sentido, si se quiere ser fiel a dicho objetivo, se estima que ciertas priorizaciones actuales deben reorientarse, al menos en alguna medida.

Con todo, se pretende acá desconocer que las conductas colusorias producen graves daños en el mercado, ni disminuir el disvalor social que se le otorga a dicho tipo de conductas, asociado al fraude o engaño que implican en relación con lo que debiera esperarse de los competidores en un mercado y a como distorsionan el proceso competitivo (y su valor social) en su exclusivo beneficio[81]. En efecto, ello es sobre todo válido respecto de carteles que afectan el precio, sea directa o indirectamente, de bienes sensibles, como ha sucedido en Chile con los remedios, la carne de pollo o el papel higiénico, pudiendo extenderse, además, por un período prolongado. En dicho sentido, no se está proponiendo que las autoridades de libre competencia deberían dejar de perseguir carteles, sobre todo en mercado altamente sensibles.

No obstante, el punto que se quiere levantar acá es que las conductas que afectan la innovación y con ello de forma relevante el bienestar social, debieran tener al menos igual prioridad. La lógica de ello es simple, pero difícil de cuestionar, frente a recursos limitados, como son los que tienen las agencias de competencia, deben privilegiarse las acciones que generen un mayor impacto para la consecución de los objetivos legales y de política pública de competencia. A dicho respecto, se tiene especialmente presente que la innovación puede producir beneficios dinámicos exponenciales y que

[80] Hovenkamp (2007), p. 253. Traducción libre.

[81] Dicho concepto de fraude o engaño, equiparable en cuanto a disvalor social a una estafa, como un comportamiento inaceptable desde el ámbito social, desde un punto de vista moral, es probablemente en buena medida lo que llevó a que la colusión fuera penalizada en el año 2016, mediante la Ley n.º 20945 y lo que explica en forma relevante el repudio público frente a dicho tipo de conductas.

una política de competencia orientada a evitar conductas que la restrinjan, puede resultar necesaria para que dichos beneficios lleguen a los consumidores, generándose el círculo virtuoso al que ya ha hecho referencia.

A la larga y, como ha sido expuesto por la doctrina, la política de competencia tendrá que llegar a un equilibrio entre perseguir conductas que afecten la eficiencia estática en el corto plazo y aquellas que, a fin de cuentas, impidan la eficiencia dinámica en el mercado[82]. De acuerdo con ello, se estima que la política de competencia debería enfocarse en forma relevante en fomentar el libre acceso al mercado y evitar las conductas exclusorias, cuestiones sobre las que se ahondará a continuación.

5. El libre acceso al mercado y la exclusión como focos de una política de competencia para la innovación

En nuestra opinión, de lo expuesto en los puntos anteriores surge en forma natural que una preocupación fundamental del derecho de la competencia debe ser que las ideas de negocio, los nuevos productos o los nuevos procesos o negocios puedan efectivamente llegar a existir e ingresar al mercado, evitando conductas oportunistas por parte de los incumbentes destinadas a impedirlo. Así, se requiere una especial preocupación por las barreras estratégicas a la entrada que puedan imponer los incumbentes, sobretodo en mercados intensivos en tecnología[83].

En efecto, la literatura atingente resalta que parte importante de la presión competitiva que conduce a innovar proviene de emprendedores o externos que buscan ingresar a un mercado o, incluso, crear uno nuevo, con el objetivo de apropiarse de los beneficios que ello genere. En palabras de Robert Cooter,

> "el grueso del crecimiento económico viene desde los emprendedores. Solo la posibilidad de ganancias extraordinarias conduce a los emprendedores a apostar en grande por ideas riesgosas"[84].

[82] Schilling (2015), p. 192.

[83] De acuerdo con la FNE (2012), p. 15, dentro de las barreras estratégicas "…se pueden mencionar la (sobre) inversión en capacidad instalada o en marketing, la proliferación de marcas, acaparamiento de patentes, la existencia de cláusulas de no competencia y/o de exclusividad, los clubes de descuento o estrategias de fidelización de marca; la reputación de 'competidor duro' como consecuencia de la aplicación de políticas agresivas de precios o de prácticas comerciales que, en general, tienen por efecto el incremento de los costos de los rivales".

[84] Cooter (2014), p. 1.17. Traducción libre.

En dicho sentido, buena parte de la literatura sugiere que la innovación externa, que proviene de empresas de fuera del mercado es a la postre más relevante que la innovación interna, que proviene de las empresas ya establecidas[85]. Ello, por cuanto, se ha indicado, la misma es mucho más susceptible "de ser de naturaleza disruptiva –un salto gigante adelante, por así decirlo"[86], ya que cuando una empresa dominante innova, la misma tiende a seguir el mismo camino que ya ha desarrollado, está sujeta a las presiones de sus consumidores por mejoras incrementales de sus productos y puede enfrentar serios problemas cognitivos para imaginar un camino distinto a su (exitoso) curso actual[87].

En efecto, los entrantes disruptivos no usan la misma tecnología o modelo de negocios que los incumbentes, ofreciendo no solo menores precios, sino toda una propuesta de valor distinta[88], por lo que, al hacer su oferta atractiva a los consumidores en una forma nueva, pueden "...destruir gran parte de las rentas de los incumbentes mientras crean una gran cantidad de excedente del consumidor"[89]. Así, ello resulta en un proceso competitivo sano, mediante el cual salen algunos productos y métodos de negocio del mercado, siendo reemplazos por otros mejores[90].

En dicho sentido, el libre acceso al mercado o la posibilidad de ingresar efectivamente al mismo, o, en simple, la oportunidad de competir resulta fundamental para mantener dicha presión competitiva virtuosa y, a la larga, los beneficios de la innovación. Por lo mismo, las prácticas de empresas dominantes en relación con sus competidores requieren de un escrutinio minucioso, sobre todo en mercados intensivos en tecnología. Si bien las acciones específicas y estándares que podrían adoptar las autoridades de competencia con tal fin requieren de un desarrollo que excede los fines del presente trabajo, parece que, de acuerdo con lo expuesto, no cabe duda que se requiere un enfoque activo y agresivo al respecto y, en general, tender a una concepción de baja tolerancia a dicho tipo de conductas.

Dicha aseveración no solo tiene un fundamento económico robusto, sino que, en Chile, una fuerte raigambre jurídica, en el art. 19 n.° 21 inciso primero de la Constitución Política, que garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita. A dicho respecto, tanto el TDLC[91],

[85] Véase, por ejemplo, Wu (2012), p. 318.

[86] *Ibid*.

[87] *Ibid*.

[88] Federico *et al.* (2020), p. 126.

[89] *Ibid*. Traducción libre.

[90] *Ibid*.

[91] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2010), sentencia n.° 105, cons. 19: "(...) las normas contenidas en el Decreto Ley Nº 211 contribuyen al objetivo de tutelar la garantía constitucional contenida en el artículo 19 Nº 21 de la Constitución, en la medida en que su

la Excma. Corte Suprema[92] y el Tribunal Constitucional[93], han entendido que la legislación de libre competencia tiene como uno de sus objetivos el resguardar la libertad de todos los agentes económicos de participar en la economía con igualdad de oportunidades, oponiéndose al abuso de dicha libertad por parte de agentes que pretenden obstaculizar el acceso o ingreso al mismo.

Como corolario de lo anterior, surge que el derecho de la libre competencia debería también reevaluar la menor relevancia relativa que la asigna en la actualidad a la persecución de conductas exclusorias que impiden o dificultan la entrada o expansión de competidores, en especial en mercados sujetos a cambios tecnológicos relevantes. Tim Wu explica de muy buena forma:

> "...mientras que la fijación de precios ha sido descrita como el mal supremo del derecho de la competencia, desde la perspectiva de la promoción de la innovación, la exclusión es el mal supremo real. Es la exclusión, sea practicada por un monopolista o un oligopolista, la que aumenta el precio para que las nuevas ideas (plasmadas en productos) puedan entrar al mercado"[94].

En otras palabras, siguiendo al mismo autor, si los incumbentes perciben que las autoridades de competencia tienen una baja disposición a perseguir conductas exclusorias, internalizarán como una alternativa plausible el incurrir en dicho tipo de conductas para responder frente a amenazas de otras empresas, en vez de competir en innovar[95]. Mientras más "barato" sea excluir, menos incentivos tendrá el incumbente en invertir en mejorar sus productos[96]. En dicho sentido,

---

aplicación prevenga o reprima los casos en que tal asignación importe la expulsión o una restricción o impedimento ilegítimo e injustificado al acceso o expansión de un competidor en un mercado, desde el punto de vista de la libre competencia".

[92] Corte Suprema (2012), rol n.° 2578, cons. 84*:* "En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado (...)".

[93] Tribunal Constitucional (2006), sentencia n.° 467: "una de las finalidades (de la legislación de defensa de la libre competencia) es salvaguardar la libertad de todos los sujetos que participan en la actividad económica, en igualdad de condiciones, beneficiándose de este modo toda la colectividad, interesada esta última en que se produzcan más y mejores bienes y servicios a precios más reducidos".

[94] Wu (2012), p. 316. Traducción libre.

[95] *Op. cit.*, p. 319.

[96] *Ibid*.

> "si aceptamos que la innovación y la exclusión son respuestas alternativas a un desafío externo, entonces hacer que la exclusión sea cara es lo mismo que promover la innovación"[97].

Por último, en este punto, se debe notar que la exclusión puede provenir tanto de conductas unilaterales de las empresas dominantes como de acuerdos entre competidores destinados a dificultar o impedir el ingreso al mercado, como sucedió, por ejemplo, en Estados Unidos en el caso Allied Tube[98], en el que se sancionó a diversos productores de conductores eléctricos, quienes, en el marco de una influyente organización de establecimiento de estándares (Standard-setting organization) votaron por excluir de su compatibilidad con el estándar, que era usado en forma extensa, a un productor innovador de conductores de PVC, el que tenía menores costos y mejores características[99]. En tal sentido, dicho tipo de acuerdos, considerados en nuestra legislación como menos graves que los denominados carteles duros, también pueden requerir de un mayor escrutinio, por su probable mayor conexión con consideraciones de eficiencia dinámica[100].

En relación con los argumentos ya expuestos, referidos a la dificultad de identificar prácticas exclusorias anticompetitivas y la probabilidad de cometer errores, se estima que ello, aun de aceptarse, debe sopesarse con los ingentes daños para la economía y la innovación que puede generar el no perseguir conductas exclusorias. No puede desconocerse que, como dice Tim Wu, para

> "...un derecho de la competencia centrado en la innovación, este es un problema dinámico incluso más grave que los consumidores paguen precios altos"[101].

---

[97] Wu (2012), p. 319. Traducción libre. Agrega el autor: "La descripción más simple de una política de competencia para la innovación es la siguiente: debe utilizar la política de competencia para subir los costos de la exclusión, de dicha forma promoviendo la innovación externa y forzando al incumbente a responder de la misma forma". Traducción libre. En un sentido similar, Federico *et al*. p. 127: "Una vez que uno entiende propiamente la naturaleza dinámica del proceso competitivo, aparece con claridad que una mayor rivalidad– entendida como mayor contestabilidad de las ventas futuras– lidera la innovación futura. El rol crítico de la política de competencia es entonces prevenir a los líderes actuales del mercado usar su poder de mercado para inhabilitar amenazas disruptivas, sea adquirido a los entrantes potenciales o usando tácticas anticompetitivas para excluirlos". Traducción libre.

[98] Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc., 486 U.S. 492 (1988).

[99] Véase Hovenkamp (2007), p. 252.

[100] Debe tenerse presente que, de acuerdo con la letra a) del art. 3, los acuerdos que consistan en excluir competidores, no son propiamente *per se*, al requerirse probar poder de mercado a su respecto, a diferencia de lo que sucede en los casos de acuerdos de precios, cantidades, repartos de mercado y afectación de licitaciones.

[101] Wu (2012), p. 316. Traducción libre.

Además, se tiene presente que la literatura ha identificado varios casos de conductas exclusorias que carecen de toda plausibilidad de eficiencia, las que se han denominado como *cheap exclusions*[102] o exclusiones baratas. Un ejemplo de ello son los fraudes al sistema de patentes, que permiten extender de forma injustificada la duración de patentes cuyo plazo está por terminar. Como se puede entender, resulta prácticamente imposible argumentar que una conducta de dicho tipo pueda tener alguna justificación de eficiencia o que es más difícil apreciar sus efectos anticompetitivos en comparación con una conducta colusoria.

En dicho sentido, siguiendo a Jonathan Baker, es posible identificar conductas exclusorias que carecen de justificación plausible de eficiencia[103] y la mayor dificultad asignada a la identificación de las conductas exclusorias bien puede corresponder a dos factores. Primero, a la propia reticencia de las agencias a llevar adelante casos de exclusión, lo que implica una menor experiencia en la identificación de conductas exclusorias inequívocamente ineficientes. Segundo, a un error de categoría de análisis, al compararse conductas colusorias que se saben ineficientes (como la fijación de precios) con conductas exclusorias que sí tienen alguna plausibilidad de eficiencia. De acuerdo con ello, dicho autor hace hincapié en que ciertos acuerdos entre competidores también pueden tener justificación de eficiencia y que, por tanto, la comparación correcta debe hacerse entre conductas, sea unilaterales o coordinadas, que carezcan de plausibilidad de eficiencia, no habiendo razón alguna que haga pensar que las agencias y tribunales van a cometer más errores en apreciar un tipo de conducta respecto de otra[104].

---

[102] Creighton *et al*. (2005), pp. 2-3: "¿Qué es cheap exclusion? (...) nos referimos a conductas exclusorias que son 'baratas' en dos formas distintas. Primero, nos referimos a conductas que cuestan poco o significan poco riesgo para las empresas que las practican, tanto en términos absolutos, como en comparación con las ganancias (o potencial de ganancias) que conllevan... Segundo, al hablar de 'exclusión barata', entendemos una particular estrategia exclusoria de bajo costo, una que no implica ninguna alegación reconocible de eficiencia; que es 'barata' porque tiene poco valor positivo. (...) Para nombrar un ejemplo, el fraude cometido al estado no es susceptible de ningún tipo de justificación reconocible de eficiencia, esto es, no puede ser explicada en términos de los esfuerzos del acusado de incrementar la producción, innovar o mejorar los productos o servicios. Al igual que respecto de las conductas colusivos, la prueba (...) puede ser difícil de establecer (...). Una vez establecida (...) el análisis de competencia termina". Traducción libre.

[103] Baker (2013), p. 545: "Tanto en el contexto exclusorio, como colusivo, las reglas legales llaman la atención a un particular tipo de conducta carente de justificación plausible de eficiencia. El término 'desnudo' es usado para acuerdos colusorios de precios, división de mercados (...) que no pueden ser justificados plausiblemente como eficientes. El término 'exclusión plana', será usado para describir conductas exclusionarias comparables: carentes de justificación plausible de eficiencia. 'Cheap exclusion' es un tipo de exclusión plana...". Traducción libre.

[104] Baker (2013), p. 579: "Es difícil visualizar por qué las dificultades en identificar daños a la competencia van a ser sistemáticamente mayores en un contexto de exclusión que en

Así, reconocer y priorizar la persecución de dicho tipo de exclusiones, carentes de plausibilidad de eficiencia, parece ser una vía concreta de acción potencial para las agencias de competencia.

En suma, atendida la importancia de la innovación para una política de competencia efectiva y las consecuencias negativas que las barreras estratégicas a la entrada y la exclusión pueden tener para la misma, parecen existir buenas razones para que el derecho de la competencia le asigne al menos igual prioridad a la persecución de dicho tipo de conductas que la que se le asigna a la persecución de carteles tradicionales[105].

6. Conclusiones

Tal como se expuso, la innovación tecnológica es la principal fuerza que contribuye al crecimiento económico, aun en forma exponencial, por lo que su promoción está íntimamente ligada al bienestar social que las políticas públicas de competencia buscan conseguir. De acuerdo con ello, la política pública y el derecho de la competencia no pueden desligarse de atacar aquellas conductas que tienen un mayor impacto sobre la innovación. No hacerlo puede implicar incluso comprometer el cumplimiento de sus objetivos.

La constatación anterior implica que resulta necesaria una reorientación de prioridades, al menos en alguna medida. En dicho sentido, y parafraseando la idea de John Keynes con la que se empezó este trabajo, vale la pena al menos cuestionar las ideas establecidas sobre la prioridad que tiene la persecución de conductas relacionadas a daños de eficiencia estática, en especial, los carteles de precios o cantidad.

En nuestra opinión, especialmente en mercados intensivos en tecnología, resulta recomendable asignar igual prioridad a evitar y sancionar conductas que comprometen en mayor medida la eficiencia dinámica, como son las barreras a la entrada que impiden o retardan el libre e igual acceso al mercado y las conductas exclusorias.

uno de colusión, si es que en ambos casos la conducta no posee una justificación plausible de eficiencia, esto es, en un escenario de colusión desnuda y exclusión plana". Traducción libre.

[105] Baker (2013), p. 586: "La exclusión debería ser reconocida como una preocupación central del derecho y política de la competencia, junto con la colusión y el uso retórico convencional que trata a las conductas anticompetitivas exclusorias como de menor importancia, debe ser evitado. Hacerlo así puede llevar a las agencias a otorgar una prioridad mayor a perseguir conductas exclusorias que la que asignan hoy, especialmente para prevenir conductas exclusorias que evitan la entrada en mercados sujetos a rápidos cambios tecnológicos". Traducción libre.

Bibliografía

Baker, Jonathan (2007). "Beyond Schumpeter vs. Arrow: How antitrust fosters innovation", in *Antitrust Law Journal*, vol. 74, N° 3, pp. 575-602.

Baker, Jonathan (2013). "Exclusion as a core competition concern", in *Antitrust Law Journal*, vol. 78, N° 3, pp. 527-589.

Bohannan, Cristina & Herbert Hovenkamp (2012). *Creation Without Restraint: Promoting Liberty and Rivalry in Innovation*, New York: Oxford University Press.

Bresnahan, Timothy, Shane Greenstein & Rebecca Henderson (2012). "Schumpeterian Competition and Diseconomies of Scope: Illustrations from the Histories of Microsoft and IBM", in Josh Lerner & Scott Stern (eds.). *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, Chicago: University of Chicago Press.

Christensen, Clayton (1997). *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Boston: Harvard Business School Press.

Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación para el Desarrollo (2019). "Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación para Chile". Disponible en www.cnid.cl/wp-content/uploads/2019/12/CTCI-para-Chile-y-Contexto-para-la-reflexion_web.pdf [fecha de consulta: marzo de 2020].

Cooter, Robert (2014). "The Falcon's Gyre: Legal Foundations of Economic Innovation and Growth", in *Berkeley Law Scholarship Repository*, version 1.4. Disponible en https://works.bepress.com/robert_cooter/168/ [fecha de consulta: abril 2020].

Creighton, Susan, Bruce Hoffman, Thomas Krattenmaker y Ernest Nagata (2005). "Cheap Exclusion", in *Antitrust Law Journal*, vol. 72, N° 3, pp. 975-995.

Deloitte University Press (2013). "From exponential technologies to exponential innovation, Report 2 of the 2013 Shift Index". Disponible en www2.deloitte.com/us/en/insights/industry/technology/from-exponential technologies-to-exponential-innovation.html [fecha de consulta: marzo de 2020].

Diamandis, Peter & Steven Kotler (2012). *Abundance: The Future Is Better Than You Think*, New York, Free Press.

Elhauge, Einer (2016). "Horizontal shareholding", in *Harvard Law Review*, vol. 129, N° 5, pp. 1267-1317.

Federico, Giulio, Fiona Scott Morton & Carl Shapiro (2020). "Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption", in Josh Lerner & Scott Stern (eds.): *Innovation Policy and the Economy*, Chicago: The University of Chicago Press.

FNE –Fiscalía Nacional Económica– (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración*. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf [fecha de consulta: marzo de 2020].

Hicks, John (1935). "Annual survey of economic theory: the theory of monopoly", in *Econometrica*, vol. 3, N° 1, pp. 1-20.

Hovenkamp, Herbert (2007). "Restraints on Innovation", in *Cardozo Law Review*, vol. 29, N° 1, pp. 247-260.

Hovenkamp, Herbert (2011). "Antitrust and innovation: where we are and where we should be going", in *Antitrust Law Journal*, vol. 77, N° 3, pp. 749-756.

Hovenkamp, Herbert (2019). "Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?", in *Faculty Scholarship at Penn Law*. 1985. Disponible en https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985 [fecha de consulta: marzo de 2020].

Huerta de Soto, José (2010). "La teoría de la eficiencia dinámica", en *Revista de Economía & Administración*, vol. 7, n.° 2, pp. 99-140.

Krattenmaker, Thomas & Steven Salop (1986). "Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power Over Price", in *Yale Law Journal*, vol. 96, N° 2, pp. 211-293.

López-Portillo, José Ramón (2018). *La gran transición: Retos y oportunidades del cambio tecnológico exponencial*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.

John Maynard (1935). Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money.* London, Palgrave Macmillan.

Moya, Patricio y Francisco Molina (2017). "Innovación y emprendimiento en el discurso político chileno", en *Journal of Technology Management & Innovation*, vol. 12, n.° 1, Santiago, pp. 93-99.

OECD –Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico– (2000). "Hard Core Cartels". Disponible en www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf [fecha de consulta: abril de 2020].

OECD –Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico– (2010). "Derecho y política de competencia en Chile, Examen de acceso". Disponible en www.oecd.org/daf/competition/sectors/47951548.pdf [fecha de consulta: abril de 2020].

OECD –Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico– (2015). "Hearing on disruptive innovation, Issues Paper by the Secretariat". Disponible en www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)3&docLanguage=En [fecha de consulta: abril de 2020].

Pitofsky, Robert (ed.) (2008). *How the Chicago school overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*, New York: Oxford University Press.

Roades, Stephen & Roger Rutz (1982). "Market power and firm risk: A test of the 'quiet life' hypothesis", in *Journal of Monetary Economics*, vol. 9, N° 1, pp. 73-85.

Roser, Max & Hannah Ritchie (2020). "Technological Progress". Disponible en https://ourworldindata.org/technological-progress [fecha de consulta: marzo de 2020].

Salop, Steven (2010). "Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard", in *Loyola Consumer Law Review*, vol. 22, N° 3, pp. 336-353.

Schilling, Melissa (2015). "Towards dynamic efficiency: innovation and its implications for antitrust", in *The Antitrust Bulletin*, vol. 60, N° 3, pp. 191-207.

Schumpeter, Joseph (1943). C*apitalism, socialism and democracy*, London: Taylor & Francis e-Library).

Tapia, Javier (2014). "Dime de qué presumes y te diré de qué careces": el tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile", en *Revista de Derecho de la Competencia*, vol. 10 n.°10, pp. 47-119.

Whish, Richard & David Bailey (2012). C*ompetition Law*, 7ª ed., Oxford, Oxford University Press.

Wu, Tim (2012). "Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most", in *Antitrust Law Journal*, vol. 78, N° 2, pp. 313-328.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS POR FRAUDES INFORMÁTICOS A LA LUZ DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES[*]

CIVIL LIABILITY OF BANKS FOR COMPUTER FRAUD IN LIGHT OF THE CONSUMER PROTECTION ACT

Renzo Munita Marambio[**]
Cristian Aedo Barrena[***]

Resumen: Se abordan problemas relativos a la verificación de actos de *hacking* bancario, proyectándolos desde la afirmación que lo que vincula al banco con sus clientes es una relación de consumo. Entendemos que existe un deber de seguridad que recae en el banco, cuyo incumplimiento debe presumirse una vez materializado el fraude. Analizamos el problema considerando como víctima a personas jurídicas, aquello nos permite pronunciarnos sobre la pertinencia indemnizatoria del daño moral de dichas entidades. Nos interrogamos sobre cuál es el régimen de responsabilidad civil a través del cual el cuentacorrentista, o usuario de tarjetas bancarias, puede perseguir la responsabilidad del banco.

Palabras clave: Fraude bancario, *pharming*, *phishing*, Pyme, seguridad, daño moral.

---

[*] Este artículo forma parte del Fondecyt de Iniciación número 11190188, denominado "La creación de riesgo no permitido como solución normativa causal en la causalidad difusa y alternativa en el ámbito sanitario: una propuesta para el sistema chileno", del cual Renzo Munita Marambio es el investigador responsable y del proyecto Fondecyt Regular número 1191729, denominado "Delimitación de regímenes de responsabilidad civil. Elementos y factores a considerar para una parcial unificación", del que Cristian Aedo Barrena es investigador principal.

[**] Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Centro de Derecho Regulatorio y Empresa. Correo electrónico: renzomunita@udd.cl

[***] Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: caedo@ucsc.cl

Abstract: Problems related to the verification of bank hacking acts are addressed, projecting them from the affirmation that what links the bank with its clients is a consumer relationship. We understand that there is a security duty that falls on the bank, whose non-compliance must be presumed once the fraud has materialized. We analyze the problem considering legal entities as a victim, which allows us to rule on the compensatory relevance of the moral damage of said entities. We ask ourselves about the civil liability regime through which the account holder, or user of bank cards, can pursue the bank's responsibility.

Keywords: Bank fraud, pharming, phishing, SMEs, security, moral damage.

I. Introducción: Problemas planteados

La relación entre el banco y su cliente, en especial tratándose del contrato de cuenta corriente, importa una especial colaboración entre las partes que celebran dicho contrato. En virtud de este, el cliente no solo ha depositado su dinero, sino, también, su confianza. El desequilibrio es apreciable, pues se recurre precisamente a la entidad para que sea ella quien custodie el activo, en su calidad de profesional, toda vez que representa para el interesado garantía de seguridad en ese sentido. La decisión, por cierto, no implica un acto de altruismo de parte del banco, toda vez que, a cambio de la custodia es devengado un costo de mantención e, incluso, puede realizar actividades de intermediación financiera (art. 40 Ley General de Bancos) e incrementar mediante ellas su propio patrimonio, en la medida en que dé cumplimiento a las órdenes de pago que el cliente le formule hasta la concurrencia de la cantidad consignada en dicha orden (art. 1° del DFL n.° 707 del 7 de octubre de 1982, que comprende la ley de cuentas corrientes, bancarias y cheques).

Es en el marco de esta relación que pueden ocurrir situaciones de fraude, por parte de terceros, que afecten la cuenta corriente del cliente. En particular, eventos de *phishing*, que consisten en una pesca, en el sentido de la obtención de los datos personales del cliente bancario, mediante la digitación de estos por aquel, luego de sucumbir al programa tanto fraudulento como inductivo, dirigido en su contra por el sujeto activo del ilícito. Piénsese, por ejemplo, en la recepción de correos electrónicos que en apariencia disponen de una información importante (premios, alertas, etc.), que para ser leída se requiere necesariamente la información bancaria de parte del usuario. En el *phishing* el papel del cliente bancario en la facilitación de su

información es determinante, no hay virus involucrados, solo una inducción fraudulenta y una participación. Por otra parte, también el *pharming*, constituye una especie de fraude bancario, el cual supone un virus que redirige el dominio del banco hacia otro sitio ya diseñado. Luego, cada vez que cualquier cliente pretenda ingresar en la página, indefectiblemente lo hará en la fraudulenta. Vemos que el papel del usuario en la comunicación de sus datos es menos determinante, pues, en principio, no tendría como precaver que el nombre de dominio se encuentra intervenido[1]. Ambos ilícitos revelan el núcleo del *hacking* bancario desde el cual proyectamos estas líneas.

En algunos de los indicados contextos de fraude, puede surgir responsabilidad civil para la institución bancaria. Máxime si en los días en los que redactamos este artículo, ha superado el examen de constitucionalidad el *Boletín* n.º 11.708-03, consistente en un proyecto de ley, sobre el cual nos referiremos, que iniciado por moción de los senadores Manuel José Ossandón, Lily Pérez y Eugenio Tuma, y que modifica la Ley n.° 20009[2], que limita la responsabilidad de los usuarios de tarjetas de crédito por operaciones realizadas con tarjetas extraviadas, hurtadas o robadas, en lo relativo a la responsabilidad del usuario y del emisor en casos de uso fraudulento de estos medios de pago. En términos generales el proyecto se hace cargo de ilícitos cometidos *sin tarjeta presente* integrando el vacío dejado por la indicada Ley n.º 20009, que se ocupa de manera exclusiva de fraudes cometidos *con tarjeta presente*, esto es, que operan cuando el defraudador materialmente, mediante el robo, hurto, o por el extravío del plástico se ase de él, configurándose la exoneración de responsabilidad para el titular de la tarjeta (o *usuari*o, como prefiere denominarlo el proyecto, véase nuevo art. 2º) mediante la notificación de la sustracción o extravío de la misma a su emisor. El vacío normativo se hace palpable, entonces, si es que el cliente ignora que sus datos bancarios vinculados a su cuenta o tarjeta están siendo mal utilizados y, por tanto, no lo puede notificar de forma oportuna. Para mayor claridad, hacemos presente que la aplicación de la ley se extiende igualmente a tarjetas de débito, y a la generalidad de transacciones electrónicas, lo que para nuestros propósitos resulta relevante.

Así las cosas, de acuerdo con dicha responsabilidad, y proyectando que lo que vincula al banco con sus clientes es una relación de consumo, son varias las aristas que pueden ser tanto exploradas como afirmadas. Desde la afirmación, queda en evidencia el plano asimétrico que une a las partes en la

[1] Sobre la distinción puede revisarse, Oxman (2013), p. 215 ss.

[2] Ley n.° 2.009, de 1 de abril de 2005, que crea un marco jurídico de exención de responsabilidad para el tarjetahabiente respecto de los robos, extravíos y hurtos de sus tarjetas de crédito o débito, en cuanto el propio usuario denuncie tal hecho al emisor.

relación bancaria. El banco, parte fuerte en el vínculo, radica su fortaleza en la disposición de medidas destinadas a prevenir el fraude, posición en la que el cliente no se le puede equiparar. De lo anterior es posible desprender que existe un deber de seguridad que recae en el banco, cuyo incumplimiento ha de presumirse una vez materializada la contingencia, aunque nada impida que el mismo no pueda interponer acciones contra el cliente, por su falta de prudencia o contra un tercero por el fraude. A su turno, la calidad de cliente, aunque pueda ser analizada desde la perspectiva de personas naturales, también puede seguirse desde la extensión de las reglas del consumo también al estatuto Pyme, punto que justificaremos mediante una referencia al espectro subjetivo de la Ley n.º 19496. Nos parece en especial relevante este último enfoque, toda vez que al ser una persona jurídica la afectada por el fraude, podría ponerse bajo cuestionamiento su derecho a interponer una acción indemnizatoria por daño moral. Consideramos importante pronunciarnos de igual forma sobre el régimen de responsabilidad civil a través del cual el cliente bancario puede perseguir la responsabilidad del banco, precisamente en el campo de la demanda indemnizatoria por daño moral. Así, no son de forma indispensable las normas de responsabilidad contractual las que permitan comunicarle al juez las pretensiones del afectado, por cuanto en esta materia consideramos que la cuestión puede ser tratada, incluso, desde un ejercicio unitario del estatuto de responsabilidad.

Indicado lo anterior, estructuramos desde tres interrogantes nuestro propósito investigativo, primero, ¿cuál es el alcance subjetivo de las normas de protección del consumidor en el problema declarado?; segundo, ¿cuál es el régimen de responsabilidad civil que sujeta al prestador del servicio bancario, en particular a propósito del sistema de transferencias seguras? y, tercero, ¿este régimen y los sujetos protegidos, inciden en la reparación, especialmente tratándose del daño moral?

II. Aplicación de la normativa de consumo a la actividad bancaria como presupuesto de la responsabilidad civil

A. La actividad bancaria como servicio financiero

No cabe duda que, en lo que atañe a las relaciones entre el banco o institución financiera y el cliente, pueden aplicarse las normas de la Ley n.° 19496. Si bien, el art. 2bis, introducido por la Ley n.° 19955, de 14 de julio de 2004, prescribe que la indicada normativa no puede ser destinada a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comer-

cialización de bienes o prestación de servicios regulados en leyes especiales, pues como precisamente enseña Ricardo Sandoval:

> "Se trata de actividades mercantiles que están sujetas a una normativa especial, como ocurre por ejemplo con la actividad bancaria, financiera, cambiaria, de intermediación de valores, de seguros, de medios de comunicación escritos, radiales o televisivos, de telecomunicaciones, de transporte aéreo, etc."[3],

no es menos cierto, que en las materias que las leyes especiales no prevean, como así ocurre en las relaciones entre el banco y el cliente derivadas de los derechos establecidos a favor de los consumidores, es aplicable, en carácter supletorio, las normas de la Ley n.° 19496. De hecho, el mismo autor antes citado, argumenta:

> "Sin embargo, en las materias que estas leyes especiales no contemplan, como por ejemplo, publicidad, contratos de adhesión, organización de consumidores, promociones, ofertas e información, son aplicables las reglas de la ley de protección de los derechos del consumidor"[4].

Por otra parte, la aplicación de las normas de consumidor en favor de lo clientes bancarios y, el carácter de desequilibrio contractual que entraña su protección, quedó reafirmado definitivamente con la dictación de la Ley n.º 20555, publicada en el *Diario Oficial* el 5 de diciembre de 2011, Sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al Servicio Nacional del Consumidor, al inferirse de sus disposiciones que el legislador concibe la relación banco-cliente como un servicio financiero. De aquí que afirmemos que el problema respecto del cual nos pronunciamos sea perseguible desde la perspectiva de la protección al consumidor. Este ingresa en el campo de aplicación de la de la Ley n.° 19496, en particular, por vulneración de las letras b y d del art. 3, así como el art. 23 de la indicada ley. Para mayor claridad, la primera de las letras mencionadas establece como un derecho del consumidor, el postular "a una información veraz y oportuna"; la segunda, se refiere a la legítima aspiración a su "seguridad en el consumo de bienes o servicios". El art. 23, a su turno, ordena:

> "Comete infracción a las disposiciones de la presente ley el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o

[3] Sandoval (2004), p. 26.
[4] *Op. cit.*, pp. 26-27.

> deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, substancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio".

De la aplicación de ambas normas, detectamos que, en el problema en cuestión, el elemento esencial de las relaciones de consumo: la asimetría, se encuentra presente.

Precisando, para apreciar adecuadamente la órbita de las normas del consumo desde una lógica empresarial, y cómo ellas repercuten en el problema de responsabilidad que analizamos, consideramos relevante detenernos en los alcances de la Ley n.° 20416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño, de 3 de febrero de 2010. La conexión corresponde ser enfocada, en la existencia de Pymes que pudiendo ser cuentacorrentistas, resulten afectadas por eventos de fraude bancario. La contingencia, amerita diversas observaciones, entre otras, las relativas a la previsibilidad del daño, como al cuestionamiento en torno al daño moral, tal como retomaremos sobre el final de nuestro trabajo. Partamos por explicar la aplicabilidad de las normas del consumo al estatuto Pyme.

B. La extensión de las reglas de consumo al estatuto de las Pymes

Para analizar esta cuestión, es necesario tener presente lo preceptuado en el art. 9 de la Ley n.° 20416; la disposición ordena:

> "Rol de Consumidoras. Establécese la protección a las micro y pequeñas empresas en rol de consumidoras, en los términos que siguen: 1) Ámbito de Aplicación. El presente artículo tiene por objeto normar las relaciones entre micro y pequeñas empresas y sus proveedores, establecer las infracciones en perjuicio de aquellas y señalar el procedimiento aplicable en la materia. Para los efectos de esta ley se entenderá por proveedores las personas naturales o jurídicas que, definidas de acuerdo con el artículo 1° de la ley N° 19.496, desarrollen las actividades allí señaladas respecto de micro y pequeñas empresas".

Por su parte, el art. 2 preceptúa:

> "2) Normas Aplicables. Serán aplicables a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas y sus proveedores las normas establecidas en favor de los consumidores por la ley N° 19.496 en los párrafos 1°, 3°, 4° y 5° del Título II, y en los párrafos 1°, 2°, 3° y 4° del Título III o, a opción de las primeras, las demás disposiciones aplicables entre partes. En ningún caso serán aplicables las normas relativas al rol del Servicio Nacional del Consumidor. La aplicación de las disposiciones

> señaladas precedentemente será irrenunciable anticipadamente por parte de las micro y pequeñas empresas".

Desprendemos que, tratándose de empresas de menor tamaño, no resulta aplicable la exigencia de que el acto, como destinatario final, sea civil para el consumidor. La Ley n.º 20416 expresamente le confiere la protección de las normas del consumidor a quienes, acorde las disposiciones de la Ley n.º 19496, tendrían la calidad de proveedores. Despeja toda duda en la aplicación de las normas de protección del consumidor, el art. 9, n.º 6, que dispone:

> "Si las infracciones a lo dispuesto en este artículo se refieren a la adquisición o contratación de bienes o servicios que se relacionan directamente con el giro principal de la micro o pequeña empresa, el tribunal deberá considerar en la aplicación de la multa que proceda, que el deber de profesionalidad de la micro o pequeña empresa es equivalente al del proveedor que cometió la infracción".

Con todo, para que tengan aplicación las normas de protección del consumidor a favor de las empresas, debe tratarse de una micro o pequeña empresa. Por eso, es necesario atender al régimen de los sujetos, regulado en el art. 2º. Conforme a dicha norma:

> "Sujeto. Para los efectos de esta ley, se entenderá por empresas de menor tamaño las microempresas, pequeñas empresas y medianas empresas. Son microempresas aquellas empresas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 unidades de fomento en el último año calendario; pequeñas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 unidades de fomento y no exceden de 25.000 unidades de fomento en el último año calendario, y medianas empresas, aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 25.000 unidades de fomento y no exceden las 100.000 unidades de fomento en el último año calendario".

Para determinar el valor de las ventas anuales, el art. 2 establece:

> "El valor de los ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro señalado en el inciso anterior se refiere al monto total de éstos, para el año calendario anterior, descontado el valor correspondiente al impuesto al valor agregado y a los impuestos específicos que pudieren aplicarse".

Esta normativa amerita una doble reflexión. En primer lugar, es evidente que la extensión de las reglas de protección del consumidor favorece

a pequeñas y medianas empresas y evita que estas se encuentran doblemente gravadas, con lo que Francisco Vincent denomina el "efecto sándwich", pues por una parte, quien es identificado como proveedor de un servicio o empresario está sujeto a las condiciones contractuales impuestas por un tercero, cuyo poder negociador y, a menudo, acceso a la información, produce el mismo desequilibrio que en las relaciones entre empresarios y consumidores[5]. Por otro lado, resulta posible la extensión de estas reglas a ámbitos que, aunque regulados en normas especiales, son fuentes permanentes de problemas de responsabilidad civil, lo que resulta en especial relevante si es una persona jurídica.

En segundo término, la técnica legislativa no fue rigurosa y presenta problemas en su aplicación, al menos en un triple sentido. El primer lugar, como se ha visto, la aplicabilidad de las normas protectoras de consumo dependerá de la prueba que logre rendir el demandante, del nivel de ventas anuales. En muchas ocasiones, los tribunales carecen de dichas pruebas y por no tratarse de una investigación penal, asociada a una evasión tributaria, el Servicio de Impuestos Internos niega la información tributaria si esta es solicitada por la vía de una medida para mejor resolver, por ejemplo. En segundo lugar, cabe preguntarse si el tribunal, de primera o segunda instancia, debe resolver el asunto con invocación de las normas contenidas en la Ley n.° 20416, tanto para acoger como para rechazar la demanda, cuando las partes no las han invocado, porque en la mayoría de los casos las desconocen. Y, en tercer lugar, está la pregunta más profunda acerca de si las normas de protección de los consumidores, incluyendo pequeñas y medianas empresas, tiene carácter sustantivo y, por consiguiente, pueden invocarse –y correlativamente aplicarse por el juez, cuando el procedimiento en el que se reclaman, por ejemplo, para sostener que se está frente a cláusula abusiva, no es el establecido en la Ley n.° 19496.

Visto lo anterior, dejemos en suspenso, por un momento, la aplicabilidad de la contingencia al estatuto Pyme y sus consecuencias y concentrémonos en aspectos suscitados a consecuencia de la indefinición del régimen de responsabilidad civil a través del cual debe ventilarse el asunto al que nos referimos en este trabajo.

[5] Vicent (2004), p. 55. Como advierte el citado autor: "De esta forma, las grandes empresas (a veces multinacionales), podrán imponer sus condiciones generales a las numerosas pequeñas y medianas empresas y microempresas españolas (partiendo de la tesis que éstas no necesitan la protección de la LCGC en punto al contenido del contrato), mientras que éstas PYMES o microempresas (que constituyen más del 95% de las empresas españolas) tendrán que respetar el régimen más riguroso de la LCGC y LGDCU en sus relaciones con los consumidores. Es lo que podríamos denominar el efecto sándwich".

III. Régimen de responsabilidad civil aplicable a los bancos por fraudes bancarios

A. Fraude bancario y obligación de seguridad

Como en toda relación contractual, puede distinguirse tratándose del contrato de cuenta corriente, el deber central y primario del deudor, consistente en realizar la prestación pactada, a saber: cumplir las órdenes de pago de sus clientes (art. 1° del DFL n.° 707). Junto a este evidente *deber central del deudor existe*, sin embargo, toda una serie de *deberes accesorios o secundarios*[6]. Siguiendo a Luis Díez-Picazo, la infracción del deber principal o deber central de prestación supone incumplimiento en sentido técnico, mientras que la omisión total de los deberes accesorios no origina un verdadero y propio incumplimiento, sino solo un cumplimiento defectuoso, cuyas consecuencias y cuyo régimen jurídico son netamente distintos. Ello tiene una lectura desde el punto de vista de la exigibilidad, pues entiende Luis Díez-Picazo que el deber principal puede ser exigido por el acreedor de forma plena y total, mientras que la exigibilidad de los deberes secundarios corresponde a una prerrogativa que debe ser matizada: efectivamente, hay algunos que pueden exigirse en plenitud y con separación de la prestación principal, mientras que otros, aun cuando son inexigibles en sí mismos, su falta de cumplimiento puede desencadenar consecuencias de otra índole, como el resarcimiento[7]. En todos estos casos, pensamos, los referidos deberes son auténticas obligaciones, entendido el concepto en sentido clásico.

Ahora bien, en cuanto a la regla contractual, se debe tener presente, siguiendo a Álvaro Vidal:

> "El contrato no se concibe sólo como un instrumento creador de derechos y obligaciones sino, también, como mecanismo de organización y satisfacción del interés de las partes. Se habla de una noción más realista del contrato, que no lo entiende sólo como un dispositivo de creación

[6] Siguiendo a Luis Díez-Picazo: "...tenemos que llegar a la conclusión de que el deudor debe procurar, por lo menos en ocasiones, que el acreedor logre la satisfacción de su interés, es decir, prestar en cuanto sea necesario su cooperación para que se produzca un resultado útil de la prestación. Esto no implica, de ninguna manera, decir que el deudor sólo cumple si la prestación alcanza la utilidad -querida o esperada- del acreedor, pero si que, cuando su cooperación es necesaria para el pleno resultado útil de la prestación, el deudor debe esta cooperación. Esta idea conduce a una ampliación o a un ensanchamiento de la situación de deuda o, si se prefiere, a una integración del deber estricto de prestación mediante una serie de deberes accesorios". Díez-Picazo (1964), p. 362.

[7] *Op. cit.*, p. 364.

> de relaciones jurídicas, aunque también le corresponda ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio a disposición de los particulares para organizar sus propios intereses y conseguir la satisfacción de los mismos. En efecto, el contrato, primero que todo, se ocupa de la organización, regulación y la ulterior satisfacción de los intereses de las partes. Éstas, al contratar, buscan la consecución de un propósito práctico que sólo obtendrán con el cumplimiento fiel y oportuno del contrato, propósito que interesa en la medida que se hubiere incorporado, explícita o implícitamente, a la regla contractual"[8].

Así, como señalan Álvaro Vidal e Iñigo de la Maza, el propósito práctico del contrato se ha traducido en el ámbito jurisprudencial, en una extensión de las reglas del contrato, más allá de lo pactado expresamente, de acuerdo con las reglas de la buena fe[9]. En la misma línea, la función integradora a partir de la buena fe, cumple la función, como enseña María Graciela Brantt, de definir una órbita de riesgos que son asumidos de manera contractual. Señala la autora:

> "Tomando en cuenta ese conocimiento real o presunto, y con base en la buena fe, pueden considerarse asumidos por el deudor aquellos riesgos originados en la actividad que debe desarrollar para cumplir, de modo tal que el acreedor puede a su vez contar con que, de verificarse un riesgo que corresponda a dicho ámbito, el deudor lo controlará –impidiendo que afecte el cumplimiento– y de no ser así, le indemnizará el daño derivado del incumplimiento. En este sentido, adquiere relevancia la buena fe, que actúa generando y protegiendo la confianza del acreedor en el control de dichos riesgos por parte del deudor"[10].

Más allá, en una perspectiva conceptual resulta necesario tener presente que la integración contractual consiste en aquella operación jurídica a la que recurre el juez cuando, enfrentado a una cláusula estimada oscura, esta implica o importa una laguna en el acuerdo que debe ser subsanada por la labor jurisdiccional, que es, en definitiva, lo que el juez *a quo* debe realizar. En otras palabras, al estimarse que la cláusula es oscura, sirviéndose de un ejercicio de interpretación analógica en clave de buena fe, pueden ser

[8] Vidal (2011), p. 258.

[9] Vidal y De la Maza (2014), pp. 19-23. Sobre esta cuestión, en profundidad, De la Maza y Vidal (2018), pp. 182-190. En el mismo sentido, incluso para fundar, desde la regla de previsibilidad, la culpa del acreedor en el daño, véase San Martín (2017), en especial p. 603 ss.; Schopf (2018), pp. 118-120.

[10] Brantt (2010), p. 87. Con una óptica distinta, relativa al tipo de objeto pactado, véase el interesante análisis de Mejías (2011), p. 101 ss.

determinada la dimensión de las obligaciones accesorias que han nacido a consecuencia del acuerdo. En este sentido, Luis Díez-Picazo enseña:

> "la doctrina ha hablado de interpretación integradora cuando, siendo la declaración de voluntad clara, presenta lagunas y hace necesaria una reconstrucción conjetural de la declaración"[11].

Dicha labor de integración, como ya indicamos, se realiza con recurso a la regla de la buena fe como patrón de comportamiento leal y correcto en la ejecución contractual, cuestión reconocida en la doctrina.

Desde nuestro sistema, dicha función integradora se realiza en función del art. 1546 del *Código Civil*. Los contratos, dice la norma, deben ejecutarse (no solo cumplirse), de buena fe y, por consiguiente, obligan a lo pactado, y a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella. Pero es la misma disposición la que señala los límites de la integración: la buena fe, en nuestro derecho, no es un recurso autónomo de integración. Así, la integración es permitida en la medida que se practique en relación de aquellas cosas que pertenecen a la naturaleza de una obligación pactada o que pueden incorporarse por ley o en razón de la costumbre. Y, así entre nosotros, la función tiene claros límites específicos, teniendo presente, en primer término, la propia estructura o naturaleza de la obligación contraída. Se trata, pues, como se advierte, de precisar los alcances de una obligación pactada, no de crear autónomamente otra distinta, por mucho que se vincule con la primera[12].

De conformidad a lo anterior, es perfectamente plausible suponer que el banco compromete respecto de su cliente un deber de seguridad que aun cuando no se pacte de forma expresa es posible vincularlo a sus prestaciones contractuales. Dicho deber puede ser construido –o integrado– desde la buena fe, tal como expusimos, o, incluso, en el propio tenor literal de la Ley n.º 19496, toda vez que el art. 23 lo ordena a través de un imperativo que la institución financiera no puede soslayar.

Expuesto lo indicado, aproximémonos al régimen de responsabilidad civil que rige al banco, en materia daños derivados por los fraudes informáticos antes referidos. Si bien hemos defendido la idea que la relación banco, cliente se enmarca entre los linderos del derecho del consumo, consideramos importante examinar cual es el estatuto de responsabilidad que debiera ser activado en el propósito de perseguir la declaración de responsabilidad civil que quepa a la entidad bancaria. El punto evocado obedece a una cuestión que no advierte discusión ni tratamiento entre nosotros.

---

[11] Díez-Picazo (2007), p. 508.

[12] Véase, en este sentido, Tapia (2015), p. 546 ss.

B. Régimen de responsabilidad civil: una propuesta unitaria

Es innegable que los daños causados al consumidor, cliente del banco, derivados de fraudes informáticos, pueden ventilarse en el ámbito contractual. La responsabilidad contractual, en el sentido propio del término, queda circunscrita al incumplimiento de obligaciones derivadas de contratos[13].Un régimen de responsabilidad contractual excluye, en principio, la aplicación de las reglas de responsabilidad aquiliana[14]. Ahora bien, dado que el contrato determina una órbita de riesgos ya asumida por los contratantes[15], el ámbito de la reparación está limitado a lo que las partes previeron a la época de celebración del contrato[16]. Como afirma John Fleming, mediante el contrato, se trata de promover una voluntaria asignación de riesgos en una sociedad que se autorregula libremente, mientras que en la responsabilidad extracontractual se asignan riesgos, de acuerdo con las valoraciones de la comunidad, por decisión de los tribunales o la ley[17].Pero la delimitación de la responsabilidad contrac-

[13] En este sentido, Barros (2007), pp. 724-725; Vidal (2011), p. 764. En un sentido técnico, la noción de incumplimiento solo puede asociarse al incumplimiento de una obligación y nunca a la insatisfacción de una carga o de un deber (que, en el derecho italiano, se denomina *obblighi*, para diferenciarlo con la *obligazione*. Véase, por todos, Bianca (2018), pp. 3-4.

[14] Aedo (2018), p. 621 ss.

[15] Brantt (2010), p. 86 ss.; Mejías (2011), pp. 96-97. Como señala Neme (2018), pp. 112-113: "La capacidad de adaptación del contrato se extiende hasta los imprecisos terrenos del riesgo que habrán de asumir los contratantes en conformidad con el equilibrio económico del contrato. Aun en los eventos de riesgo extraordinario que no pueden resolverse a la luz de las condiciones pactadas originalmente, y que exigen, por ende, una recomposición del equilibrio del contrato, la propia estructura contractual nos orienta, pues permite establecer unas relaciones de coordinación y complementariedad entre los riesgos típicos de la actividad, las previsiones expresadas de las partes relativas a la asunción de riesgos, y, en particular, la delimitación del álea normal del contrato, las relaciones de las partes…".

[16] La delimitación de los daños contractuales, con claros precedentes en el derecho romano y el antiguo derecho francés, se introdujo en la mayor parte de los C*ódigos* decimonónicos de la familia del francés. En principio, el C*ódigo Civil* francés que, en su actual redacción, contempla la limitación de los daños reparables a los previstos a la época de celebración, en el actual art. 1231-3 es un criterio que se ha sostenido hasta los instrumentos europeos de unificación más modernos. Entre los instrumentos europeos, pueden mencionarse los Principios Europeos de Derecho de Contratos, art. 9:503; el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, DCFR, III. 3:703. También se acoge la regla en los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos, PLDC, art. 107. En el C*ommon Law*, también se indemnizan, como daños, por regla general, las pérdidas económicas derivadas del incumplimiento, atendida la protección de lo que Fuller y Perdue denominan confianza esencial. Véase también, Cartwright (2019), pp. 389-392 y Burrows (2019), pp. 91-97; 105-106.

[17] Fleming (1987), p. 2. Véase también Cartwright (20199), p. 121.

tual y extracontractual, fundada en el riesgo, importa, como condición, que las partes se encuentren en una genuina de posición de distribuir sus riesgos[18]. El presupuesto es, por consiguiente, una relativa igualdad de las partes, al menos formal, que suponga un igual acceso a la información y a las condiciones de contratación[19]. Ello justifica en las codificaciones, incluso en aquellas que se han introducido recientes reformas, la mantención de los principios de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y del *pacta sunt servanda*[20].

En nuestro entender, el fenómeno contractual moderno se aleja, en amplios campos de la actividad social, de los idearios contractuales de la codificación[21]. Esta cuestión es de vital importancia en el tema que analizamos. En efecto, si las partes no están en posición de distribuir riesgos, la distinción entre los regímenes se vuelve difusa, pues la víctima obtiene similares resultados, en términos de daños indemnizables[22]. Por ello se ha venido alegando por una parcial asimilación[23]. Es lo que acontece en el derecho chileno, donde hay ámbitos en que, por la asimetría técnica o económica, se abre paso a

[18] Alpa, Bessone, Roppo (1982), p. 284.

[19] Véase, para esta cuestión, Bernad (2019), pp. 16-21.

[20] Véase, por ejemplo, para la reforma al *Código Civil* francés, Taisne (2019), pp. 27-28. Para el derecho europeo, véase el análisis de Schulze (2017), pp. 117-120.

[21] Para esta cuestión, en el derecho chileno, véase especialmente Isler (2019), pp. 67-70. Para el derecho de consumo como remedio al desequilibrio contractual en el ámbito europeo, Schulze (2017), pp. 121-123.

[22] Es lo que hemos sostenido en Aedo (2018), p. 649; 651. Véase, también Miquel (2015), vol, i, p. 180.

[23] Como afirma Mariano Yzquierdo: "Yo pienso que es cierto que el contrato supone este estatuto específico de distribución de riesgos entre las partes que lo celebran (cada uno, se dice, tiene el deudor que quiere tener; y sabe, o tiene ocasión de saber, en manos de quién coloca sus intereses) que lo diferencia, por lo pronto, de todo cuanto sucede en la responsabilidad extracontractual. Y ese específico régimen de distribución de riesgos determina un régimen concreto de responsabilidad que encuentra su origen en la autonomía de la voluntad. Pero ello no siempre es así: el panorama contractual de nuestros días se ve presidido por multitud de cauces contractuales en los que los contratantes (o mejor, uno de ellos) no tiene precisamente mucho tiempo para reflexionar. Contratos de adhesión, cláusulas predispuestas, condiciones generales... presentan un estado de cosas en el que la autonomía de la voluntad no brilla tan luminosamente como lo hacía en la época de en la que el Código civil vio la luz. Y entonces, muchas veces es difícil encontrar justicia del resultado que se obtiene con bastantes de las diferencias de trato". Véase, Yzquierdo (2019), p. 107. En otro trabajo suyo, ha señalado: "Cuando los contratantes tienen ocasión de pactar, de asumir los riesgos conscientemente, de 'verse las caras', en una palabra, la regulación por ellos querida desplazará a las normas extracontractuales; y allí sí es lógico seguir manteniendo la dualidad de sistemas (aunque no, desde luego, con tantas y tan abrumadoras diferencias como las que a diario se pueden constatar (...) Pero tanto más nos alejamos del modelo de la autonomía contractual, tanto más recomendable será unificar las esferas, no ya sólo desde el punto de vista metodológico, sino también en orden a las consecuencias prácticas". Véase Yzquierdo y Pirozzi (2016), p. 140.

admitir la existencia de un régimen unitario o, bien, una franca opción para la víctima[24]. Se estima, por consiguiente, que el contrato no garantiza suficientemente la justicia del vínculo, debiendo introducir ciertas correcciones que tiendan, como hemos dicho, más allá de las reglas de consumo, una cierta equivalencia en las posiciones contractuales[25].

En la materia que analizamos la situación no es diferente. Conforme a ello, bien puede afirmarse que, en las relaciones de consumo, y en especial en el vínculo núcleo de este trabajo, el esquema de responsabilidad civil tiene carácter unitario, por cuanto, por un lado, se rige por reglas especiales y, por otro, pues en aquello en que deba recurrirse a las reglas del *Código Civil*, los resultados en términos de la evaluación del comportamiento (culpa, causalidad), o de la reparación del daño, son equivalentes.

C. *Una mirada unitarista: un balance de riesgos, y su lectura por el derecho sectorial (*Boletín *n.º 11.708-03)*

C.1 En cuanto al balance de riesgos

Bien se trate de un régimen unitario o, bien, de un régimen de responsabilidad contractual, que autoriza a la víctima a demandar conforme a las reglas de la responsabilidad aquiliana, los resultados de la ponderación de culpa y de causalidad son análogos, ya lo esbozamos. Así, la culpa, en responsabilidad extracontractual, surge como violación de un modelo o estándar, lo que permite

[24] Es lo que ocurre, por ejemplo, en materia de accidentes de trabajo. Si demanda el trabajador, se ha entendido que el régimen es el contractual, por cuanto el deber de seguridad se incorpora a la relación laboral y ello sin perjuicio del cúmulo que la doctrina admite en este caso. Es posición uniforme de varias Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema. Aquí algunos ejemplos: Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de marzo de 1999, p. 175; Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de marzo de 2000, p. 159. Más modernamente, Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 16 de abril de 2007; Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 26 de octubre de 2011 (entendió que la firma del finiquito, liberaba al empleador de indemnizar por accidentes de trabajo). Sin embargo, desde temprano, la doctrina chilena había abogado por un régimen unitario. Véase, por todos, Díez (2003), pp. 77-78. Otro ejemplo importante es la responsabilidad que deriva de la ruina de un edificio por vicios en la calidad de lo construido. La segunda órbita de responsabilidad, por ruina de edificio, está regulada en el art. 2324. Aquí la responsabilidad se configura en cuanto la ruina provenga de un vicio de la construcción y aplica, de modo directo, el régimen de responsabilidad contractual. Por tanto, a efectos del *Código Civil*, los deberes de cuidado son análogos en ambos regímenes. Enrique Barros, Hernán Corral y Jorge Wahl, consideran que, por esta razón, en esta materia los daños quedan sujetos al mismo régimen de responsabilidad civil extracontractual, comportándose este como un régimen unitario. Véase Barros (2020), p. 836; Corral (1996), p. 53; Corral (1999), p. 34; Wahl (2006), pp. 18-19.

[25] Véase, por todos, Gómez (2018), pp. 25-27; Risolia (1958), pp. 124-125.

reflexionar sobre la función dogmática del mismo[26]. Aquello, pues, si en efecto, no estamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en definitiva –como hemos analizado de forma profusa en otro lugar– ello significa que la culpa no es un criterio de imputación que sea ajeno al riesgo, sino que este supone un balance del mismo[27]. De esta manera, el estándar de conducta medio, que supone la denominada regla de comportamiento, implica una delimitación entre los ámbitos de control del potencial autor del daño y el ámbito en el cual la propia víctima debe asumir medidas de precaución.

Atendida la función propuesta para la culpa, tanto un sistema fundado en ella como de responsabilidad estricta, distribuyen y se fundan en el riesgo, pero lo hacen de modo diverso. Así, frente al desarrollo de determinada actividad, estaremos frente a una responsabilidad estricta siempre que la totalidad de los riesgos sean asumidos por el autor del daño; por el contrario, la víctima no tiene posibilidad de asumir medidas de cuidado o estas son marginales[28]. Ello explica que la responsabilidad estricta se consagre así en actividades en las que el potencial riesgo es inherente a la actividad[29]. Nils Jansen

[26] Según Enrique Barros, la tendencia del derecho comparado es considerar bien las expectativas recíprocas de comportamiento, bien el cuidado exigido a una persona razonable enfrentada en las mismas circunstancias, lo que le conduce a estimar que no puede haber otra conclusión que considerar el patrón de la culpa leva, consagrado en el art. 44 del *Código Civil*. Ahora bien, en afinidad con toda la doctrina chilena, el autor entiende que en la construcción del modelo es esencial la consideración de las circunstancias extrínsecas (lugar, medios, riesgos, costos, naturaleza de la actividad emprendida, derechos e intereses en juego). En cambio, en principio, considera que las circunstancias especiales del sujeto, aun aquellas que se discuten (como la edad, el sexo o las cualificaciones profesionales), porque, de ese modo –explica– se corre el peligro de crear un estatuto de responsabilidad diferenciado según el sujeto. Como el derecho civil y el sistema de responsabilidad se basan en la igualdad, cada sujeto debe soportar sus propias debilidades (aunque en el supuesto de debilidades emocionales y psicológicas, puede ocurrir –según el autor–que la responsabilidad sea del autor del daño). Por eso entiende que, si bien es cierto el modelo es abstracto, su determinación es en concreto, especialmente cuando la determinación del modelo la realiza el juez. Véase Barros, (2020), pp. 84-89; 105-107.

[27] Un análisis extenso de la culpa como criterio de distribución de riesgos, en Aedo (2018), pp. 342-350. Antes, en Aedo (2014), p. 705 ss.

[28] Véase Papayannis (2012), pp. 704-705. Ideas similares ha expresado para el Derecho chileno, Pino (2011), p. 23.

[29] Así se consagra, por ejemplo, en los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. La Norma fundamental, art. 1: 101, señala: "(1) La persona a quién puede imputar jurídicamente el daño sufrido está obligada a repararlo. (2) En particular, el daño puede imputarse a la persona: a) cuya conducta culposa lo haya causado; o b) cuya actividad anormalmente peligrosa lo haya causado; o c) cuyo auxiliar lo haya causado en el ejercicio de sus funciones". A su turno, el capítulo 5º trata la Responsabilidad Objetiva, y la regula, en el art. 5:101, para actividades anormalmente peligrosas, en los siguientes términos: "(1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico

considera, así, que la culpa es inadecuada para resolver aquellas hipótesis en las que no existe ninguna infracción al deber de cuidado, como en el famoso caso Bolton vs Stone, resuelto en Inglaterra[30].Por su parte, la responsabilidad estricta está limitada a los sucesos inevitables, con lo que se aproxima a la responsabilidad por culpa[31]. Es decir, siguiendo en este punto a Enrique Barros, las diferencias entre un sistema por culpa y otro de responsabilidad estricta radica en el enfoque: mientras el régimen de culpa –aunque presunta– se focaliza en la conducta del agente, la responsabilidad estricta atiende al defecto de unidad que resulta de la actividad[32].

Si la culpa es un criterio de distribución de riesgos, ello quiere decir, por la misma estructura del factor de imputación, que hay un camino cuantitativo hasta la responsabilidad estricta. También implica que, atendida la flexibilidad del estándar, las cuestiones relativas a la relación con la víctima son relevantes; en otras palabras, desde luego, pensamos, que puede exigirse un estándar más riguroso de culpa leve a quienes detentan un deber de garante respecto de terceros[33]. Estas son las variables con las que debe ponderarse el

del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella. (2) Una actividad es anormalmente peligrosa si: a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común. (3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo. (4) Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional".

[30] Véase Bolton vs Stone (1951) AC 850. En el caso en cuestión, la demandante Bessie Stone, se encontraba en la calle, delante de su casa, momentos en el que fue alcanzada por una pelota de criquet, la que inusualmente saltó la valla de seguridad, causándole serios daños físicos. Pese a que la demandada demostró que la valla era propia que no resultaba razonable exigirle la construcción de otra más alta, además de demostrar la no ocurrencia de accidente de esa naturaleza en los 85 años de existencia de la compañía, no era justo que la víctima quedase sin indemnización alguna, condenando el pago de la misma.

[31] Jansen (2003), pp. 4-8.

[32] Barros (2020), p. 448 ss. Como el autor dice: "La responsabilidad por culpa tiene un elemento objetivo que la aleja del reproche personal; pero esa objetividad es radicalizada en el caso de la responsabilidad estricta, porque ésta no siquiera requiere que la conducta sea objetivamente reprochable".

[33] Es lo que habíamos sostenido en Aedo (2018), pp. 359-360. Allí, a propósito del fallo de la Corte Suprema, de 10 de octubre de 2013, que hizo responsable al municipio por falta de servicio, como consecuencia de los daños sufridos por un alumno al interior de una escuela, señalamos: "El fallo es interesante, además, por dos razones. En primer lugar porque la Corte refuerza la idea de que en la culpa, hay necesariamente una evaluación de los riesgos, pero además, porque en la medida que la víctima se encuentra sujeta a un deber de seguridad, el estándar de cuidado, aun cuando medio, debe ser considerado en términos más rigurosos". Una idea similar hemos sostenido en Munita (2019), p. 1118 ss.

deber de seguridad de la institución bancaria. Estamos frente a una relación entre un empresario y un consumidor, de carácter asimétrica, pero en caso alguno puede admitirse que se siga desde ahí una responsabilidad estricta. Ciertamente, es la institución bancaria la que deberá asumir mayores riesgos, pero conforme a un estándar de comportamiento asociado a la actividad.

Como señala de manera acertada Julio Alvear:

> "ha existido en la banca chilena una nociva tendencia a 'endosar' a los clientes radios de responsabilidad que, en realidad, a ella le corresponden. En principio, es la banca la que debe proveer de medidas de seguridad en sus propias operaciones, acordes con los avances tecnológicos del presente"[34].

Por nuestra parte, en otra palestra hemos sostenido:

> "no es argumento suficiente, en la línea de desestimar la pretensión del vulnerado, la mera afirmación invocada por el recurrido, relativo a que la transferencia se habría verificado en la órbita de un virus informático ajeno al banco o de las coordenadas de transacción propias del cliente"[35].

Aquello nos permite interrogarnos, ¿le es imputable al banco la ineficacia del sistema de transferencias seguras? Pensamos que sí, aunque nuestra postura no debe ser entendida, como hemos dicho, como reflejo de una responsabilidad sin culpa o estricta u objetiva. Fundamos nuestra opinión tanto en el derecho común como en la jurisprudencia. Una rápida lectura al art. 1547 del CC nos advierte que la culpa en el cumplimiento de las obligaciones, a saber, en este caso, la de seguridad y vigilancia, es posible presumirla. De tal manera que es al banco a quien le cabe demostrar su diligencia. Por lo demás, en relación con el art. 1546 del CC, es posible considerar que es la buena fe la que habilita al cliente a exigir un riguroso cumplimiento de la obligación de seguridad que pesa sobre la entidad bancaria, idea que ya presentamos. Con todo, el análisis es más complejo tal como analizaremos.

Lo que ofrece el banco *in abstracto* es un servicio esencialmente seguro y confiable, que frente al acto de *phishing* o de *pharming*, revela ineficacia. Lo importante resulta determinar, no obstante, si el defecto le es o no imputable, o, dicho en otras palabras, si una eventual culpa del usuario podría configurar un argumento plausible en favor del banco. En síntesis, la víctima atribuirá al banco un defectuoso servicio de Internet; mientras que la entidad, pretenderá descargar en la víctima su responsabilidad, enfocando el infortunio en el

[34] Alvear (2019).

[35] Mendoza y Munita (2019).

manejo descuidado de claves o contraseñas[36]. El problema queda, entonces, reducido a una cuestión de *onus probandi*, que debe pesar sobre el banco. Por otra parte, la infracción al deber de seguridad a título de imputabilidad puede igualmente ser revisada desde la perspectiva de la causalidad y, en particular, de la tesis de la imputación objetiva. Lo anterior, ya que, al no detectarse a

[36] Conforme lo dicho, las entidades bancarias han intentado descargar su negligencia en el cumplimiento de la obligación de seguridad, en la culpa del usuario, aunque aquello no ha resultado ser un camino siempre provechoso para ellas por cuanto, tal como se lee en otra sentencia: Corte Suprema, 9 de julio de 2019, rol n.° 32.864-2018: "...lo que sumado a la falta de habitualidad de las operaciones que se ejecutan de forma inmediata y una dirección IP disociada a las usadas habitualmente por el cliente, permiten descartar que los hechos se han debido única e inequívocamente a una actividad dolosa o negligente de su parte. Además, las obligaciones de monitoreo y control de fraudes recaen expresamente en la institución recurrida, donde los patrones de conducta del cliente son elementos de juicio para la determinación de una operación engañosa, cuestión que fue observada en el informe de liquidación indicado, agregado a instancias de esta Corte como medida para mejor revolver; y, por último, la obligación de vigilancia y el análisis de la correlación de eventos supone evaluar restricciones en número y monto en nuevas operaciones de transferencia electrónica justamente con la función de cautela que la normativa reseñada otorga a las instituciones bancarias, por lo que, una vista general de las operaciones del cliente en la cuenta corriente respectiva otorgan verosimilitud a la intervención de terceros en los sistemas de seguridad que otorgó la recurrida (7°) y, luego: "Que, además, si bien los operadores bancarios a través de transferencias electrónicas deben, en la actualidad, confirmar en forma previa la ejecución de un traspaso de fondos la existencia efectiva de recursos o eventualmente créditos disponibles, resulta del todo necesario que a partir de determinados montos preestablecidos por la propia banca, estas operaciones se lleven a cabo y concreten en forma escalonada, mediando un tiempo prudencial de espera que ratifique, confirme o verifique la autenticidad de dicha operación, ejecutada a través de este medio. Lo anterior permite mitigar los riesgos y disminuir la eventualidad que los canales electrónicos de efectos instantáneos se puedan transformar en vehículos idóneos para facilitar el enriquecimiento indebido de beneficiarios carentes de toda legitimación en perjuicio de clientes y del producto al que acceden para llevar a cabo esta transacción" (8°). Lo anterior, ha sido igualmente reconocido en otro pronunciamiento (Corte Suprema, 9 de julio de 2019, rol 31.744-2018) en los siguientes términos: "Que, teniendo presente los hechos asentados resulta que se advierte que la operación cuestionada se realizó fuera del espacio habitual de operaciones del cliente, lo que sumado a la falta de habitualidad de las operaciones que se ejecutan de forma inmediata y una dirección IP disociada a las usadas habitualmente por el cliente, permiten descartar que los hechos se han debido única e inequívocamente a una actividad dolosa o negligente de su parte./ Además, las obligaciones de monitoreo y control de fraudes recaen expresamente en la institución recurrida, donde los patrones de conducta del cliente son elementos de juicio para la determinación de una operación engañosa, cuestión que no fue informada en detalle por el Banco recurrido, pero sí advirtió que la IP no corresponde al lugar de operación del reclamante. Sobre la institución bancaria recae la obligación de vigilancia y el análisis de la correlación de eventos y seguridad de las operaciones, por lo que, una vista general de las operaciones del cliente en la cuenta corriente respectiva otorga verosimilitud a la intervención de terceros en los sistemas de seguridad que otorgó la recurrida" (7°).

tiempo que quien está ordenando una o varias transferencias no es el usuario, debido a un deficiente cumplimiento obligacional, se está incrementando el riesgo por quien debe cumplir de forma cabal una obligación de garante[37].

Lo expuesto en los párrafos anteriores motiva la reflexión sobre el estándar de diligencia que debe observar la entidad bancaria, en cuanto se refiere al cumplimiento de su deber de seguridad en la administración de portales virtuales, esto es, con la certeza (en el concepto de confianza) que representa para el cuentacorrentista, que la plataforma desde la cual se le está solicitando su información es autorizada por el banco, como además que este dispone de la tecnología adecuada para evitar actos fraudulentos; así como, en la autorización de movimientos dinerarios a requerimiento de sus clientes (reales o aparentes).

En la línea de permitir al banco por defenderse argumentando la culpa del cuentacorrentista, también se pronuncia Feliciano Tomarelli quien postula que, en caso de acción indemnizatoria por los daños contractuales ocasionados por el fraude, es posible distinguir el recurso a una responsabilidad solidaria entre cliente y tercero; así como una responsabilidad simplemente conjunta entre ellos. El punto de separación se funda en el dolo o culpa grave del cuentacorrentista, situación que motivaría la aplicación del inc. 2° del art. 2317 del *Código Civil*; mientras que si la culpa no es considerada como grave la obligación de indemnizar sería solo conjunta o mancomunada, según el art. 1533 del CC[38].

Si bien la idea de fondo es razonable y la suscribimos, nos parece pertinente sostener que la responsabilidad de los bancos, en cuanto al cumplimiento de su deber de seguridad (obligación de medios)[39], debe ajustarse a

[37] En este sentido, la jurisprudencia (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 15 de marzo de 2019, rol Corte n.° 2032-2018 se ha manifestado en esta línea en los siguientes términos: "...que cada vez que las instituciones bancarias o financieras ofrecen a sus clientes la posibilidad de desarrollar por vía electrónica operaciones de transferencias de fondos u otras, se asume que aquéllas deben asegurar sus fines sustrayendo de cualquier menoscabo a quienes, guiados por los beneficios de rapidez y precisamente mayor reserva y seguridad, deciden utilizar estos métodos. Por lo mismo el Banco debe asegurar que las operaciones de que se trata solo puedan ser realizadas por personas autorizadas para ello, cuestión que en la especie no ha ocurrido" (10°). Lo mismo se aprecia en otra sentencia (Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 11 de abril de 2019, rol 27-2019), tal como sigue: "...frente a la existencia de un fraude es la parte recurrida la engañada, pues se le ha hecho creer que el cliente ha efectuado libremente operaciones con cargo a su tarjeta. De lo dicho, se concluye que el Banco no puede excusarse en el uso irregular de las claves secretas por parte del cliente para no restituir los fondos sustraídos ilícitamente, puesto que le corresponde contar con las medidas de seguridad que permitan mantener a buen recaudo los fondos de esos clientes".

[38] Tomarelli (2019).

[39] Cfr. Arancibia (2017), pp. 127-131.

estándares de negligencia que deben ser valorados por el juez, es él quien determina el estándar exigible. Dicha valoración no habilita a considerar que la responsabilidad sea parametrizada en razón de una culpa levísima ni menos, de acuerdo con un esquema estricto o sin culpa. El umbral, entendemos es el del buen padre de familia, esto es, el de la culpa leve[40], aunque aplicado a un profesional experto en el área, de manera que necesariamente, el aludido razonamiento debe hacerse cargo de la profesionalidad del banco, definiendo el estándar según aquel. Por otra parte, bien hemos dicho que la culpa del cuentacorrentista puede de igual forma ser invocada por la entidad bancaria. En este aspecto, es del caso mencionar que no cualquier negligencia habilitaría la descarga de responsabilidad del banco, la culpa aquí también debiera ser entendida como leve, pues ambas partes en el contrato de cuenta corriente obtienen beneficios.

Debe, en todo caso, indicarse que no pueden ser exigidas al cliente bancario medidas de cuidado que vayan más allá de las ordinarias; no debemos olvidar que la relación contractual entre banco y cliente es asimétrica. Así, el banco criticablemente pudiera, por ejemplo, desvirtuar la acción del cliente, pretendiendo hacer valer el descuido de este; en circunstancias que los movimientos bancarios fraudulentos que luego se realizaron carecieron de la habitualidad acostumbrada en una época en la cual se verificaron otros eventos de similares características en la misma plaza; mientras que si pudieran colaborar en el cometido, la realización de transferencias bancarias desde computadores desprotegidos, o la comunicación de coordenadas frente a requerimientos envueltos en precarios modelos de *phishing* o de *pharming*. Más allá, dicha culpa también debiera ser valorada por el tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin dejar de considerar que el cuentacorrentista goza de una presunción de diligencia que debiera ser desvirtuada por el banco.

El contexto, a su turno, implica reconocer que Internet constituye un riesgo en sí, y cabe a la parte fuerte en el vínculo de consumo implementar un estándar de diseño adecuado en los mecanismos establecidos para el requerimiento de la información confidencial de parte del usuario. Luego, la entidad no debe desentenderse *a priori* de la cuestión relativa al Internet de las cosas (en el sentido en que de cada objeto virtualmente organizado es posible extraer datos personales)[41], y en evitar proyectar que la red constituye un mecanismo apto para vulnerar confidencialidades e ingresar en la vida privada de las personas. De aquí que no sea un seguro el que incorpore el pretendido deber en la esfera contractual, pues este es una consecuencia natural, y nada forzada, del acuerdo; y la exoneración del banco justificada

[40] Véase *op. cit.*, pp. 131-134.

[41] Llaneza (2018).

en la voluntad del consumidor manifestada en una cláusula del contrato de cuenta corriente, sea estimable como abusiva y, por tanto, considerable como no escrita. En fin, todas estas aristas específicas de diligencia exigida a la entidad bancaria se resumen en el moderno principio de "la seguridad desde el diseño"[42], entendido como la obligación que pesa en quien desarrolla la tecnología (en este caso el banco) de asegurar que los datos entregados al alero de la misma no sean obtenidos por terceros para usos ilícitos. Esto es así, pues no es lejano al sentido común afirmar que un banco dispone de acceso a especiales y modernos mecanismos de protección, en el sentido de cautelar desvíos de fondos en los que no intervenga la voluntad del cliente, aspecto que no debe olvidarse.

Un fallo[43], que podemos entender como aplicable en su fundamento (aun cuando los hechos no son exactamente los mismos, ya que versa sobre giros *fraudulentamente efectuados desde la cuenta corriente de la denunciante y demandante, mediante el retiro de dinero a través de cajeros automáticos instalados en el país y en el extranjero* se sirvió del art. 23 para condenar al banco, ordenando:

> "Los giros fraudulentamente efectuados desde la cuenta corriente de la denunciante y demandante, mediante el retiro de dinero a través de cajeros automáticos instalados en el país y en el extranjero, constituyen desde el punto de vista del prestador del servicio la infracción del artículo 23 de la Ley Nº 19.496, pues se ha vulnerado la garantía y el debido cuidado en la prestación del servicio contratado, ya que es obligación del banco resguardar debidamente el dinero del cuentacorrentista, para evitar que éste sea sustraído por terceros, utilizando los sistemas informáticos existentes para ese fin. Si bien todo sistema informático es vulnerable, lo cierto es que el prestador, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, debió al menos detectar de inmediato el mal uso que se estaba haciendo de la cuenta corriente de la denunciante y demandante, desde que –en la especie– en un mismo día se efectuaron varios giros, sumas por las cuales el banco cargó la comisión correspondiente y dentro del país, retiros que exceden el máximo diario permitido conforme a la propia reglamentación del sistema bancario" (3°);

y más abajo disponiendo:

> "...la querellada contravencional, infringió el deber establecido en el artículo 23 de la Ley Nº 19.496, ya que no prestó el servicio comprome-

[42] Barrios (2018), pp. 90-91.

[43] Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de julio de 2013, rol 97-2013.

> tido en forma eficiente y segura, tomando, como le correspondía, todas las providencias necesarias a fin de no causar menoscabo económico al usuario del servicio" (4°).

Con base en lo anterior, creemos que no parece razonable cargar sobre los consumidores la vigilancia de sus cuentas bancarias, pues la entidad debe disponer de alertas efectivas en el cometido de detectar el fraude. Por lo demás, no debe olvidarse que la figura dolosa normalmente no se revela a través de actos singulares, sino que, más bien, plurales en un determinado espacio de tiempo, tal como evidencia la sentencia que venimos de citar[44].

Podemos demostrar, entonces, que el argumento favorable al cuentacorrentista, desde la perspectiva del estatuto del consumidor, existe y se ha invocado. El análisis jurisprudencial, según hemos expuesto, permite detectar sentencias en que nuestros tribunales superiores de justicia adoptan una postura favorable a la tutela del interés que el cuentacorrentista estima como vulnerado[45]. Elemento esencial del análisis, es el incumplimiento de la

[44] El criterio también se aprecia en otro fallo (Corte de Apelaciones de Temuco, 10 de marzo de 2014, rol 143-2013) que resolvió en términos igualmente favorables para el consumidor; ordenándose: "Los giros fraudulentamente efectuados (...) constituyen desde el punto de vista del prestador del servicio la infracción establecida en el artículo 23 de la Ley N° 19.496, desde que se ha vulnerado la garantía y el debido cuidado en la prestación del servicio contratado, ya que es obligación del banco resguardar debidamente el dinero del cuenta habiente, de manera tal de evitar que éste sea sustraído por terceros, utilizando los sistemas informáticos existentes para ese fin. Si bien es cierto todo sistema informático es vulnerable, como lo demuestra la ocurrencia diaria de defraudaciones a los sistemas digitales, electrónicos u operables con tarjetas magnéticas, el prestador, en este caso, el banco denunciado, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, debió al menos detectar el mal uso que se estaba haciendo de la cuenta de la denunciante. No debe olvidarse que los hechos referidos tuvo (sic) lugar entre los días 30 de julio de 2012 a 01 de agosto de 2012, fecha en que se sucedieron masivos fraudes bancarios en la ciudad de Temuco, por lo que con mayor razón la entidad bancaria debió estar alerta y emplear el máximo cuidado en el resguardo y custodia de los haberes de sus clientes (3°); sosteniéndose además: "...la querellada contravencional, infringió el deber establecido en el artículo 23 de la Ley N° 19.496, ya que no prestó el servicio comprometido en forma eficiente y segura, tomando, como le correspondía, todas las providencias necesarias a fin de no causar menoscabo económico al usuario del servicio. En tal sentido cabe recordar que el Banco querellado y demandado tiene respecto de la querellante y demandante, la obligación de custodia y de restitución. En tal sentido, ambas obligaciones han sido infringidas por el Banco (...) toda vez que no ha guardado y conservado la cosa objeto del depósito (...) También el banco depositario ha incumplido su obligación de restitución, la que implica restituir la cosa cuando el depositante, sus herederos o la persona designada en el contrato lo soliciten (...) (4°).

[45] Entendiendo, incluso, que el verdadero afectado por el fraude es el mismo banco, cfr. Corte Suprema, 29 de mayo de 2019, rol 29892-2018. De la sentencia se desprende respecto de un caso de fraude, que para establecer la identidad jurídica del contrato de cuenta corriente bancaria habrá que visualizar el de depósito, vínculo definido en el art. 2211 del CC, y que

obligación de seguridad que cabe al banco, el cual se debe presumir, como ya hemos indicado, aunque sin que aquello suponga una responsabilidad ciega a cargo de la entidad bancaria, en el sentido que nada impide que aquella deduzca una acción contractual de perjuicios contra el mismo cliente negligente o doloso o, incluso, una acción de responsabilidad extracontractual de daños contra el tercero que provocó la maquinación fraudulenta causante de la comunicación de claves[46].

se encuentra recogido en el art. 40 de la Ley General de Bancos. Si bien la primera de las normas se refiere a la obligación del depositario de guardar y de restituir en especie aquella cosa corporal objeto del contrato, la naturaleza del bien depositado, el dinero, implica liberar al depositario de la obligación de restituir exactamente el mismo bien. Dicha obligación solo existiría si el depósito de dinero fuera en arca cerrada, cuya llave la tuviera el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura (a la luz del art. 2221 del CC en relación con el art. 2228 del CC), cuestión que no se da en los hechos. De aquí que el banco no sea mero tenedor del dinero, sino que dueño de este, en atención a que el contrato celebrado representa un título traslaticio de dominio; algo similar sucede con el cuasiusufructuario. El depósito es, entonces, de naturaleza irregular. El punto en mención se aprecia refrendado por el indicado art. 40, en el cual el legislador indica de forma expresa que con dichos dineros depositados el banco puede realizar actos de intermediación financiera, con tal que, según lo ordena el art. 1° del DFL n.° 707 del 7 de octubre de 1982, la entidad cumpla las respectivas órdenes de pago de parte del titular de la cuenta corriente, hasta la concurrencia de dichas cantidades. En razón de lo expuesto, la Corte Suprema acierta al ordenar, en el considerando quinto: "que, dicho lo anterior, indudablemente la obligación esencial del banco es la restitución de las sumas depositadas, esto es, la misma cantidad de dinero que ha recibido, aunque no se trate de las mismas monedas y billetes, por cuanto se trata de un depósito de cosas fungibles, cuya propiedad, como antes se ha señalado, adquiere este". Con base en lo mencionado, el segundo argumento se refiere a la participación del bien sustraído en una especial clasificación de bien. El dinero obedece a una cosa fungible y, en consecuencia, con vocación a confundirse con otros bienes de idéntica nomenclatura, que como dijimos, una vez depositado por el cuentacorrentista ingresa en propiedad al patrimonio del banco. De aquí que el art. 575 del CC ordene: "Las especies monetarias en cuanto perecen para el que las emplea como tales, son cosas fungibles". Luego, el dinero sale del patrimonio del cliente con motivo del contrato e ingresa en el del banco. Así, el desvío fraudulento, de afectar a un patrimonio, este no es otro que el del banco, pues, aunque se nos venga a la mente el aforismo que "las cosas perecen para su dueño", en estricto rigor, el género no perece, por lo que no libra al banco de la obligación esencial de restituir el depósito. Por otra parte, en términos de la Corte, dicha circunstancia (el depósito) "fuerza a concluir que en definitiva el único y exclusivo afectado por el engaño referido es el banco recurrido, dada su calidad de propietario del mismo (considerando quinto)". Más allá, la obligación de restituir no cesa por un motivo como el expuesto, siendo correcto entender que la implementación de medidas de seguridad en lo que transferencias contra la voluntad del cuentacorrentista se refiere, sea de resorte de la entidad. La Corte Suprema no lo desconoce en el cometido de fundar su criterio, incluso ya había recurrido a dicho razonamiento en un anterior pronunciamiento concerniente a hechos similares (rol 29635-2018, de 13 de marzo de 2019). Así lo expusimos en Mendoza y Munita (2019).

[46] Sobre esta idea, cfr. Corral (2019).

C.2 La lectura del problema por el derecho sectorial (*Boletín* n.° 11.708-03, *lege ferenda* al tiempo en que redactamos este trabajo)

Tal como fue indicado más atrás, mediante el citado *Boletín*, que hoy ha sorteado con éxito su examen de constitucionalidad, se pretende modificar la Ley n.° 20009, en el sentido de no limitar los supuestos fraudulentos de índole bancario a aquellos en los que se disponga físicamente de una tarjeta robada, hurtada o extraviada. De hecho, el proyecto comienza por alterar la denominación de la Ley n.° 20009, por la siguiente:

> "Establece un régimen de limitación de responsabilidad para titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude".

Lo referido queda en evidencia, en el inc. 2° del nuevo art. 1°, al ordenarse:

> "Asimismo, se aplicará a los fraudes en transacciones electrónicas. Para efectos de esta ley, se entenderá por tales aquellas operaciones realizadas por medios electrónicos que originen cargos y abonos o giros de dinero en cuentas corrientes bancarias, cuentas de depósitos a la vista, cuentas de provisión de fondos, tarjetas de pago u otros sistemas similares, tales como instrucciones de cargo en cuentas propias para abonar cuentas de terceros, incluyendo pagos y cargos automáticos, transferencias electrónicas de fondos, avances en efectivo, giros de dinero en cajeros automáticos y demás operaciones electrónicas contempladas en el contrato de prestación de servicios financieros respectivo. Se comprenden dentro de este concepto las transacciones efectuadas mediante portales web u otras plataformas electrónicas, informáticas, telefónicas o cualquier otro sistema similar dispuesto por la empresa bancaria o el proveedor del servicio financiero correspondiente".

Se lee en el art. 2° del *Boletín*, que la limitación de responsabilidad se traduce en un *aviso oportuno al emisor* de la tarjeta, a través de un canal de comunicación disponible todos los días del año, las veinticuatro horas del día, y de acceso gratuito y permanente, que permita efectuar y registrar los referidos avisos. Por lo anterior, verificado el anuncio, se entiende que la responsabilidad del usuario queda liberada en atención al uso de la tarjeta con posterioridad a aquel, así se desprende del art. 3°. Con todo, el art. 4° ordena que, en caso en que el usuario desconozca operaciones anteriores al aviso indicado, dispondrá de un plazo de treinta días hábiles, siguientes al aviso, para reclamar de ellas al emisor de la tarjeta. Dicho reclamo podrá

incluir operaciones realizadas en los ciento veinte días corridos anteriores a la fecha del aviso efectuado por el usuario, aunque el inc. 4º del mismo artículo exhorte al usuario a que tan pronto el usuario tome conocimiento de la existencia de operaciones no autorizadas, deberá dar aviso conforme a lo previsto en el art. 2 de esta ley, esto es, mediante el canal dispuesto al efecto. Los incisos finales de la misma disposición nos permiten conectar lo afirmado en el acápite anterior, pues consagra una presunción de incumplimiento al deber de seguridad de la entidad bancaria derivada del empleo fraudulento de la tarjeta, impidiéndosele endosar al cliente el defecto en la gestión de las medidas tendientes a prevenir el ilícito. Los inc. 4º y 5º de la norma enseñan:

> "En los casos en que el usuario desconozca haber autorizado una operación, corresponderá al emisor probar que dicha operación fue autorizada por el usuario y que se encuentra registrada a su nombre"; y, "El solo registro de las operaciones no bastará, necesariamente, para demostrar que esta fue autorizada por el usuario, ni que el usuario actuó con culpa o descuido que le sean imputables, sin perjuicio de la acción contra el autor del delito".

En el título II del proyecto, se contemplan normas tendientes a regular el proceso de cancelación de cargos o restitución de fondos. En este cometido, el art. 5 ordena al emisor la práctica de alguna de las indicadas actividades en el plazo perentorio de cinco días hábiles, en la medida en que el monto total reclamado sea igual o inferior a 35 unidades de fomento. Por otro lado, si el importe fuere mayor, en el plazo ya mencionado, el emisor deberá cancelar o restituir 35 unidades de fomento, en circunstancias que el saldo deberá ser cancelado o restituido dentro de siete días. Con todo, la misma disposición establece:

> "si en el plazo anterior el emisor recopilare antecedentes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave por parte del usuario, podrá ejercer ante el juez de policía local todas las acciones que emanan de esta ley, siendo competente aquel que corresponda a la comuna del domicilio del usuario".

En caso en que el juez declarare por sentencia firme o ejecutoriada que no existen antecedentes suficientes que acrediten la existencia de dolo o culpa grave del usuario, el emisor quedará obligado a restituir al usuario el saldo retenido, debidamente reajustado aplicando para ello la tasa de interés máxima convencional calculada desde la fecha del aviso y al pago de las costas personales o judiciales. En cambio, si logra ser acreditado por sentencia firme o ejecutoriada que el usuario ha participado en la comisión del delito, que obtuvo un provecho ilícito o que actuó con dolo o culpa grave facilitando

su comisión, se procederá a dejar sin efecto la cancelación de los cargos o la restitución de fondos, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan según la normativa aplicable. Se hace presente, además, que el procedimiento a través del cual debe ser sustanciada esta acción para es el establecido en el párrafo 1° del título IV de la Ley n.° 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Por último, el inc. 7° del art. 5, proscribe la posibilidad de sujetar a un seguro la cobertura relativa a *riesgos o siniestros que el emisor deba asumir en conformidad a esta ley*.

Es del caso mencionar que el proyecto hace referencia a mecanismos mínimos que deben ser dispuestos y gestionados por el emisor de la tarjeta, en el sentido de dar cumplimiento al deber de seguridad consignado en el art. 23 de la Ley n.° 19496, en particular se requiere, al menos:

> "a) Contar con sistemas de monitoreo que tengan como objetivo detectar aquellas operaciones que no corresponden al comportamiento habitual del usuario. b) Implementar procedimientos internos para gestionar las alertas generadas por dichos sistemas de monitoreo. c) Identificar patrones de potenciales fraudes, conforme a las prácticas de la industria y recomendaciones, los que deberán incorporarse al sistema de monitoreo de operaciones. d) Establecer límites y controles en los diversos canales de atención que permitan mitigar las pérdidas por fraude. Los referidos límites y controles deberán basarse en consideraciones de riesgo objetivas, generales y no discriminatorias, en relación con la naturaleza del medio de pago y la clase de operaciones que permita efectuar".

Pues bien, de las normas que hemos recogido en los párrafos anteriores, y que forman parte del *Boletín* n.° 11.708-03 podemos entender como el legislador radica en el banco el riesgo derivado del amplio espectro de fraudes en transacciones electrónicas, estableciendo una responsabilidad patrimonial de corte tarifario. De hecho, solo en lo que exceda una cantidad superior a 35 unidades de fomento puede suspender su cancelación o restitución, en circunstancias que, de obtener en el juicio, por dolo o negligencia grave de parte del usuario, pueda repetir respecto de este las 35 unidades de fomento que en forma inmediata debió cancelar o restituir. El riesgo, entonces, que debe asumir el usuario se limita a la negligencia grave en el empleo de sus identificaciones bancarias o tarjetas y, desde luego, respecto de su dolo. No existe, en definitiva, un equilibrio en el vínculo, hay asimetría y es así como debe ser entendido el espíritu de la moción legislativa. En este sentido, la infracción al deber de seguridad se presume, aunque nada impida que el banco pueda impugnar, como vimos, negligencia grave o dolo en el cliente, toda vez que su responsabilidad no debe ser entendida como absoluta. Más allá, el proyecto no excluye la posibilidad que el daño moral

pueda ser demandado. Aquello implica que no se pierda la pertinencia en cuanto a lo que postulamos más atrás en cuanto al criterio unitarista con el cual puede ser enfocada la responsabilidad. En definitiva, el problema sigue estando presente, en cuanto a la sustanciación del aspecto extrapatrimonial del agravio padecido.

Revisemos, pues, a continuación, aspectos relativos al tratamiento del daño moral desde un análisis motivado en la extensión de las normas del consumo al estatuto Pyme.

D. La cuestión de los daños: Especial atención a la reparación del daño moral

Satisfechos los criterios de responsabilidad, según hemos analizado, corresponden al banco reparar, conforme al estatuto de consumo, los daños que ha causado. Tendrá especial relevancia la reparación del daño moral y pensamos que, conforme lo analizado, dos extremos problemáticos pueden presentarse.

En primer lugar, está el alcance de la regla del art. 1558 del *Código Civil*, tratándose de la responsabilidad por daños al consumidor. Más allá de que se ha postulado que el régimen es unitario, lo cierto es que la cuestión de la previsibilidad de los daños sigue latente en las decisiones de los tribunales, en relación con las normas del consumidor[47]. Como señalan Juan Contardo y Hernán Cortéz, fallos han rechazado la demanda por daño moral, al considerar que el contrato incumplido no protegía intereses extrapatrimoniales o, bien, que este tenía un carácter puramente económico[48].

Aunque no hemos encontrado fallos que, en materia de fraude bancario, rechacen por este motivo la demanda del consumidor, el problema puede, perfectamente, presentarse. Si bien es cierto la regla, como hemos analizado, es coherente con un régimen de responsabilidad contractual, en términos de limitación de la reparación del daño moral[49], pensamos que tanto por el régimen unitario al que hemos aludido como por la diferencia en el equilibrio contractual entre las partes, la previsibilidad debe ser morigerada. En efecto, las normas que regulan la reparación de daños en la Ley

[47] De la Maza y Montes (2020), p. 19 ss., han demostrado que un camino de aproximación es la identificación de un interés extrapatrimonial cubierto por el contrato, en el caso de indemnizaciones por daño moral. Para la concetualización del daño moral como lesión a un interés, remitimos a nuestro trabajo Aedo (2006), p. 238 ss. y 432 ss. Para el concepto del daño, véanse Díez (1998), pp. 17-25 y 81-88. Este autor ya distinguía entre las tesis naturalísticas y las normativas. En particular, tratándose del daño moral, ha sido tratado exhaustivamente el concepto en Domínguez (2000), pp. 43-85 y, luego en Barrientos (2007), pp. 37-50.

[48] Contardo y Cortéz (2019), p. 43.

[49] Domínguez (2000), p. 355; Barros (2020), p. 337.

n.° 19496, sobre protección de los consumidores, abonan la procedencia de la indemnización de perjuicios. En principio, porque el art. 3, letra e) dispone que la víctima tiene derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento (no de infracción) de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor. Por tanto, en lo relativo al daño moral, entendido como la lesión de los intereses extrapatrimoniales de la víctima, no resulta aplicable de forma automática el art. 1558 del *Código Civil*, toda vez que el art. 3° de la Ley n.° 19496 consagra siempre en favor de la víctima la reparación del daño y ello, por cuanto parece evidente que la norma del *Código Civil* solo puede aplicarse con propiedad si las partes están en condiciones de pactar cuáles son los intereses en juego[50].

En segundo lugar, tratándose del eventual daño moral derivado del incumplimiento del deber de seguridad por fraudes bancarios, es el alcance que la partida indemnizatoria debe tener, tratándose de la protección que la Ley n.° 20416 otorga a la Pymes, según hemos analizado. Sobre el daño moral la cuestión es relevante, porque, articulándose la empresa como una persona jurídica, inmediatamente debe reflexionarse sobre la procedencia de la reparación del daño moral, tratándose de esta clase de sujetos[51]. Más allá de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la admisibilidad del daño moral, tratándose de personas jurídicas, en materia de consumo, este problema debería llevarnos a reflexionar sobre dos extremos. Por un lado, en cuanto a la función satisfactiva de la indemnización por daño moral. En la medida que esta no es reparatoria o resarcitoria, parece difícil pensar que una persona jurídica pueda obtener goces que tiendan a palear las condiciones desventajosas de un daño extrapatrimonial. Por otro, no cabe duda que las cuestiones relativas al concepto no pueden ser escindidas del juicio probatorio y de la valoración del daño[52]. En tanto se admita un concepto subjetivo de la lesión asociado a la experiencia humana (y en especial a la capacidad de sentir dolor), la exigencia probatoria del daño moral será rebajada o inexistente[53]. Y, en la medida que el concepto se amplía o se objetiva, según hemos analizado, los estándares probatorios necesariamente deberían

[50] Véase, en este sentido, Contardo (2017), pp. 667-668, quien agrega que no puede esperarse que, en una relación de consumo, que importa, en la mayoría de los casos un contrato de adhesión, el consumidor pueda agregar al contrato la protección de intereses extrapatrimoniales.

[51] Para el debate general, véase Aedo (2019), p. 149 ss.

[52] Sobre el debate, en el que no podemos detenernos, véase el análisis que en su momento hicimos de las cuestiones probatorias en Aedo (2006), p. 496 ss.

[53] Como ocurre en muchos casos en que la jurisprudencia desprende la existencia del daño moral, simplemente desde el incumplimiento de las obligaciones del proveedor. Véase Contardo y Cortéz (2019), p. 21 ss.

ser más exigentes, redundando todo ello, por último, en la cuantificación y en los criterios que el sentenciador tiene o tendría para fallar[54].

IV. Conclusión

A partir de una contingencia como la descrita, es posible desprender diversos puntos de interés. Hemos intentado presentarlos en esta contribución. Primero, la relación que vincula al banco con sus clientes es de consumo. La asimetría se visualiza en razón de la seguridad en el diseño de portales virtuales que la entidad bancaria debe ofrecer y gestionar en favor de sus clientes para la realización de operaciones dinerarias. Segundo, un acto de fraude bancario es revelador del incumplimiento del deber de seguridad contraído por la entidad, fundamentado positivamente en la ejecución de las obligaciones contractuales al alero de la buena fe, como de lo dispuesto en el art. 23 de la Ley n.º 19496. Tercero, la responsabilidad del banco no es absoluta, por cuanto si bien el *Boletín* n.º 11.708-03 establece la obligación de cancelar o de restituir fondos, en los términos que hemos revisado, aquello no impide que no pueda descargar su responsabilidad patrimonial reuniendo antecedentes que demuestren negligencia grave o dolo del usuario. Cuarto, el daño moral no es abordado por el citado *Boletín*, de aquí que su pretensión resarcitoria deba ajustarse a los esquemas que para este fin organiza el derecho común. En este punto, proponemos una lectura unitaria de los regímenes destinados al efecto, ejercicio que nuestra jurisprudencia ha aceptado en otras materias. Quinto, el estatuto del consumo resulta de igual forma aplicable a las personas jurídicas que integran la categoría Pyme, las que, desde luego, pueden revestir la calidad de clientes bancarios y eventualmente ser afectadas por el fraude. Valen aquí las reflexiones en torno a la naturaleza y entidad del daño moral, lo que en definitiva conduce a reconocer que dichos afectados pueden o no postular a una indemnización satisfactiva respecto del indicado agravio.

Bibliografía

Aedo Barrena, Cristián (2006). *Responsabilidad extracontractual*, Santiago: Librotecnia.

[54] Como ejemplo, véase la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de enero de 2015, rol 1147-14 y la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 19 de marzo de 2014, rol 5844-13. Sobre esta cuestión, muy claramente, De la Maza y Montes (2020), p. 9 ss.

Aedo Barrena, Cristián (2014). "El concepto normativo de la culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.° 2.

Aedo Barrena, Cristián (2018). "La delimitación de la responsabilidad contractual y la aquiliana y su incidencia en la reparación del daño moral", en Álvaro Vidal Olivares (dir.) y Gonzalo Severin Fuster (ed.). *Estudios de derecho de contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno,* Santiago: Thomson Reuters.

Aedo Barrena, Cristián (2018). *Culpa aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos,* Santiago: Thomson Reuters.

Aedo Barrena, Cristián (2019). "El concepto de daño moral. Zonas problemáticas", en Carlos Céspedes Muñoz (coord.). *Estudios de Derecho Privado en Memoria del profesor Nelson Vera Moraga,* Santiago: Thomson Reuters.

Alpa, Guido, Mario Bessone, Enzo Roppo (1982). *Rischio contrattuale e autonomía privata*, Napoli: Jovene Editore.

Alvear Téllez, Julio (2019). "El banco y nuestras cuentas corrientes". Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2019/06/18/El-banco-y-nuestras-cuentas-corrientes.aspx [fecha de consulta: abril de 2020].

Arancibia Obrador, María José (2017). *Tarjetas de crédito y responsabilidad de los bancos*, Santiago: DER.

Barrientos Zamorano, Marcelo (2007). *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca: Ratio Legis.

Barrios Andrés, Moisés (2018). *Ciberderecho. Bases estructurales, modelos de regulación e instituciones de gobernanza de internet*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Barros Bourie, Enrique (2007). "La diferencia entre 'estar obligado' y «ser responsable» en el derecho de los contratos", en Hernán Corral Talciani y María Sara Rodríguez Pinto (coords.). *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago: LexisNexis.

Barros Bourie, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Bernad Mainar, Rafael (2019). *La Contratación Civil, una fiel expresión de la patrimonialidad del Derecho Civil*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.

Bianca, Massimo (2018). *Diritto Civil, tomo v: La responsabilità, ristampa*, 2ª ed., Milano: Giuffrè.

Brantt Zumarán, María Graciela (2010). *El caso fortuito y su incidencia en el Derecho de la responsabilidad civil contractual*, Santiago: AbeledoPerrot, p. 87.

Burrows, Andrew (2019). *Remedies for torts, breach of contract, and equitable wrongs*, 4ª ed., Oxford: Oxford University Press.

Cartwright, John (2019). *Introducción al derecho inglés de los contratos*, traducción Juan Pablo Murga Fernández, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.

Contardo González, Juan Ignacio (2017). "Las limitaciones al daño en consumidores: entre la punición y la aplicación de la regla de causalidad en desmedro de la previsibilidad del daño", en Hernán Corral Talciani y Pablo Manterola Domínguez (eds.). *Estudios de Derecho Civil XII*, Santiago: Thomson Reuters.

Contardo González, Juan Ignacio y Hernán Cortéz López (2019). *Cuantificación del daño moral de los consumidores. Tendencias y sentencias*, Santiago: Der Ediciones.

Corral Talciani, Hernán (1996). "La responsabilidad civil de los empresarios constructores y arquitectos por ruina o construcción defectuosa de edificios", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo xciii, n.º 1, Santiago.

Corral Talciani, Hernán (1999) "Responsabilidad civil extracontractual en la construcción", en *Gaceta Jurídica*, n.º 223, Santiago.

Corral Talciani, Hernán ((2019). "Fungibilidad del dinero y riesgo de fraude bancario". Disponible en www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=907624&Path=/0D/D9/ [fecha de consulta: abril de 2020].

De la Maza Gazmuri, Iñigo y Álvaro Vidal Olivares (2018). *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Thomson Reuters.

De la Maza Gazmuri, Iñigo y Nicolás Montes Serrano (2020). "El daño moral en el contrato de cuenta corriente: un intento de sistemtización de la opinión de los tribunales", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 27, Coquimbo.

Díez-Picazo, Luis (1964). "El contenido de la relación obligatoria", en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 17.

Díez-Picazo, Luis (2007). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, tomo i: Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª ed., Madrid: Thomson Reuters.

Díez Schwerter, José Luis (1998). *El daño extracontractual. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Díez Schwerter, José Luis (2003). "Víctimas directas y rebote en la responsabilidad por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales en nuestra jurisprudencia reciente: del problema de la competencia a las distorsiones sustanciales", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 214, Concepción.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2000). *El daño moral*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fleming, John G. (1987). *The Law of Torts*, 7ª ed., Sidney: The Law Book Company.

Gómez Calle, Esther (2018). *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.

Isler Soto, Erika (2019). *Derecho de consumo. Nociones fundamentales*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Jansen, Nils (2003). "Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna", en *Indret*, n.º 2.

Llaneza González, Paloma (2018). *Seguridad y responsabilidad en la internet de las cosas*, Madrid: Bosch.

Mejías Alonso, Claudia (2011). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing.

Mendoza, Pamela y Renzo Munita (2019). "Deposito irregular, fungibilidad y seguridad". Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2019/07/04/Deposito-irregular-fungibilidad-y-seguridad.aspx[fecha de consulta: abril de 2020].

Miquel González, José María (2015) "La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias", en Esther Gómez Calle y Yadira Alarcón Palacio (eds. académicas), *Estudios de Derecho Civil de José María Miquel González*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Autónoma de Madrid, Grupo Ibáñez, vol. i.

Munita Marambio, Renzo (2019). "Daños derivados del bullying: consideraciones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de establecimientos privados de enseñanza y su estandar de diligencia exigible", en *Estudios de Derecho Civil XIV - Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo*, Santiago: Thomson Reuters.

Neme Villarreal, Martha Lucía (2018). "El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo", en ella misma (coord.), *Autonomía privada. Perspectivas del derecho contemporáneo*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado.

Oxman, Nicolás (2013): "Estafas informáticas a través de Internet: acerca de la imputación penal del "phishing" y el "pharming", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xli, Valparaíso.

Papayannis, Diego (2012). "Derechos y deberes de indemnidad", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.° 35.

Pino Emhart, Alberto (2011). "Justicia distributiva, responsabilidad civil y terremotos", en *Derecho y Justicia*, n.° 123.

Risolia, Marco Aurelio (1958). *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil*, Buenos Aires: AbeledoPerrot.

San Martín Neira, Lilian (2017). "Relación entre previsibilidad y culpa del acreedor como factores de delimitación de la responsabilidad contractual", en Adrián Schopf Olea y Juan Carlos Marín González (eds.). *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago: Thomson Reuters.

Sandoval López, Ricardo (2004). *Las reformas introducidas por la Ley N° 19.955, de 14 de julio de 2004 a la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores*, Santiago: LexisNexis.

Schopf Olea, Adrián (2018). "La buena fe contractual como norma jurídica", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 31. Santiago.

Schulze, Reiner (2017). *Ciencia jurídica y unificación del Derecho Privado Europeo*, traducción de Andrés Sánchez Ramírez, Santiago: Olejnik.

Taisne, Jean Jacques (2019). "La forcé obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations", en Joaquín Ataz López y Carmen Leonor García Pérez (coords.). *Estudios sobre la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.

Tapia Malis, Liat (2015). "La buena fe como mecanismo integrador eficiente", en Álvaro Vidal Olivares *et al.* (eds.). *Estudios de Derecho Civil X*, Santiago: Thomson Reuters.

Tomarelli, Feliciano (2019). "Responsabilidad Civil por fraude bancario", ponencia presentada en las Jornadas de Derecho Civil organizadas por la Universidad Adolfo Ibáñez y realizadas en Viña del Mar, entre los días 3-5 de octubre 2019.

Vicent Chuliá, Francisco (2004). "Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias", en *Revista de derecho patrimonial*, n.º 13.

Vidal Olivares, Álvaro (2011). "La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento", en Gonzalo Figueroa Yáñez, Enrique Barros Bourie y Mauricio Tapia Rodríguez (coords.): *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing.

Vidal Olivares, Álvaro e Iñigo de la Maza Gazmuri (2014). "Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema", en *Ius et Praxis*, año 20, n.º 1. Talca.

Wahl Silva, Jorge (2006). "Responsabilidad civil de los profesionales de la construcción y promotores inmobiliarios en Chile", *Revista Anales de Derecho UC, Temas de responsabilidad civil*, vol. 1, n.º 7, Santiago.

Yzquierdo Tolsada, Mariano (2019). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 5ª ed., Madrid: Dykinson.

Yzquierdo Tolsada, Mariano y Roberto Pirozzi (2016). *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Jurisprudencia citada

Excma. Corte Suprema de 19 de marzo de 2014, rol 5844-13, Cordero Velásquez, María Luis con Red de Televisión Chilevisión S.A. (MJJ37160).

Excma. Corte Suprema, 13 de marzo de 2019, rol 29635-2018.

Excma. Corte Suprema, 29 de mayo de 2019, rol 29892-2018. Beltrami con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

Excma. Corte Suprema, 9 de julio de 2019, rol n.º 32.864-2018. Guerra Vergara Establecimientos Educacionales Antilhue E.I.R.L. con Banco Santander Chile S.A.

Excma. Corte Suprema, 9 de julio de 2019, rol 31.744-2018. Leiva Cortes con Banco Santander Chile S.A.

Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, 9 de enero de 2015, rol n.° 1147-14, Navafor Limitada con Riquelme Burdiles, Roberto (MJJ40547).

Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 9 de marzo de 1999, en *Gaceta Jurídica* n.° 225.

Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de marzo de 2000, en *Gaceta Jurídica* n.° 237.

Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 16 de abril de 2007, en Microjuris, MJJ9637, rol 2943-2006)

Iltma. Corte de Apelaciones de Talca, sentencia de 26 de octubre de 2011, publicada en Microjuris, MJJ30090, rol 126-2011.

Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, 30 de julio de 2013, rol 97-2013. Huenchulaf con Banco Estado de Chile.

Iltma. Corte de Apelaciones de Temuco, 10 de marzo de 2014, rol 143-2013. Banco de Créditos e Inversiones BCI Nova con Gómez Rosenthal.

Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 15 de marzo de 2019, rol Corte n.° 2032-2018. Figueroa Godoy con Banco Santander Chile.

Iltma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 11 de abril de 2019, rol 27-2019. Oyarzun Loayza con Banco de Chile.

Bolton Vs Stone (1951) AC 850.

"SMART CONTRACTS": ORIGEN, APLICACIÓN Y PRINCIPALES DESAFÍOS EN EL DERECHO CONTRACTUAL CHILENO

"SMART CONTRACTS: ORIGIN, USES AND MAIN CHALLENGES UNDER THE LAW OF CONTRACTS IN CHILE

Jaime de Larraechea Carvajal[*]
Esteban Orhanovic de la Cruz[**]

Resumen: Los denominados "smart contracts" son una innovación tecnológica que, valiéndose de la tecnología Blockchain, permite realizar transacciones de forma segura, expedita y casi sin riesgo de incumplimientos contractuales. Sin embargo, no está del todo claro si estos instrumentos constituyen jurídicamente "contratos", y si, por consiguiente, han de aplicarle todas las normas y estructuras propias de un contrato, de conformidad con la legislación chilena.

Palabras clave: contratos inteligentes, Blockchain, tecnología, derecho contractual.

Abstract: Smart contracts are a technological innovation which, using the features of the Blockchain technology, allow transactions to be executed and performed in a safe and unobstructed way, and with almost no risk of eventual breaches. However, there is no certainty about whether smart contracts are actually legally agreements and if, therefore, they should be subject to all the regulations and structures related to contracts, in accordance to Chilean law.

Keywords: smart contracts, Blockchain, technology, contract law.

[*] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. LLM de Duke University School of Law. Socio de Garrigues. Correo electrónico: jaime.delarraechea@garrigues.com

[**] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Asociado de Garrigues. Correo electrónico: esteban.orhanovic@garrigues.com

Introducción

Para nadie es un misterio que el mundo tecnológico nos ha entregado innovadoras herramientas que han permitido mejorar nuestra calidad de vida diaria. Es así como ha surgido la tecnología Blockchain, la cual, entre muchas funciones, permite facilitar y hacer más expeditas, las operaciones y el tráfico jurídico en general. Dentro de este contexto, aparecen los contratos inteligentes o *smart contract* (terminología que también utilizaremos en lo sucesivo en este artículo), los cuales, en caso de funcionar correctamente, podrían cambiar de manera drástica la forma en que celebramos ciertos contratos.

Explicado de una forma sencilla, un smart contract es un contrato celebrado de manera digital y mediante lenguaje de programación, a través de una plataforma que ocupa la tecnología Blockchain, y que tiene la particularidad de que se "autoejecuta", es decir, las obligaciones que emanan del contrato se cumplen de manera automática sin tener que incitar a la contraparte del contrato para que dé cumplimiento a sus obligaciones y, mucho menos, requerir de la justicia para obtener el cumplimiento forzado de las mismas.

El propósito de estas líneas es analizar la viabilidad de los smart contracts en Chile, incorporando de modo ficticio esta institución dentro del derecho contractual chileno y, asimismo, explicando en términos generales y con las limitantes propias de nuestra profesión, las características de la tecnología que los hace posible. Debido a lo reciente de este desarrollo, no es abundante la literatura jurídica al respecto, y habida consideración de que la gran cantidad de *papers* que abordan esta temática se ha escrito en inglés asumiendo como sistema jurídico base el *Commom Law*, creemos que este artículo puede aportar al estudio legal de los smart contracts y la tecnología sobre la cual operan.

Blockchain

Los smart contracts, cuyo concepto nace el año 1993 en la mente del abogado y criptógrafo aficionado a la programación Nick Szabo, deben su nacimiento y existencia a la tecnología Blockchain. Esta tecnología consiste en una plataforma digital, mediante la cual se pueden realizar transacciones de forma descentralizada entre pares (*peer to peer*), es decir, sin una entidad que verifique la veracidad y apruebe las operaciones allí realizadas, lo cual en inglés se conoce como "Distributed Ledger", algo así como un libro mayor en que se anotan las distintas operaciones realizadas por cada persona. Cada usuario tiene su propio ejemplar de este libro mayor de operaciones, donde se van publicando todas las transacciones y los mismos usuarios certifican la validez

de las mismas, lo cual les da certeza, publicidad y universalidad, a la vez que hace que el sistema sea seguro, pese a no existir una entidad central que se encargue de su funcionamiento y opere como garante. Las transacciones, que se "escriben" en lenguaje de programación, se contienen en estructuras conocidas como "bloques", los que una vez validados y autorizados, se unen a una cadena digital, quedando unido al bloque anterior (que contiene otras operaciones) y al que le sucede, constituyendo una cadena de bloques o Blockchain.

Los usuarios que determinan la validez de las transacciones son denominados *miners* (en inglés, término que será utilizado en lo sucesivo), quienes se dedican a descifrar los problemas matemáticos generados por los códigos de las transacciones, y los verifican. A cambio de esta verificación, son recompensados con unidades de la divisa de la plataforma en que están operando, lo cual actúa como un incentivo para verificar adecuada y rápidamente las transacciones (de ahí que se haga el paralelo con la actividad minera, al "minar" la plataforma en busca de bloques que contengan operaciones pendientes de verificación y verificarlas, a cambio de la compensación). Una vez un miner ha verificado la operación contenida en un bloque, este se une al que lo antecede, y empieza a formar parte de la cadena sucesiva e inmutable de bloques, y esto es lo que al final hace que la plataforma sea viable y confiable. Asimismo, las transacciones se realizan a través de códigos en lenguaje criptográfico, lo cual aumenta los niveles de seguridad de las mismas, reforzando la certeza y seguridad de la red de Blockchain.

Existen plataformas de Blockchain privadas, en que el acceso queda restringido a algunos usuarios predeterminados, o públicas, en cuyo caso cualquier usuario que lo desee podrá acceder a ella. Entre las plataformas de acceso público, la más famosa es Bitcoin, conocida por la criptomoneda que emite, de igual denominación. En efecto, cada plataforma puede tener su propia criptomoneda, la cual funciona como la "divisa" de la plataforma y permite realizar transacciones.

Tras la irrupción de esta novedosa tecnología hubo personas que percibieron el verdadero potencial que estas plataformas tienen, yendo mucho más allá de la mera emisión de divisas digitales. Efectivamente, técnicos e ingenieros concibieron la posibilidad de usar esta red de bloques para la realización de otras transacciones, distintas a las que implican operaciones comerciales con criptomonedas como activo principal.

Blockchain fue la respuesta que Nick Szabo buscaba para concretar la existencia y funcionamiento de los smart contracts. Él solía explicar su idea de contratos inteligentes usando como ejemplo el funcionamiento de una máquina expendedora de bebidas: cuando una persona quiere comprar una bebida en una de esas máquinas, simplemente introduce los billetes o mone-

das a la máquina, y esta, de forma automática, una vez ingresado el dinero, expide la bebida. Dicho de otra manera, esta operación, que corresponde en efecto a un contrato de compraventa, se ha cumplido parcialmente de forma independiente, ya que no ha sido necesaria la intervención directa de la parte vendedora. En efecto, el comprador cumple, de la forma tradicional, con su obligación de pagar el precio por la bebida, y el vendedor, de forma automática, ante el pago del precio, cumple con su obligación de hacer la tradición de la bebida. Nick Szabo fue más allá: que tanto el pago del precio, como la tradición de la bebida se hicieran de forma automatizada.

Cuando Nick Szabo ideó la noción del contrato inteligente y trazó lineamientos generales sobre los usos que podría tener, todavía no existía la tecnología a través de la cual operarlos. Sin embargo, tras el lanzamiento y éxito de Blockchain, los ingenieros y programadores se dieron cuenta de que el Blockchain podría ser utilizado para la gestión de smart contracts.

Por temas de programación, la plataforma Bitcoin, llamada a servir de base para los smart contracts, no admitía realizar transacciones más allá de las que tienen relación con su divisa. Ante esto es que Vitalik Buterin decidió crear en 2014 una nueva plataforma pública de Blockchain en que se permitiera realizar un espectro más amplio de operaciones o transacciones descentralizadas, y en la que, en definitiva, pudieran operar los smart contracts. Esta plataforma la denominó Ethereum, y ha sido la principal red de Blockchain encargada de gestionar los contratos inteligentes.

Ahora bien, entendiendo que los smart contracts requieren de una plataforma de Blockchain para operar, ¿cómo es la realidad práctica de los mismos? Pues bien, siguiendo el esquema tradicional de un contrato, las partes acuerdan los términos del mismo. Una vez definidas las estipulaciones, estas son llevadas a lenguaje de programación, que consistirá en un código con fórmulas y funciones. A modo de ejemplo, Ethereum posee un sistema especial de lenguaje de programación y codificación llamado "Solidity", el cual permite realizar, de forma más o menos sencilla para alguien versado en estos temas, la codificación de las estipulaciones contractuales. Este código, que formará parte y será contenido en un bloque, se sube a la plataforma escogida, a la espera de ser resuelta y aprobada por algún miner. Al concluir este proceso de aprobación, que suele tardar unos breves minutos, el nuevo bloque quedará enlazado al bloque anterior y tendrá plena vigencia en la plataforma, y se le asignará un código de identificación único e inmutable.

Una vez hecho, el contrato se ejecutará de manera automática, según los términos y condiciones que se hayan programado en el código. Por ejemplo, supongamos que Tomás pide dinero prestado a Juan, y deciden formalizar el préstamo a través de un smart contract, bajo los siguientes términos: Juan prestará hoy cien unidades de una criptomoneda a Tomás, y Tomás

se obliga a devolver las cien unidades a Juan, con un interés equivalente al 10%, en el plazo de un mes contado desde hoy. Una vez ejecutado el smart contract, a través de la plataforma se distribuirán cien unidades de la criptomoneda desde la cuenta de Juan a la de Tomás, y una vez transcurrido el plazo estipulado, se transferirán cien unidades más un 10% desde la cuenta de Tomás a la cuenta de Juan. Todo esto se hace de forma automatizada, sin que ambos tengan que hacer ninguna acción de su parte.

En consecuencia, el smart contract impide que exista incumplimiento del contrato, pues se ejecutará sobre la base de la serie de algoritmos incluidos en el código. Si Tomás y Juan hubieren celebrado el contrato de la forma tradicional, existiría el riesgo para Juan de que Tomás no le pague, o le pague menos o algo distinto de lo prestado, debiendo Juan recurrir a la justicia en caso de ser necesario. Todo lo anterior quizá hubiera inhibido a Juan en un principio de prestarle el dinero a Tomás, o lo hubiera hecho en condiciones más gravosas para Tomás o que de otro modo hubieran elevado los costos de la transacción. En efecto, en muchas situaciones en que tradicionalmente se suelen exigir garantías reales o personales para caucionar las obligaciones de las partes frente a riesgos de incumplimiento, si estas se gestionaran a través de un smart contract, no serían necesarias las garantías.

Cabe mencionar que para una correcta gestión del código, ha habido empresas que han empezado a generar modelos de contratos inteligentes, en una destacable unión entre el mundo legal y el tecnológico, con participación de abogados y programadores. Estamos seguros de que en el futuro cercano esta unión será cada vez más estrecha, lo que demuestra que varios estudios de abogados extranjeros han empezado a realizar capacitaciones y ver la evolución e impacto que todo esto podría tener en el ejercicio de la profesión[1].

Por otro lado, la contratación inteligente permite generar un mayor nivel de confianza en las relaciones jurídicas, sin que las partes se cuestionen sobre la genuinidad de la contraparte. Al no existir el riesgo de incumplimiento (salvo matices), se permite que partes que no se conocen al momento de contratar (y que jamás llegarán a hacerlo), puedan acceder a contratar con la seguridad de que sus intereses se verán plenamente satisfechos. Esto puede ser en especial relevante para las interacciones en masa, en que, por ejemplo, un usuario realiza una oferta a persona indeterminada para vender

[1] El estudio de abogados británico Pinsent Masons asesoró a una *start up* española llamada Change the Block, la cual quería realizar y diseñar smart contracts para que los estudios de abogados puedan automatizar algunos de los contratos que celebren con sus clientes. Más información disponible en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/12/16/legal/1576478877_293538.html

un activo a un determinado precio. Bajo un esquema tradicional, si se presentare algún interesado en la oferta, el oferente tomaría ciertos resguardos para conocer los riesgos asociados a contratar con dicho interesado (conocer su capacidad de pago, nivel de endeudamiento y patrimonio, entre otros), sin embargo, con los smart contracts, ese problema desaparecería por completo.

Siguiendo con los beneficios de un contrato inteligente, no podemos dejar afuera la función de *escrow*[2] que estos pueden realizar. Tanto en transacciones complejas como en actos jurídicos más sencillos es de común ocurrencia recurrir a un tercero quien retendrá los fondos con que se pague alguna obligación hasta que se acredite que se han cumplido ciertas estipulaciones o condiciones. Un caso muy común de lo anterior es el papel que cumplen los notarios públicos y las cartas de instrucciones en, por ejemplo, las compraventas de inmuebles. Como sabemos, las cartas de instrucciones al notario son documentos que, en este ejemplo, incorporan el mandato del comprador al notario de que el instrumento de pago, crédito o valor por medio del cual se pagará el precio, sea entregado al vendedor al momento en que se le acredite al notario la inscripción del inmueble en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces respectivo a nombre del comprador.

Este documento, junto con la escritura pública de compraventa, que son parte de una de las varias fases del proceso de compra de un inmueble, las cuales involucran periodos considerables, relacionamiento con diversas personas en distintos lugares y que no liberan de incertidumbres a las partes de la operación (*i.e*. un incendio o robo en la notaria que destruya o haga desaparecer el instrumento de pago o la escritura suscrita), podría ser reemplazado por un contrato inteligente, en que los fondos quedarían en custodia de forma segura en la misma plataforma de Blockchain hasta que el mismo código verifique que se ha realizado la inscripción del inmueble a nombre del comprador[3].

A efectos de dimensionar los alcances que podría tener un smart contract, encontramos otro ejemplo, esta vez relacionado con la industria aeronáutica comercial, que no involucra una transacción con criptomonedas. Imaginemos que una aerolínea ofrece una compensación determinada de

[2] Institución tomada del derecho anglosajón, en que las partes de un contrato encargan a una tercera persona, por lo común un banco o entidad financiera, que mantenga un su poder un activo a ser transferido (usualmente el precio a ser pagado a cambio de la prestación de un servicio o por una compraventa) hasta que la contraparte haya acreditado haber cumplido con la obligación correlativa (como transferir el dominio del bien vendido). Es similar al contrato de depósito.

[3] El ejemplo es solo ilustrativo, ya que en el caso de Chile, se requeriría realizar modificaciones legales en las solemnidades a cumplir en los contratos de compraventa de inmuebles, a efectos que no sea requerido su otorgamiento por escritura pública.

dinero a sus pasajeros en caso de que un vuelo se atrase por más de una hora respecto de la hora establecida en el ticket de compra. Este acuerdo podría instrumentalizarse en un smart contract, de forma que, automáticamente, verificada la hora de atraso, la suma de dinero acordada con el pasajero llegue a su cuenta corriente. De la forma en que en la actualidad se realiza este proceso, el pago de la compensación al pasajero, de materializarse, es mucho más lento y conlleva una multiplicidad de intervinientes y gasto de tiempo.

Así las cosas, este ejemplo ya ha tenido aplicación en la vida real, mediante la interacción de compañías de seguro con el negocio aeronáutico[4].

A pesar de las virtudes que hemos mencionado, las posibilidades de desarrollo y escalamiento de los smart contracts se ven limitadas por la capacidad misma de la tecnología de no poder verificar hechos externos a la programación del contrato, y la imposibilidad de llevar bienes del mundo real a la esfera digital.

A este respecto, en caso que se quisieren estipular condiciones dependientes de hechos externos al smart contract, el código en sí mismo no podrá determinar si se ha verificado o no la condición. Para solucionar esto, se crearon los denominados "oráculos". Un oráculo es una programación inserta en un smart contract en virtud de la cual se consulta a un agente externo para verificar la ocurrencia de algún hecho que pueda gatillar un evento en el contrato. Este agente puede ser una tercera persona o, incluso, una página web. Así, imaginemos una apuesta, en que Rosa se obliga a pagar a Guadalupe una suma de dinero si es que su equipo de fútbol gana un partido determinado, mientras que Guadalupe será la que pague a Rosa si es que dicho equipo pierde o empata. El oráculo puede tratarse de una página web que informe resultados deportivos, en que se pueda verificar el resultado del partido una vez terminado el mismo. El smart contract verificará, de manera automática, el resultado en la página web y, conforme al mismo, transferirá los fondos a Rosa o Guadalupe, según corresponda.

El oráculo ayuda de manera considerable a perfeccionar transacciones contenidas en smart contracts, sin embargo, presenta el problema de que depende de agentes externos, disminuyendo, la independencia y descentralización de esta institución.

[4] Uno de los casos más conocidos es el de la plataforma experimental "fizzy", desarrollada a través de un smart contract en Ethereum por la compañía de seguros francesa Axa. Mediante fizzy, un pasajero puede contratar un seguro por retraso o cancelación de un vuelo, y al verificarse un retraso mayor a dos horas, automáticamente se deposita la compensación estipulada en la cuenta bancaria del pasajero. La compra del seguro queda registrada en un bloque de Ethereum, y como todo smart contact, se autoejecuta al gatillarse el hecho preestablecido (el atraso o cancelación del vuelo). www.fin-tech.es/2017/09/axa-fizzy-blockchain-ethereum.html; y https://future.inese.es/axa-cesa-las-operaciones-de-su-experimento-de-blockchain-fizzy/.

Por otra parte, compatibilizar los smart contracts con activos del "mundo real" es un desafío que también experimentan las otras herramientas que interactúan con inteligencia artificial y el concepto, bastante de moda, de IoT o "Internet of Things". A primera vista, si es que estos contratos se ejecutan de forma automática, la conclusión inmediata a la que uno debiera llegar es que es imposible realizar transacciones con activos físicos. Sin embargo, esto no es del todo cierto. Va en aumento lo que se ha llegado a conocer como "Smart Property" o propiedad inteligente, en que activos físicos son vinculados al mundo digital. Por ejemplo, el mecanismo de apertura de las puertas de un automóvil, podría ser digital y encontrarse registrado en una plataforma, de forma tal que el vehículo se abra sobre la base de un código en vez de con una llave convencional. Así, podría celebrarse un contrato de leasing de este vehículo, en que el pago de las rentas de arrendamiento se hace periódicamente conforme a lo pactado y los fondos serán transferidos a través de la plataforma a la cuenta corriente del arrendador, a la vez que el arrendatario podrá utilizar de forma libre el automóvil mientras cumpla con sus obligaciones bajo el contrato. Una vez terminado el contrato o en caso de incumplimiento del arrendatario en el pago de alguna de las rentas de arrendamiento, las puertas del auto quedarían bloqueadas automáticamente[5].

No todo es perfecto

Pese a los grandes beneficios que presenta esta tecnología, su pasar no ha estado exento de problemas y contingencias. El caso judicial referente en la incipiente vida de esta tecnología y que ha servido a los detractores de la misma como bandera de lucha, es denominado The DAO[6]. The DAO era una plataforma de *crowdfunding* instalada en Ethereum, cuya programación y código estaba en un smart contract. Los usuarios podían invertir y aportar fondos al crowdfunding y percibir las ganancias de sus inversiones, tal y como funciona una plataforma de crowdfunding habitual, y las transacciones se iban documentando y gestionando en otros contratos inteligentes vinculados al smart contract con el código de The DAO. De esta forma, la página web de The DAO hacía referencia expresa a que la única fuente vinculante y de regulación de la plataforma era el código existente en el bloque de Ethereum.

[5] Werbach & Cornell (2017), p. 346.

[6] Acrónimo de Descentralized Autonomous Organization, es decir, organización descentralizada autónoma.

No obstante el correcto funcionamiento que experimentó la plataforma en sus inicios, transcurridas algunas semanas desde su lanzamiento, uno de sus usuarios, utilizando los términos y condiciones de smart contracts celebrados de conformidad con las reglas de The DAO, "sustrajo" sesenta millones de dólares de la plataforma[7].

Ante las imputaciones delictivas recibidas por dicho usuario, este publicó en una red social una defensa de sus acciones haciendo referencia que él no había robado o cometido delito alguno, sino que, más bien, había "jugado" con los contratos contenidos en el código de The DAO para, al amparo de los mismo, sacar provecho de igual forma como lo hacen los abogados con algún resquicio legal o una interpretación específica de una cláusula ambigua en algún contrato.

El conflicto generado puso en juicio la capacidad de los smart contracts por remediar eventuales problemas que se generen, ya que, como hemos podido ver, la infalibilidad es uno de los elementos relevantes de esta tecnología, no siendo necesario –en teoría– incorporar un mecanismo de salida para dejar sin efecto el contrato. Sin embargo, sus creadores contemplaron, como mecanismo de *ultima ratio*, eliminar uno o más smart contracts de la plataforma, lo que se conoce como *Hard Fork*[8]. Este mecanismo, que se utilizó en el caso de The DAO, requiere que una gran mayoría de miners que operan en la red de Blockchain desconozcan masivamente la validez de bloques ya verificados, cambiando el protocolo de la plataforma y creando una "bifurcación" en la misma.

Esto obliga a todos los usuarios a actualizar sus versiones de la plataforma, y los que no lo hacen quedan operando en la antigua, existiendo en consecuencia, dos redes de Blockchain paralelas. El Hard Fork es una maniobra de crisis, muy severa, que disminuye la confianza en la plataforma, razón por la cual es probable que otro evento de Hard Fork, de haberlo, genere mermas muy relevantes en el número de usuarios de la plataforma y, por consiguiente, en el éxito de esta tecnología.

El caso The Dao hizo temblar la premisa o máxima de los smart contracts de C*ode is Law*[9] (el Código es la Ley), sin embargo, permitió abrir los ojos a los actores del mundo del Blockchain sobre la necesidad de tender a la especialización y depurar las técnicas de codificación y programación de los smart contracts a fin de incorporar conceptos de realismo en sus operaciones.

[7] Werbach & Cornell (2017), p. 350.

[8] Para mayor información consúltese www.investopedia.com/terms/h/hard-fork.asp

[9] Véase explicación de este concepto en la sección siguiente.

Análisis de la naturaleza jurídica de los smart contracts y su sujeción a las disposiciones de la Teoría General del Contrato en el derecho chileno

Habiendo explicado el concepto de smart contract, su aplicación práctica y las variables asociadas, junto con la tecnología sobre la cual opera, corresponde que analicemos la eventual validez y eficacia de los mismos en Chile. En efecto, si en realidad estamos ante un contrato, este debería cumplir, al menos al día de hoy, con las normas y requisitos contempladas en la legislación chilena, en particular las disposiciones sobre contratos contenidas en el *Código Civil*.

No es nuevo este debate, por cuanto existen varias voces alrededor del mundo que se han inclinado por decir que los smart contracts realmente no son contratos[10].

Según el art. 1438 del *Código Civil*,

> "Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

De una simple lectura, luego de entender en grandes conceptos la institución de los smart contracts, estos encajarían en esta definición, ya que la forma en que se instrumentalizan sigue tratándose de un acto jurídico bilateral en que las partes crean derechos y obligaciones, y este vínculo, sin perjuicio de lo que se diga sobre la ley aplicable, es *prima facie*, reconocido y amparado por el ordenamiento jurídico chileno.

A mayor abundamiento, como comentamos, existe la máxima "Code is Law", la cual es un eufemismo para decir que la operación contenida en un bloque es obligatoria, y que por tal, se cumplirá de forma perfecta por las partes que han decidido desplegar[11] el smart contract. Sin dudas, dicha máxima no es más que el equivalente digital del principio *Pacta Sunt Servanda*, precepto base del derecho contractual chileno, que otorga la fuerza obligatoria al negocio jurídico y que se recoge en el art. 1545 de nuestro *Código Civil*:

> "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

[10] Información disponible en https://medium.com/@jimmysong/the-truth-about-smart-contracts-ae825271811f

[11] En la terminología de programación y smart contracts, se dice que un contrato inteligente se "despliega" cuando se sube a la plataforma de Blockchain.

Por consiguiente, somos de aquellos que sostienen que un smart contract es un contrato en el sentido jurídico, y que las partes cumplirán según lo pactado en él. Sin embargo, la segunda parte del transcrito art. 1545 nos plantea un desafío. Como ya expusimos, una vez válidamente ingresado el smart contract a la plataforma de Blockchain, este será inmutable. En efecto, el bloque y su contenido queda encriptado y almacenado en la red de tal forma que no sería posible su modificación por la mera voluntad de las partes, sino que requeriría del ya mencionado proceso de Hard Fork, requiriendo la coordinación con miners y otros actores.

Como sabemos, la regla general en materia contractual es que las partes de cualquier convención pueden, de mutuo acuerdo, modificar sus términos o bien dejarla sin efecto. El no poder hacerlo en el caso de los smart contracts (salvo en caso de Hard Fork) genera una contradicción al principio básico de la contratación tradicional. Es tan fuerte la vinculación a la "ley del contrato" en los smart contracts que, aun existiendo acuerdo entre las partes, el contrato sería complejo de modificar o terminar.

Una forma en que los expertos han previsto modificar, resciliar o terminar un smart contract, es que las mismas partes desplieguen un nuevo código en la plataforma por el cual se obliguen a realizar las nuevas prestaciones acordadas. Así, a modo de ejemplo, en una compraventa de activos digitales, el comprador devolvería el activo y el vendedor el precio correspondiente. Esta solución al problema no es tan alejada del derecho contractual chileno; de hecho, parte de la doctrina plantea que la institución de la resciliación precisamente implica la celebración de una convención en "sentido inverso" del acto o contrato que se está resciliando[12].

Habiendo dilucidado la naturaleza jurídica de la contratación inteligente, procederemos a contextualizarla dentro de la clasificación de los contratos contenida en nuestro *Código Civil*. Así, un contrato inteligente puede ser unilateral o bilateral, gratuito u oneroso, y principal o accesorio[13]. Sin embargo, donde encontramos ciertos problemas, es en la clasificación contenida en el art. 1443 del *Código Civil*:

[12] Se sostiene que este contrato inverso, sería, más con precisión, una convención en que las partes acuerdan someterse a las prestaciones mutuas del art. 1687 y siguientes del *Código Civil*. Naudon dell'Oro (1998), p. 908.

[13] Podría concebirse un contrato de fianza, en el cual el fiador obligue un monto limitado de sus criptomonedas, y en que se renuncie al beneficio de excusión, de tal forma que ante el incumplimiento de la obligación principal, que podría constar en un contrato tradicional, se realizaría automáticamente el pago de la garantía a la cuenta del acreedor. La circunstancia de producirse una situación de incumplimiento del contrato principal podría verificarse a través de un oráculo.

> "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

Sin duda, no cabe, sino concluir que sería imposible cumplir con solemnidades contractuales, al menos tal cual las conocemos hoy, en un smart contract. Toda vez que en este tipo de contratos la solemnidad es requisito de existencia del mismo, si se celebrase un contrato solemne a través de, por ejemplo, Ethereum, aquel adolecería de un vicio de existencia.

De esta forma, si en los hechos se otorgara un smart contract consistente en un contrato para el que la ley prescribe una solemnidad, nos encontraríamos con el problema práctico de que, por su solo ingreso a la plataforma Blockchain, las partes cumplirían sus respectivas obligaciones en forma automática, no obstante a que legalmente no existiría contrato alguno. Una excepción a lo anterior consistiría en el caso en que la solemnidad requerida fuera que el contrato conste por escrito. Somos de la opinión que en este caso sí tendría existencia y validez jurídica el smart contract, ya que la programación y algoritmos utilizados para este pueden constan por escrito (en el evento que sea necesario), aunque no en lenguaje común.

Siguiendo con nuestro análisis de las categorías contractuales, ahora enfocándonos a una doctrinaria como lo es la dualidad entre contrato de libre discusión entre las partes versus contrato de adhesión (en que una parte ha gestionado y redactado todas las estipulaciones y la otra solo puede adherir a sus términos). El smart contract es incorporado a la plataforma por una de las partes, lo cual podría entenderse como que dicha parte ha sido la que "codificó" las estipulaciones del contrato. Sin embargo, el contrato inteligente es el resultado de negociaciones precontractuales "tradicionales", por lo tanto, el hecho de que una parte deba desplegarlo a la plataforma de Blockchain no tiene relación con que el acto jurídico constituya un contrato de adhesión, sino con un mero cumplimiento de las disposiciones tecnológicas de la contratación inteligente.

Una vez dilucidado que los smart contracts, de manera general, debemos considerarlos como contratos, se debe concluir que cada smart contract en particular ha de cumplir con todos los requisitos de existencia y de validez. Para un mayor orden y comprensión, trataremos en conjunto los requisitos de existencia y los de validez, cuando corresponda.

Primeramente, sobre el consentimiento, este se presta a través de una "llave criptográfica", documento de carácter privado que, mezclado con otra llave de carácter pública, crea una suerte de algoritmo o código único capaz de distinguir y certificar que un usuario determinado ha manifestado su acep-

tación a realizar dicha transacción. Si bien no hay una manifestación expresa y abierta que muestre la conformidad con el contrato propuesto en términos tradicionales, se debe presumir que por el hecho de ser parte del mismo, y aceptar "firmarlo" con la llave criptográfica, se está mostrando la conformidad con el mismo y su contenido. Por ende, existe el acuerdo de voluntades.

Respecto del error, ¿qué ocurriría si quedara mal encriptado el código del smart contract, por ejemplo, por mala técnica de programación o error de tipeo? Creemos que en este tipo de situaciones, aplicaría el concepto de error de hecho el cual, como sabemos, viciará el consentimiento, y la sanción dependerá de la magnitud del error.

En cuanto a la fuerza, creemos que por la complejidad y sofisticación tecnológica en la celebración misma del smart contract, no entraría en términos general, la posibilidad de una eventual fuerza física, mas sí podría caber la existencia de fuerza moral o coerción. Producto que esto no se aleja de las reglas generales ni encontramos alguna distinción que hacer, no ahondaremos en su análisis. Lo mismo aplica respecto del dolo. De existir, se deberá analizar y resolver según las reglas generales.

Siguiendo con los requisitos de existencia y validez, en cuanto a la causa, creemos que la contratación inteligente, al igual que respecto a la fuerza y al dolo, no genera mayores interrogantes, por lo que tendremos que dirigirnos a las reglas generales.

Finalmente, en cuanto al objeto, podemos precisar que, debido a la estructura de los smart contracts, existe la posibilidad real de que se celebren contratos cuyo objeto sea ilícito. En efecto, como la ejecución y perfeccionamiento son inmediatos y la plataforma, de momento al menos, no tendría la capacidad como para discernir lo licito o ilícito de las estipulaciones, perfectamente se pueden realizar actos contrarios a derecho, a la moral o buenas costumbres[14]. Este asunto ha sido informado de forma recurrente por autoridades de diversos países y organismos multisectoriales, quienes han señalado que la tecnología Blockchain –y dentro de esta Bitcoin– ha permitido el intercambio de bienes, fuera del perímetro de las legislaciones y autoridades fiscalizadores de lavado de activos y similares, lo que ha fomentado actividades ilícitas como el tráfico de drogas y estupefacientes, de armas y trata de blancas.

Respecto a los elementos de todo acto o contrato, resulta interesante comentar respecto a las estipulaciones contractuales que la ley reputa como elementos de la naturaleza, los cuales se entienden formar parte del contrato, aun cuando no se mencionen, y salvo que se eliminen del mismo de

[14] Información disponible en www.finder.com.au/whos-responsible-for-illegal-blockchain-smart-contracts

forma expresa. Ya dijimos que el lenguaje de un smart contract, no obstante ser complejo en su algoritmo, es sencillo en su concepto, por lo cual habrán muchos que no contemplen un mayor número de pactos. Por ejemplo, en una compraventa de algún activo, en el común de los casos el algoritmo será del tipo "transferir el activo a Trinidad si María recibe el dinero en su cuenta". ¿Qué ocurrirá, en el ejemplo en cuestión, si el activo al final resulta evicto?, evidentemente en la programación no se ha renunciado a la obligación de saneamiento de la evicción en virtud de la cual todo vendedor debe responder, salvo pacto expreso en contrario. En consecuencia, el vendedor deberá responder, ya que este elemento de la naturaleza no habrá sido renunciado.

Sin duda, en la medida que los smart contracts se complejicen y se masifique su uso, programadores y abogados deberán profundizar su alianza en beneficio de incorporar en la técnica de programación o codificación legal, un mayor nivel de sofisticación y captura de eventuales escenarios de incumplimiento contractual.

Respecto a los elementos de la esencia y accidentales de los contratos, consideramos que estos no requieren de un análisis específico por cuanto no apreciamos ningún efecto en relación a la aplicación de la tecnología.

Continuando con nuestro estudio, en cuanto a las prestaciones que se pueden incorporar en un smart contact, estimamos que en la mayoría de estos se contemplarán obligaciones de dar. Respecto de las de hacer, creemos que también es factible, aunque requerirán de interacción con el mundo real o la asistencia de un oráculo.

Ahora bien, en cuanto a obligaciones de no hacer, no obstante considerar que desde el punto de vista tecnológico y jurídico no vemos inconvenientes en estipularlas, no creemos que exista un beneficio de hacerlo. Por regla general, los smart contracts asumen un perfeccionamiento de las obligaciones inmediato, no encontrándose como fin primario de la plataforma el verificar que una de las partes de la relación contractual no hizo aquello a lo cual se obligó.

Otra variable a tener en consideración, al evaluar los efectos jurídicos de los smart contracts, se relaciona con ciertas obligaciones cuyo cumplimiento ha de ser fiscalizado por órganos de la Administración del Estado, como la situación de eventuales impuestos que se devenguen.

Por ejemplo, si se celebrare un smart contract de mutuo (uno de los contratos más celebrados con criptomonedas), la regla general es que este se encontraría gravado con impuesto de timbres y estampillas. Asimismo, el acreedor vería gravado con impuesto a la renta los eventuales intereses que el deudor le pague con motivo del mutuo. Sin dudas que el Servicio de Impuestos Internos, como entidad recaudadora y fiscalizadora, deberá sofisticar

sus herramientas de cumplimiento tributario para evitar eventuales evasiones por parte de contribuyentes que utilicen estas plataformas.

Por último, en cuanto a la eficacia misma de las prestaciones y su cumplimiento, ya hemos establecido que la ejecución será automatizada y la posibilidad de incumplimiento es casi nula. Por consiguiente, no sería necesario recurrir a los derechos del acreedor frente al incumplimiento ni a los derechos auxiliares del mismo[15]. De esta forma, no obstante quedar a salvo en un smart contract la posibilidad de estipular causales de terminación anticipada, condiciones resolutorias, multas o cláusulas penales, no vemos en su primario resguardar eventuales incumplimientos contractuales de alguna de las partes.

Necesidad y factibilidad de tutela judicial

Ya establecimos que, en general, los smart contracts no se caracterizan por su litigiosidad porque precisamente, como hemos mencionado reiteradamente, una de las grandes virtudes de estos contratos es su "auto cumplimiento". Sin embargo, debido a que en la plataforma existe intervención humana, dolo y error, entre otros, podrán existir. Asumamos la existencia de un contrato de compraventa de activos digitales, los cuales se transfieren pero algunos de ellos presentan defectos desconocidos para el comprador y que la propia plataforma no logró detectar. Estaríamos frente a un vicio redhibitorio, el cual debiera ser remediado por el vendedor y, ante la imposibilidad de mutar el código contenido en el bloque y no existiendo acuerdo entre las partes, lo más probable es que el afectado deba recurrir a la justicia.

En consecuencia, consideramos que la automatización y supuesta infalibilidad de esta tecnología, no evitará la existencia de acciones judiciales que busquen remediar las consecuencias del dolo o error en la programación del bloque o de eventos que generen algún perjuicio cuyo remedio no sea provisto por el mismo código.

Respecto a la forma de incorporar un smart contract como elemento de prueba en un proceso judicial, consideramos que nuevamente será necesaria la coordinación cercana entre programadores y abogados, por cuanto la prueba pericial constituirá un elemento esencial para acreditar en un juicio la existencia de perjuicios.

[15] Se puede definir a los derechos auxiliares del acreedor como los medios de que dispone el titular del crédito para mantener e incrementar el patrimonio afecto a responsabilidad, a fin de conservar, efectivamente, la garantía general que lo grava y asegurar el cumplimiento de la respectiva obligación, y entre ellos encontramos las medidas conservativas, la acción oblicua o indirecta, la acción pauliana o revocatoria y el beneficio de separación. Alcalde (2018), p. 567.

Hemos podido verificar que en jurisdicciones avanzadas tecnológicamente ya se ha generado debate en torno al tema y, asimismo, encontramos sistemas judiciales que ya se encuentran capacitando a jueces y funcionarios a efectos de que se encuentren en condiciones de resolver disputas relacionadas con smart contracts[16]. En este contexto, asumiendo, en especial, relaciones contractuales multinacionales que se intensificarán con esta clase de herramientas, consideramos relevante que programadores y desarrolladores de smart contracts implementen dentro del algoritmo una fórmula por medio de la cual, las partes puedan definir la ley aplicable al contrato y los tribunales a cuya jurisdicción y competencia someterán cualquier controversia, ya que de lo contrario cualquier intento por solucionar una disputa judicialmente sería muy complejo.

En efecto, ante la intrascendencia de la ubicación física de los contratantes y la descentralización que fomenta la plataforma como uno de sus principales atributos, se genera otra situación en particular problemática de la contratación inteligente, por cuanto no existe una ley que sea aplicable por defecto a los smart contracts[17]. A este respecto, somos de la opinión que, a esta fecha, las normas sobre determinación de la competencia del *Código de Procedimiento Civil* no tendrían aplicación (en caso que las partes de un smart contract se encontraren domiciliados en Chile), del mismo modo que tampoco la tendrían aquellas normas y disposiciones legales que se aplican para zanjar las disputas por la ley del foro aplicable (*conflict of law*), en el contexto del derecho internacional privado (respecto de partes de un smart contract en que los contratantes están domiciliados en distintos países), tales como las disposiciones del *Código de Derecho Internacional Privado* o *Código de Bustamante*, para aquellos Estados que lo han adoptado. En consecuencia, por defecto, al día de hoy ningún tribunal en el ámbito mundial podría arrogarse la competencia para conocer de un asunto litigioso provocado en el marco de un smart contract.

Consideraciones sobre una eventual regulación. Experiencias comparadas

Existen países que ya han regulado los smart contracts, aun someramente, reconociendo de forma expresa su valor, asimilándolo al de un contrato ce-

[16] Información disponible en www.pinsentmasons.com/out-law/news/smart-contract-litigation-only-a-matter-of-time-says-judge

[17] Werbach & Cornell (2017), p. 332.

lebrado de forma tradicional. Es el caso, por ejemplo, de Bielorrusia, primer país del mundo en reconocer legalmente al Blockchain y los smart contracts, otorgándoles un marco legal para su desarrollo en todo el país[18]. De esta regulación cabe destacar la exención al impuesto a la renta a todos los contribuyentes que se encuentren registrados como operadores de Blockchain, como es el caso de las ganancias que obtienen los miners por verificar los bloques.

Además de Bielorrusia, los Estados de Arizona y Nevada en Estados Unidos de América reconocen la existencia y validez de los smart contracts, disponiendo que pueden ser presentados válidamente como evidencia ante un tribunal de justicia[19].

Por último, también podemos mencionar a Italia como otro de los países pioneros en avances legislativos en la materia. Al igual que en los otros casos, se reconoce la existencia de los smart contracts, y se les otorga pleno valor jurídico a sus estipulaciones, satisfaciendo el requisito de la forma escrita, previa identificación informática de las partes interesadas, a través de un proceso que cumpla con los requisitos de la "Agencia para una Italia Digital", institución gubernamental que regula y vela por la digitalización de toda la información en dicho país. Un smart contract que cumpla con estos requisitos se le dará pleno valor en tribunales[20].

Sobre la base de las variables y problemáticas expuestas en este artículo, creemos que sería útil que el legislador chileno estudiara la factibilidad de incorporar de manera formal los smart contracts en nuestra regulación, en línea con el paulatino proceso de transformación digital que tanto el Estado como privados vienen realizando desde hace algunos años (y que sin duda se intensificará en los años que vienen). De esta forma, si esta clase de tecnología llega a tener una aplicación regular en Chile, podrían modificarse ciertas instituciones, solemnidades o disposiciones que requieren de actuaciones llevadas a cabo en formato físico, para que en un sentido y luego en otro puedan celebrarse como contratos inteligentes.

Así las cosas, ciertos casos en los cuales la ley prescribe que un determinado acto se otorgue mediante escritura pública, podría alternativamente autorizarse la celebración de un smart contract, generándose formatos de codificación estándar para ello. Asimismo, podrían digitalizarse registros pú-

[18]Información disponible en www.fin-tech.es/2017/12/bielorrusia-legaliza-las-criptomonedas-ico-contratos-inteligentes.html

[19] Información sobre la legislación del Estado de Arizona en www.azleg.gov/legtext/53leg/1r/bills/hb2417p.pdf y la del Estado de Nevada en www.leg.state.nv.us/Session/79th2017/BDR/BDR79_59-0158.pdf.

[20] Información sobre la regulación Italiana en: https://cysae.com/el-regulador-italiano-define-dlt-smart-contract-y-da-efectos-juridicos-a-la-estampacion-de-documentos-en-blockchain/

blicos que llevan diversos órganos de la Administración del Estado y vincularse a alguna red de Blockchain (por ejemplo, una plataforma creada por el Estado), de tal forma de facilitar las transacciones sobre objetos o elementos que deban valerse de esos registros. Por ejemplo, si el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (Inapi) vinculara a una plataforma de Blockchain los registros de las marcas comerciales, podría fácilmente celebrarse una compraventa de una marca comercial a través de un contrato inteligente, en que se inscriba el cambio de titular a nombre del comprador a la vez que se libere el precio al vendedor.

Asimismo, para asegurarse que los smart contracts queden sujetos a la ley chilena y ante la imposibilidad técnica, por ahora, de aplicar cláusulas de ley aplicable y solución de controversias en un smart contract, nuestros legisladores podrían establecer que para que un smart contract sea reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional, deba celebrarse en plataformas de Blockchain creadas en Chile (lo cual, sin dudas, incentivaría la innovación en nuestro país).

Finalmente, un ejemplo a destacar en Chile es el consorcio creado y liderado por la Bolsa de Comercio de Santiago para el desarrollo y operación de una red de Blockchain para el mercado financiero. Dicha iniciativa, que permite la utilización de smart contracts, no solo ha generado certeza jurídica y un alto grado de confiabilidad en ciertas operaciones financieras, sino que, además, ha logrado reducir los tiempos de procesos internos de las transacciones en hasta un 40%, agilizando las operaciones que involucran tanto préstamos como compras y ventas directas de activos financieros.

Es así como a través del uso de esta tecnología, la Bolsa de Comercio de Santiago logró disminuir de cuatro días a cuatro minutos los tiempos en las operaciones de ventas cortas[21].

Conclusiones

Los smart contracts constituyen una poderosa herramienta que viene a revolucionar el mundo del derecho de los contratos tal y como lo conocemos. En efecto, asumiendo una adecuada implementación, esta tecnología debiera cambiar ciertas bases de nuestro ordenamiento jurídico, incorporando un profundo cambio o rediseño a la teoría contractual clásica, cuya base se remonta al derecho de la Roma antigua. Asimismo, la incorporación paulatina

[21] Información disponible en: https://congreso.america-digital.com/blockchain-revoluciona-mercado-de-valores-en-chile/

de los smart contracts obligará a generar cambios en la forma de actuación de diversos grupos o *stakeholders* jurídicos tales como abogados, notarios y jueces, quienes deberán reinventar la forma en que la actualidad ejercen sus profesiones, a fin de adecuarlas a la transformación digital que llegará a sus quehaceres.

Las líneas de este artículo han querido desafiar, de forma general y humilde, el estado actual de nuestra legislación frente a este novedoso mundo. Creemos que en un corto plazo se debiera empezar a discutir la necesidad de realizar ajustes regulatorios en línea con los propuestos precedentemente, por cuanto la sofisticación de los negocios –en especial financieros – y la tecnología empujarán las fronteras legales a fin de que incorporen los nuevos desarrollos que día a día se están creando.

Como podrá haber observado el lector, nuestro análisis es positivo respecto a los beneficios que generaría el buen uso de la contratación inteligente y la tecnología Blockchain en el mundo jurídico, correspondiéndonos a quienes ejercemos profesiones relacionadas a dicho espectro, a fomentar y confiar en su utilización más que presentar obstáculos u objeciones.

Por último, invitamos a nuestros legisladores a no actuar reactivamente, como suele ocurrir con el trabajo legislativo, y se adelanten a los tiempos, por cuanto la contratación inteligente está en nuestras narices. Si como país queremos estar a la altura de las circunstancias que vienen, debemos contar con leyes que permitan un rayado de cancha serio y sofisticado, a escala de los países más desarrollados en la materia.

Bibliografía

Alcalde Rodríguez Enrique (año). *La responsabilidad contractual. Causa y efecto de los contratos y sus obligaciones*, Santiago: Ediciones UC.

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/12/16/legal/1576478877_293538.html [fecha de consulta: abril de 2020].

https://cointelegraph.com/news/understanding_smart_property [fecha de consulta: abril de 2020].

https://congreso.america-digital.com/blockchain-revoluciona-mercado-de-valores-en-chile/ [fecha de consulta: abril de 2020}.

https://cysae.com/el-regulador-italiano-define-dlt-smart-contract-y-da-efectos-juridicos-a-la-estampacion-de-documentos-en-blockchain/ [fecha de consulta: abril de 2020].

https://future.inese.es/axa-cesa-las-operaciones-de-su-experimento-de-blockchain-fizzy/ [fecha de consulta: abril de 2020].

https://medium.com/@jimmysong/the-truth-about-smart-contracts-ae825271811f [fecha de consulta: abril de 2020].

Naudon dell'Oro, María José (1998). "La resciliación en los contratos cumplidos", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, n.° 4, Santiago.

Werbach Kevin & Nicolas Cornell (2017). "Contracts Ex Machina", in *Duke Law Journal*, vol. 67, Durham, North Carolina.

www.azleg.gov/legtext/53leg/1r/bills/hb2417p.pdf [fecha de consulta: abril de 2020].

www.fin-tech.es/2017/09/axa-fizzy-blockchain-ethereum.html [fecha de consulta: abril de 2020].

www.fin-tech.es/2017/12/bielorrusia-legaliza-las-criptomonedas-ico-contratos-inteligentes.html [fecha de consulta: abril de 2020].

www.finder.com.au/whos-responsible-for-illegal-blockchain-smart-contracts [fecha de consulta: abril de 2020].

www.investopedia.com/terms/h/hard-fork.asp [fecha de consulta: abril de 2020].

www.leg.state.nv.us/Session/79th2017/BDR/BDR79_59-0158.pdf [fecha de consulta: abril de 2020].

www.pinsentmasons.com/out-law/news/smart-contract-litigation-only-a-matter-of-time-says-judge [fecha de consulta: abril de 2020].

DERECHO Y TECNOLOGÍA: UNA VISIÓN SINÓPTICA

LAW AND TECHNOLOGY: A SYNOPTIC VIEW

Fernanda García Gómez[*]

Resumen: La revolución digital significa un enorme progreso social, pero, a la vez, demanda respuestas jurídicas eficientes que concilien el fomento a la innovación con el debido resguardo de ciertos principios, derechos y libertades fundamentales. Los desafíos jurídicos actuales se presentan en diversas áreas (propiedad intelectual, bioética, digitalización estatal y ciberseguridad). Es en materia de protección de garantías individuales (privacidad, no discriminación, libertades personal y de expresión) donde se demanda mayor regulación, procurando que ella no ahogue la innovación y el progreso técnico. Las tendencias regulatorias local y comparada ensayan fórmulas normativas de equilibrio, a través de leyes específicas de daños, iniciativas de cooperación público-privada multinacional e interdisciplinaria para la elaboración de principios de conducta, y fórmulas de prueba regulatoria tipo "sandboxes financieros".

Palabras clave: Derecho y tecnología, privacidad, inteligencia artificial, sandboxes.

Abstract: The digital revolution implies an enormous social progress, but at the same time, demands efficient legal responses that reconcile the promotion of innovation with the due protection of fundamental principles, rights and freedoms. Current legal challenges arise in various areas (intellectual property, bioethics, state digitization, and cybersecurity). Protection of civil rights (privacy, non-discrimination, personal freedom and freedom of speech) is the area where legal regulation is most required, procuring that it does not stifle innovation and technical progress. Local and comparative regulatory trends test balanced regulatory formulas, through specific damage laws,

[*] Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Pontificia Universidad Católica de Chile, Master of Laws (LL.M.) Universidad de Londres. Académica Derecho Comercial Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: f.garcia01@udd.cl

multinational and interdisciplinary public-private cooperation initiatives for the development of principles of conduct, and regulatory testing formulae such as "financial sandboxes".

Keywords: Law and technology, privacy, artificial intelligence, sandboxes.

Introducción

El presente trabajo tiene por objetivo revisar el contenido actual de la interacción entre derecho y tecnología[1], esto es, examinar cuáles son las áreas de innovación tecnológica que resultan relevantes para el derecho hoy.

El avance tecnológico ha sido un fenómeno consustancial al desarrollo humano mismo. Sin embargo, existen momentos en la historia en que este ha experimentado fuertes aceleraciones, cambiando radical y definitivamente el modo de vida de las personas a escala global, en un periodo relativamente acotado

Esto ha ocurrido, que duda cabe, con las "nuevas tecnologías", también denominadas "tecnologías de la información y comunicación ("TIC")[2], aparecidas a partir del término de la Segunda Guerra Mundial; y, en especial, con la revolución digital, en curso desde la década de 1970, y que ha tenido un desarrollo vertiginoso durante las primeras dos décadas del siglo xxi. Tan rápidas, profundas, generalizadas e irreversibles son las transformaciones, que las denominaciones con que caracterizamos las estructuras organizativas sociales vigentes a partir del siglo xx se suceden las unas a las otras sin tregua: la Sociedad Industrial dio paso a la Sociedad de la Información, y esta última parece ya superada por la denominada Sociedad Red"[3].

[1] Se define 'tecnología' como el "conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico del conocimiento científico". Real Academia Española (2020).

[2] Las TIC se caracterizan por el uso de equipos de telecomunicaciones y servidores, es decir, computadoras, para la transmisión, el procesamiento y el almacenamiento de datos

[3] La designación para una estructura organizativa social, desde las perspectivas sociológica e historiográfica, busca destacar los elementos que resultan cruciales para caracterizar la fisonomía de una determinada sociedad, a saber, sus caracteres de organización y funcionamiento económico, tecnológico, político y cultural. Así, la Sociedad Industrial, también llamada Sociedad Moderna o Sociedad de Masas, se refiere a las estructuras sociales presentes en los países occidentales a partir de la Revolución industrial, la que, con la incorporación de fábricas, máquinas y otras tecnologías, buscó maximizar la producción mediante la organización eficiente y en serie de los procesos de trabajo, y el reemplazo progresivo de la mano de obra humana. Se superó así, en un periodo corto de tiempo, a la sociedad preindustrial, premoderna o agraria, que había estado vigente en la humanidad durante siglos. La Sociedad de la

El derecho regula las relaciones de los hombres entre sí y con su entorno, mediante normas y principios cuya observancia es garantizada por el Estado. Como ciencia social, mantiene una íntima e indisoluble conexión con la economía, la política y la historia y, en general, con toda actividad y problemática humana donde surja la necesidad de determinar qué es lo justo, de brindar certeza, de imponer el orden o ambos. De esta forma, el derecho evoluciona de manera permanente, al compás de las transformaciones sociales, y de los desafíos que estas conllevan.

Pero esta relación entre demandas sociales y respuestas jurídicas, no consiste en un flujo unilateral desde la sociedad al derecho, sino que se materializa como un flujo recíproco, como una interacción dual, en la que los hechos mueven al derecho, y el derecho, a su vez, condiciona y moldea los hechos, en un patrón continuo y circular. Así como la variopinta actividad humana cuestiona, moviliza y exige respuestas del derecho, el hombre también se sirve del derecho para orientar, encauzar, restringir o fomentar, los procesos y desafíos que le propone el cambio social, de acuerdo con sus convicciones, conveniencias y necesidades en un momento determinado.

La historia del derecho da cuenta de cómo la ciencia jurídica ha ido transformándose al son de los cambios políticos, económicos, y culturales experimentados por las estructuras sociales. No es de extrañar, entonces, que en el presente, y considerando el impacto de la revolución digital en todos los ámbitos de la actividad humana, exista una sustantiva y creciente demanda social por soluciones jurídicas para las más variadas interrogantes y conflictos generados con ocasión del ejercicio científico. Estas dudas y pleitos se generan de manera simultánea con el avance tecnológico, y se encuentran, la gran mayoría de las veces, con vacíos legales que dificultan o impiden definir lo que es justo o procedente en una situación determinada.

Así, existe una necesidad imperiosa del derecho por conocer exhaustivamente, el estado actual de los avances científicos y tecnológicos, para poder contribuir en la toma de decisiones sociales relevantes para la comu-

Información, también denominada Sociedad Posmoderna, por su parte, se caracteriza por el uso intensivo y sistemático de las TIC, a partir de lo cual se expande y globaliza la interacción de las personas, atenuándose e, incluso, eliminándose los límites y divergencias territoriales y culturales que habían primado en el mundo por siglos. Por último, la Sociedad Red es una organización social esencialmente abierta y transversal (no piramidal desde el punto de vista del ejercicio del poder y del control, como sus antecesoras), construida en torno a vinculaciones personales y corporativas, operadas por redes digitales que se comunican a través de Internet. En cada una de estas denominaciones queda de manifiesto que la preeminencia de ciertos elementos tecnológicos modifica y determina la interacción entre las personas y su entorno, de modo tal que ya no es solo la tecnología la que recibe una denominación o apellido, sino que es la sociedad entera la que se tiñe de ese calificativo.

nidad, y orientar la propia actividad científica y tecnológica dentro de un cauce compatible con su identidad cultural y sus convicciones.

Ya sea para la definición de políticas públicas, el ejercicio de la labor legislativa, la administración de justicia, el desarrollo académico-doctrinario o para el adecuado ejercicio privado de la profesión de abogado, el derecho debe conocer y entender, perfectamente, de qué se está hablando cuando se alude a tal o cual tecnología, y cuáles son los desafíos jurídicos que ella propone.

En el caso del estado actual de la llamada Sociedad Red, la transversalidad y autonomía de los agentes tecnológicos impone, además, un desafío sin precedentes para el derecho, otrora habituado a contar con el poder de imperio estatal como garantía de su observancia. Asimismo, el carácter esencialmente dinámico y muy técnico de la innovación tecnológica en la era digital, impone un deber de prudencia a la hora de normar la actividad científica, no solo para no entorpecer su desarrollo, sino, aun más, para no pecar de ingenuidad e ineficiencia frente a avances ingobernables por normas poco inteligentes o apropiadas.

Entonces, ¿cuáles son las áreas de innovación científica y tecnológica que resultan hoy relevantes para el derecho?

II. Áreas de innovación científica y tecnológica que resultan relevantes para el derecho hoy

A continuación, nos referiremos a las áreas de innovación científica y tecnológica relevantes para el derecho en la actualidad, destacando cuáles son los dilemas jurídicos fundamentales que ellas proponen.

1. Propiedad intelectual

El derecho de propiedad intelectual es la rama del derecho que se ocupa de proteger las creaciones producidas por la mente humana en los campos científicos, literarios, artísticos o industriales, comprendiendo, por lo tanto, al derecho de autor y a la propiedad industrial. Su reconocimiento y protección legal tienen larga data en los ordenamientos jurídicos nacional y comparados, pero, la revolución tecnológica ha traído consigo una serie de desafíos para el ejercicio de esta rama del derecho[4].

[4] El estatuto jurídico de la propiedad intelectual en Chile, cuenta con la protección constitucional de los arts. 19 n.° 25 y 20 de la Constitución Política de la República, y está conformado

Por una parte, los avances tecnológico-digitales han provocado la necesidad de extender, diversificar y profundizar creativamente la protección de los regímenes de derechos de autor y propiedad industrial. Estas exigencias tienen relación con el resguardo de la identidad en línea (marcas y nombres de dominio); la defensa del estatuto de propiedad musical y audiovisual frente a los embates de la digitalización de archivos y la proliferación de plataformas de uso compartido en la red;,y la necesidad de conciliar diversos estatutos internacionales en materia de concesión de propiedades industriales en favor de creadores y desarrolladores de contenido.

Pero así como la digitalización social ha exigido un aumento de la protección jurídica de los derechos de autor y de propiedad industrial, al mismo tiempo, y bajo ciertas circunstancias, ha demandado al derecho reconsiderar e, incluso, atenuar, el énfasis de la protección jurídica que brinda para limitar que el poder monopólico de los titulares de derechos consolidados pueda ahogar la libertad de innovación tecnológica emergente.

En este sentido, es ilustrativo revisar la evolución que ha tenido la aplicación en Estados Unidos de la denominada Ley de Derechos de Autor de la Era Digital (en inglés, Digital Millennium Copyright Act o DMCA)[5]. El propósito original de esta norma, vigente desde 1998, era detener la piratería de los derechos de autor, sin embargo, en la práctica, "las disposiciones anti-elusión han sido invocadas no contra piratas, sino contra consumidores, científicos y la legitima competencia"[6]. En efecto,

> "como la DMCA no contempla un umbral de perjuicios, las disposiciones anti-elusión están abiertas a ser mal usadas por compañías inescrupulosas que ambicionan evitar el pago a sus antiguos empleados o contratistas mediante la revocación de la autorización previamente concedida y alegando enseguida elusión"[7].

Finalmente, el derecho de patentes y de propiedad industrial en particular, se ve interpelado por cuestionamientos y desafíos bioéticos, en lo

por abundante legislación, tratados internacionales y disposiciones reglamentarias, destacando la Leyes n.º 17336, sobre Propiedad Intelectual, n.º 19039, sobre Propiedad Industrial, n.º 20169 que regula la Competencia Desleal, n.º 19223, que tipifica Figuras Penales Relativas a la Informática y n.º 20243 sobre Derechos Morales y Patrimoniales de los Intérpretes de las Ejecuciones Artísticas fijadas en Formato Audiovisual.

[5] La Ley de Derechos de Autor de la Era Digital es la legislación estadounidense sobre derechos de autor, que implementa el Tratado de Derecho de Autor y el Tratado de Actuaciones y Fonogramas, ambos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), del año 1996.

[6] Electronic Frontier Foundation, E. (2004), p. 18.

[7] *Op. cit.*, p. 35.

relativo a la posibilidad de patentar los resultados y aplicaciones de investigaciones clínicas, farmacológicas y alimentarias, particularmente en relación con el desarrollo de la ingeniería genética[8].

2. *Bioinformática y bioética*

La bioinformática, esto es, la aplicación de la informática y, en general, de la tecnología digital, en el campo de la prestación de servicios de salud, de la investigación en medicina y biotecnología, y de las industrias farmacéutica y alimentaria, ha tenido un impacto transformador en estas disciplinas.

En materia de prestación de servicios médicos y de salud en general, la informática tiene influencia en el aspecto administrativo, en la interacción profesional-paciente, y en el desarrollo de tecnologías de diagnóstico y tratamiento médico.

Desde una perspectiva administrativa, la tecnología ha penetrado en todo el sistema de facturaciones, pagos y reclamaciones, en el entramado operativo de las instituciones de salud públicas y privadas. Lo mismo ha ocurrido respecto de la simplificación en la interacción de los profesionales de la salud con sus pacientes, mediante los sistemas automatizados de agendamiento de horas de atención médica, el mantenimiento de registros y la búsqueda de historiales médicos e, incluso, mediante la atención virtual de pacientes por medio de la telemedicina. La injerencia de la tecnología digital se ha hecho presente también en el desarrollo de tecnologías de diagnóstico y tratamiento médico, a través de muchos dispositivos modernos que hacen uso de dicha tecnología[9].

Todo este acervo de información y registro de datos personales, los que por lo general son, además, de carácter sensible para sus titulares, acarrea dilemas éticos y jurídicos en torno al potencial conflicto entre el derecho a la privacidad de pacientes y sujetos de investigación científica, y los propietarios de las bases de datos científicas y médicas.

El intercambio de datos en el ámbito de la salud promete grandes beneficios, considerando que el acceso a dichos datos es clave para el desarrollo de tecnologías sanitarias. En este sentido, hospitales e instituciones académicas de todo el mundo se muestran cada vez más dispuestas a compartir datos con el sector privado, para cooperar al desarrollo de la tecnología médica. De la misma manera, los servicios de salud públicos contienen millones de registros médicos electrónicos sobre la salud de la población, los que,

[8] Véase infra sección II.2.

[9] La tecnología de imágenes médicas por computadora incluye radiografías, resonancias magnéticas, tomografías computarizadas y ecografías.

aprovechados de manera adecuada, pueden ser utilizados para desarrollar tecnologías que mejoren la atención al paciente. Finalmente, los datos de investigación son también un área clave donde se promueve el intercambio público-privado de datos. El financiamiento se destina a determinados proyectos de investigación bajo la condición de que los resultados de estos se difundan y se compartan con el público.

Sin embargo, el intercambio de datos de salud, la mayoría de los cuales son confidenciales, puede generar variadas cuestiones éticas. Se señala, por ejemplo, que una vez que los datos de salud son compartidos con el sector privado, empleadores o compañías de seguros pueden verse inclinados a desfavorecer a individuos respecto de los que exista información sobre condiciones de salud preexistentes, en el contexto de sus procesos selectivos laborales, coberturas, y decisiones de elegibilidad.

El segundo gran tema en que las nuevas tecnologías han impactado a la medicina y la biotecnología, adicionalmente al del intercambio de datos personales de salud, se refiere a los sistemas automatizados de conteo, rastreo y secuenciación de información molecular y celular. Las computadoras permiten conocer y secuenciar el material genético de moléculas, genes, células y virus, a una velocidad muy superior a la que ofrece el trabajo humano manual, lo que ha significado un impulso sin precedentes para la medicina genética y molecular. También la biotecnología[10], y sus aplicaciones en las industrias sanitario-farmacéutica y alimentaria, se han beneficiado con un vertiginoso desarrollo de fármacos y alimentos, respectivamente, a partir de la eficiencia de estos sistemas automatizados de rastreo de moléculas.

La influencia de la bioinformática en el desarrollo de las medicinas molecular y genética, y de la biotecnología, han causado el planteamiento de importantes problemáticas y cuestionamientos en materia de bioética y, en consecuencia, en el campo del derecho. La bioética puede definirse como el "estudio de los problemas éticos originados por la investigación biológica y sus aplicaciones, como en la ingeniería genética o la clonación"[11]. Así, ella comprende el estudio de los aspectos éticos de las ciencias de la vida (medicina y biología), así como de las relaciones del hombre con los restantes seres vivos (ecología).

El derecho es exigido, en estos respectos, para dirimir dudas y conflictos en cuanto a qué está o no permitido. Los campos de la bioética relativos a la bioinformática, y que han resultado relevantes para el derecho, comprenden, entre otros, el aborto eugenésico; el concepto de calidad de vida, trata-

[10] La RAE define la biotecnología se define como el "empleo de células vivas para la obtención y mejora de productos útiles, como los alimentos y los medicamentos". Real Academia Española (2020).

[11] *Op. cit.* (2020).

mientos paliativos admisibles y eutanasia; la ingeniería genética (incluidas la clonación humana, la donación y el trasplante de órganos, los quimerismos y las investigaciones con células madre); la reproducción asistida y reprogenética; el desarrollo sustentable y los derechos de los animales; las investigaciones y ensayos clínicos y farmacológicos; la nanotecnología y la vida artificial.

Por último, y en lo relativo a la investigación clínica, farmacológica y alimentaria, se generan para el derecho cuestionamientos y desafíos allí donde la bioética se entrecruza con el derecho de patentes y de propiedad industrial en general. Las famosas polémicas jurídicas en torno a la posibilidad de científicos para manipular y patentar formas superiores de vida, como ocurrió con investigadores de la Facultad de Medicina de la Universidad de Harvard a propósito del Oncorratón[12] o los peligros de la investigación científica y las disputas sobre la titularidad de la patente sobre la tecnología CRISPR/Cas9[13], son ejemplos concretos de cómo investigaciones científicas sumamente complejas y técnicas, dotadas de una enorme relevancia social y cultural, demandan de manera intempestiva respuestas de justicia y certeza jurídicas informadas y oportunas.

3. *Garantías constitucionales y tecnología*

El derecho a la privacidad y a la igualdad ante la ley, así como las libertades de expresión y de trabajo, son en la actualidad, amenazados por los profundos

[12] La controversia por la solicitud de patente del Oncorratón o Ratón de Harvard, se produjo en Estados Unidos en 1988. Desarrollado por investigadores de la Facultad de Medicina de la Universidad de Harvard, el Oncorratón es un tipo de ratón de laboratorio modificado genéticamente para ser portador de un gen específico que lo hace desarrollar cáncer de forma rápida, siendo así más apto para ser utilizado en investigaciones científicas sobre esta enfermedad. La invención dio pie a intensos debates políticos para determinar si es aceptable que investigadores pudieran manipular formas superiores de vida e, incluso, patentarlas. En 1988, la Oficina de Patentes y Marcas de Estados Unidos se convirtió en la primera oficina en el mundo en conceder una patente sobre una forma de vida superior.

[13] La tecnología CRISPR-Cas9 es una técnica de edición genética de alta precisión: mediante el uso de "tijeras moleculares" (proteínas Cas), se modifican ADN determinados en humanos y otros seres vivos. La "tijeras" cortan un segmento del ADN, para inactivarlo como para lograr que este se regenere por acción de los mecanismos de reparación de la propia célula. Las aplicaciones de esta técnica se encaminan a reparar genes que provocan dolencias o disfuncionalidades, o enfermedades hereditarias, en humanos y animales, con repercusiones extraordinarias en la biotecnología sanitaria, agrícola e industrial. Sin embargo, ella ha generado disputas sobre el registro de su patente, e importantes debates éticos y regulatorios. Las potenciales aplicaciones de esta tecnología van desde la posibilidad de concebir los denominados "bebés de diseño" bajo un pretexto curativo hasta los desconocidos efectos genéticos reales transmisibles a los descendientes de los organismos intervenidos, y que nadie ha previsto al aplicar la técnica.

cambios y desafíos que conlleva la revolución digital. El derecho, por su parte, intenta encontrar la fórmula para proteger de manera adecuada estas garantías constitucionales, sin que el afán regulatorio implique sofocar la innovación científica, la libre iniciativa económica, la libre competencia en la industria tecnológica y la igualdad de acceso de los usuarios a la red.

¿Qué aspectos del desarrollo tecnológico son las que impactan mayormente a las garantías constitucionales en la actualidad?

1) Intercambio de datos[14]

En los últimos años, se ha consolidado un amplio consenso en cuanto a que los datos, personales y no personales, son un activo comercial valioso, cuyo valor aumenta producto de su intercambio, lo cual supone la promoción de la competencia y la innovación. Sin embargo, paralelamente, se ha profundizado la tendencia regulatoria global respecto de la protección de datos personales.

Intercambio de datos personales.

Los cuestionamientos al intercambio de datos personales se fundamentan en la potencial amenaza que dicho intercambio supone para los derechos a la privacidad, a la igualdad ante la ley y la no discriminación, y a la libertad de trabajo de sus titulares.

Lo anterior queda particularmente de manifiesto, como vimos, en el ámbito de la protección de los datos personales de salud, respecto de potenciales discriminaciones en los procesos selectivos de empleadores y compañías de seguro[15]. Así también se manifiesta en numerosas otras áreas, en relación con datos personales de carácter financiero, raciales o étnicos, de preferencias religiosas, políticas o sexuales, entre otras, de cara a los procesos selectivos de índole laboral, financiero, de seguros, de acceso a educación, etcétera.

[14] El estatuto jurídico de protección a la privacidad en Chile, cuenta con la tutela constitucional de los arts. 19 n.^{os} 4 y 5 y 20 de la Constitución Política de la República (CPR), y está integrado por legislación, tratados internacionales y disposiciones reglamentarias. Las principales normas sobre la materia son la Ley n.º 19628 (1999), sobre Protección de la Vida Privada, y la Ley n.º 19223 (1993), que tipifica Figuras Penales Relativas a la Informática. Existen, además, varias disposiciones que abordan el tema de la privacidad de manera fragmentaria en otros cuerpos normativos. El estatuto jurídico señalado, y en particular, la Ley n.º 19628 está en trámite de ser modificada en el Congreso, mediante el *Boletín* n.º 11 144-0, denominado Proyecto de Ley sobre Ley de Protección de Datos Personales, que busca adecuar el ordenamiento nacional a los estándares de protección integral de la privacidad fijados por el Reglamento Europeo de Datos Personales (2016) y por los Principios de la OCDE sobre Inteligencia Artificial (2019). Véase infra sección 3.2.

[15] Véase supra sección II.2.

El dilema jurídico planteado en materia de protección de datos personales, entre la protección de la privacidad y la igualdad ante la ley, por una parte, y el fomento de la competencia y la innovación, por la otra, tiende a ser abordado mediante legislación que restringe el intercambio de datos[16].

La rigidización de las legislaciones de protección de datos, seguramente, aumentará en los próximos años tanto en Chile como en el ámbito comparado[17], mediante la dictación de regulación tendiente a:

a) restringir la venta y otras formas de intercambio de datos personales, lo que favorece la concentración del poder de mercado y la reducción de la competencia;
b) cuestionar los modelos de monetización de datos[18], resultando en menos servicios gratuitos en línea, y ralentizando en consecuencia, la innovación en TIC;
c) aumentar, a escala internacional, los requisitos de localización de datos, y las restricciones al intercambio de datos transfronterizos, socavando el potencial de las tecnologías de computación en la nube y
d) limitar las excepciones existentes a favor de los datos "desidentificados" o "anonimizados"[19], a la luz de las amenazas de reidentificación.

Este endurecimiento normativo aumenta de modo efectivo el resguardo de la privacidad, pero conlleva consecuencias que afectan otras garantías y bienes jurídicos, tales como la libre competencia, la innovación científica y la igualdad de condiciones para el acceso a la red, toda vez que los beneficios comunitarios derivados de los progresos científico-tecnológicos se generan a partir de la recopilación, el uso y, sobre todo, el intercambio de datos entre gobiernos, empresas y otras organizaciones.

---

[16] Otra técnica jurídica propuesta para aumentar el resguardo de los datos personales consiste en constitución de derechos de propiedad sobre los datos personales, o "propietarización" de datos. Sin embargo, este mecanismo no parece eficaz como segunda herramienta jurídica para aumentar la protección de la privacidad, además de apartarse de la naturaleza jurídica real existente entre las personas y sus datos personales. Siendo la facultad de disposición el núcleo de los regímenes de propiedad, resulta evidente que la concesión de derechos de propiedad a individuos (no entidades), respecto de sus datos personales originarios, constituiría una amenaza directa a la privacidad, información y libertad que se pretende resguardar, a partir del momento en que el individuo dispone de sus datos a favor de un tercero.

[17] *Boletín* n.° 11 144-0: Proyecto de Ley sobre Protección de Datos Personales. Véase supra nota 15.

[18] La monetización de datos consiste en el uso de activos de datos para generar y obtener valor para una organización.

[19] La anonimización es una técnica de tratamiento de datos que elimina o modifica los datos personales identificables para obtener datos anónimos que no se pueden asociar con ninguna persona. Las normas de protección de datos contienen excepciones a favor del intercambio de bases de datos anonimizadas, las cuales podrían ser limitadas por legislaciones más estrictas.

A este respecto, se ha planteado que una política pública adecuada, debe sopesar ambos polos jurídicos –privacidad e innovación– logrando un equilibrio mediante la formulación de leyes específicas de daños, que eviten la sobrerregulación del procesamiento de datos y la creación de derechos de propiedad sobre ellos. Así, si existe preocupación respecto de la discriminación por parte de empleadores, compañías de seguros, establecimientos crediticios, educacionales, etc., entonces la legislación debe contemplar normas que prohíban y sancionen dicha discriminación, y no necesariamente centrarse en prohibir o restringir el procesamiento de datos personales.

Intercambio de datos no personales

Comprensiblemente, la protección de datos personales tiende a ocupar gran parte del quehacer jurídico en materia de privacidad, pero, en los últimos años, tanto el sector privado como el público se han centrado también en cómo obtener valor de los conjuntos de datos no personales.

Entre los ejemplos específicos de datos no personales considerados valiosos, se encuentran los conjuntos de datos agregados y anonimizados utilizados para análisis de información a gran escala, los datos sobre agricultura de precisión que pueden ayudar a controlar y optimizar la utilización de plaguicidas y de agua, o los datos sobre las necesidades de mantenimiento de máquinas industriales[20]. Otros ejemplos de datos no personales que resultan de interés para el intercambio transnacional se refieren a informaciones climáticas, oceanográficas, observaciones urbanas y rurales, y otros datos comerciales y gubernamentales.

Existen, respecto del intercambio de datos no personales, preguntas legales en relación con los flujos de datos que trascienden las fronteras jurisdiccionales de los países individuales, la concentración desigual del control de datos entre naciones, y las dificultades de los países en desarrollo para beneficiarse de la digitalización de la economía global.

¿Debieran regularse los flujos transnacionales de datos no personales? Y, de ser así, ¿cómo debería estructurarse el intercambio de tales datos entre los diferentes actores en el ámbito global? Las organizaciones internacionales (Organización de Naciones Unidas, Banco Mundial, Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, etc.) recopilan y almacenan grandes cantidades de datos, pero afirman ser soberanas respecto de las leyes nacionales y convenios multilaterales. Considerando lo anterior, ¿qué normativas y políticas públicas debieran regir su recopilación y uso de datos? ¿Cuál es el papel de la infraestructura digital transnacional (cables,

[20] Reglamento (UE) 2018/1807, cons. n.º 9.

satélites, centros de datos, computación en la nube, etc.) para habilitar o restringir los flujos de datos? ¿Quién y cómo debe determinarse la normativa destinada a regir ciertas infraestructuras digitales que proyectan efectos regulatorios considerables en el contexto transnacional, como el *software* de código abierto, Internet y la computación en la nube?

Actualmente, y salvo contadas excepciones[21], no existe normativa específica sobre el intercambio de datos no personales. En general, las barreras para el intercambio de este tipo de datos tienden a no ser de carácter regulatorio, sino de índole cultural o, bien, derivados de inquietudes con respecto a la protección de la propiedad intelectual, la ley de competencia o a restricciones técnicas y comerciales.

2) Inteligencia artificial

Podemos definir la Inteligencia artificial (IA), como la

> "disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico"[22].

En otras palabras, y para las ciencias de la computación, es "inteligente" aquella máquina que percibe su entorno y lleva a cabo acciones flexibles y adaptativas, para maximizar las posibilidades de logro de algún objetivo o tarea[23].

El pilar fundamental de la IA, es entonces, el "aprendizaje automático" (en inglés, machine learning), disciplina científica que crea sistemas capaces de identificar patrones complejos en millones de datos. La máquina que en realidad aprende es un algoritmo que revisa una cantidad potencialmente infinita de datos, y es capaz de predecir comportamientos futuros. Automáticamente, también en este contexto, implica que estos sistemas se mejoran de forma autónoma con el tiempo, sin intervención humana.

Las implicaciones sociales de la inteligencia artificial y de sus aplicaciones concretas son profundas, y su capacidad para modificar el modo y calidad de vida de las personas es infinita. Sin embargo, y al mismo tiempo, ellas suponen riesgos para la privacidad, la libertad personal, la libertad de trabajo, la igualdad ante la ley y la seguridad nacional.

---

[21] Reglamento (UE) 2018/1807.

[22] Real Academia Española (2020).

[23] "¿Qué diferencia a la IA respecto de las TIC convencionales? Las TIC se basan en la organización de tareas rutinarias ya definidas para algún proceso o tarea productiva, mientras que la IA se centra en la automatización de tareas complejas que requieren aprendizaje para enfrentar nuevos desafíos.

IA y privacidad, libertad personal y de expresión, y derecho de reunión

Son varias las aplicaciones de IA existentes y proyectadas que pueden llegar a afectar la privacidad y la libertad personal. Ejemplos de estas aplicaciones, que se utilizan para la solución de problemas de alta complejidad sobre la base de mecanismos predictivos de resultado, son las denominadas "ciudades inteligentes" y "vehículos automatizados" (en inglés, Smart Cities y Autonomous Vehicles, respectivamente)[24]. Pero quizá el ejemplo de IA que ha estado más presente en el debate público reciente, ha sido el de la tecnología de reconocimiento facial (TRF), que permite variadas utilizaciones en el ámbito público y privado.

En el sector público, esta tecnología esta siendo empleada a escala mundial por organismos de inteligencia y de justicia para combatir el terrorismo con mayor eficacia. La policía, por su parte, está construyendo bases integrales de datos biométricos faciales contra los cuales contrastar sospechosos. Asimismo, la TRF está siendo utilizada para acelerar autorizaciones de inmigración para viajeros, para identificar de manera eficiente a autores de suplantaciones y de otros fraudes de identidad, y para encontrar personas desaparecidas.

Pero los usos de la TRF no se limitan al ámbito de la administración de justicia y de la labor policial. Los casos de uso privado de la tecnología de reconocimiento facial son múltiples y abarcan la totalidad de los rubros e industrias. Para enumerar algunos, la TRF puede ayudar a identificar trastornos genéticos raros, mejorar la accesibilidad y la comunicación para personas no videntes, monitorear el desplazamiento y asistencia escolar y laboral, controlar el acceso a áreas seguras, mejorar la publicidad comercial individualizada, validar la identidad en cajeros automáticos y desbloquear teléfonos inteligentes.

Si bien son numerosos los beneficios sociales a partir del uso de esta tecnología, ella también es vista como un potencial riesgo para los derechos humanos y las libertades civiles, alimentando un acalorado debate sobre cómo imponer límites para su uso responsable.

Los cuestionamientos al uso de la TRF, tanto en el sector público como en el privado, se presentan en torno a la ética de los perfiles creados a partir esta tecnología y las posiciones al respecto se debaten entre si debiera

[24] La "ciudad inteligente" es aquella capaz de utilizar las TIC con el objetivo de crear mejores infraestructuras para los ciudadanos como, por ejemplo, en materia de transporte público, ahorro energético, sostenibilidad, etc. Los "vehículos autónomos" o "robóticos", son aquellos que se movilizan sin conductor, siendo capaces de percibir el medio que le rodea y navegar en consecuencia.

permitirse en absoluto el uso de la TRF en una sociedad democrática o, por el contrario, permitirse solo con importantes restricciones y salvaguardas a las garantías de las personas. Mientras son muchos los que sostienen que la TRF mejora de forma exponencial la eficacia en el resguardo de la seguridad pública, y constituye una ayuda invaluable en la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo; sus opositores destacan que ella conlleva riesgos significativos para las garantías individuales.

Entre dichos riesgos, se señala que la TRF tiene el potencial de posibilitar de manera masiva invisible, e indiscriminada, la vigilancia de personas en espacios públicos, bajo el pretexto de mejorar los estándares de aplicación y cumplimiento de la ley, lo que redunda de manera clara en un impacto en la privacidad de las personas, y eventualmente, en su derecho de reunión. Del mismo modo, las aplicaciones comerciales de TRF permiten a los actores corporativos recopilar grandes cantidades de datos confidenciales de personas que, a su vez, conservan solo un control limitado sobre la forma en cómo se utilizan dichos datos. De modo adicional, se critica que la TRF contiene un riesgo inherente de imprecisión y sesgo, lo cual es corroborado por estudios que demuestran que la TRF puede contribuir a aumentar, en gran medida, prejuicios raciales y de género si la IA subyacente está predominantemente entrenada en imágenes de personas con ciertas características, dejando a parte de la población más vulnerable a ser víctima de identificaciones incorrectas.

Así las cosas,si bien existe consenso sobre la necesidad de normar la TRF, no existe un acuerdo en cuanto a un modelo de regulación adecuado de esta tecnología, que logre conciliar un equilibrio entre los beneficios sociales de la misma y la correcta protección de los derechos humanos y las libertades individuales. Estados Unidos ha regulado la TRF mediante normativa específica, en tanto que la Unión Europea y China, salvo limitadas excepciones, continúan aplicando su normativa general en materia de protección de datos personales para normar el uso de la TRF[25]. Elementos tales

[25] En Estados Unidos, recientemente se ha visto un aumento de la actividad legislativa dirigida a la TRF. En el ámbito federal, en marzo de 2019, el Senado introdujo un proyecto de ley relativo a la "Privacidad del Reconocimiento Facial Comercial" en un intento por fortalecer la protección del consumidor y aumentar la transparencia (S.847-Commercial Facial Recognition Privacy Act of 2019). En virtud de esta norma en trámite, se prohíbe, por regla general a las Entidades Afectas, utilizar las TRF para recopilar datos de reconocimiento facial de usuarios finales, sin darles aviso previo y obtener su consentimiento. Las Entidades Afectas se definen en términos amplios para incluir cualquier entidad no gubernamental que "recolecte, almacene o procese datos de reconocimiento facial". También se prohíbe el uso de la TRF para discriminar a los consumidores, así como la reutilización de datos de tratamientos faciales, o su intercambio con terceros, sin obtener el consentimiento previo de los usuarios finales.

como en qué casos se permite el uso de esta tecnología, la necesidad o no de contar con el consentimiento del individuo para su registro facial, los usos que pueden darse a los datos faciales recolectados, la admisibilidad de intercambio de estos datos con terceros, entre otras materias, son objeto de debate jurídico para compatibilizar el aprovechamiento de los beneficios sociales del uso de la TRF con el respeto por los derechos humanos y las libertades individuales.

IA y libertad de trabajo

En materia de libertad de trabajo, las aplicaciones de IA conllevan procesos de automatización que ya están cambiando la naturaleza del empleo y las condiciones de trabajo en múltiples sectores. Los gobiernos necesitan coordinar sus acciones con científicos sociales, economistas y otros profesionales de distintas disciplinas, para comprender mejor las implicaciones de la IA para el empleo, identificando las partes que resultan beneficiadas, y aquellas que asumen el costo de estos vertiginosos cambios en el mundo laboral.

El temor relativo al efecto perjudicial que la automatización de labores puede tener sobre el empleo y, en particular, sobre ciertas áreas del mismo que serían reemplazadas por las labores de "robots inteligentes", ha sido y seguirá siendo objeto de amplio debate. Con todo, la historia humana demuestra que la incorporación de los avances tecnológicos en el ámbito laboral no es sinónimo de desempleo, sino, más bien, de readaptación y reorientación de la capacidad laboral y creativa del hombre a las nuevas condiciones de su entorno.

IA e igualdad ante la ley

En materia de igualdad ante la ley, discriminación, sesgo e inclusión, los diseñadores de políticas públicas y reguladores deben tener presente que los programas de análisis de datos de la IA reflejan las condiciones sociales, históricas y políticas en las que dicha tecnología de aprendizaje se creó. Los sistemas de inteligencia artificial "aprenden" en función de los datos que reciben. Este condicionamiento, junto a muchos otros factores, puede conducir a procesos de aprendizaje automático con resultados sesgados, inexactos e injustos. Se deben, por lo tanto, investigar las cuestiones de equidad aquí mencionadas, observando atentamente, cómo y quién define la noción de sesgo, y los diferentes impactos de la IA y sus aplicaciones en diversas poblaciones.

IA y Seguridad nacional

En materia de seguridad nacional e infraestructura crítica, debe considerarse que, a medida que se introduce la utilización de sistemas de IA en las infraes-

tructuras centrales, desde hospitales hasta la red eléctrica, los riesgos que estos presenten errores aumentan. Por esta razón, se requiere estudiar en detalle las formas de integración responsable de la IA en la sociedad[26].

* * *

De la observación de las complejidades y la relevancia jurídica de las cuestiones generadas por los avances y aplicaciones en IA, queda de manifiesto la necesidad de encontrar el equilibrio correcto entre regulación e innovación. Para estos efectos, se han realizado esfuerzos en el ámbito nacional e internacional para acordar los lineamientos generales con arreglo a los cuales se debe desarrollar la tecnología de la IA en el mundo.

En Chile, el gobierno trabaja en un documento denominado "Política nacional de inteligencia artificial", en el seno del Comité Interministerial de Inteligencia Artificial. En el contexto internacional destaca el Reglamento General de Protección de Datos (2018)[27]. Por otra parte, en mayo de 2019, los países miembros de la OCDE y otros asociados, suscribieron el documento denominado "Principios de la OCDE sobre la Inteligencia Artificial" (2019), conforme al cual se adoptaron formalmente las siguientes directrices de políticas intergubernamentales sobre IA:

1) Bienestar social y ambiental: La IA debe estar al servicio de las personas y del planeta, impulsando un crecimiento inclusivo, el desarrollo sostenible y el bienestar.
2) Estado de derecho, supervisión humana, privacidad, justicia, diversidad, no discriminación: los sistemas de IA deben diseñarse de manera que respeten el Estado de Derecho, los derechos humanos, los valores democráticos y la diversidad, e incorporar salvaguardias adecuadas –por ejemplo, permitiendo la intervención humana cuando sea necesario– con miras a garantizar una sociedad justa y equitativa.
3) Transparencia: los sistemas de IA deben estar presididos por la transparencia y una divulgación responsable a fin de garantizar que las personas sepan cuándo están interactuando con ellos y puedan oponerse a los resultados de esa interacción.
4) Robustez técnica y seguridad: los sistemas de IA han de funcionar con robustez, de manera fiable y segura durante toda su vida útil, y los potenciales riesgos deberán evaluarse y gestionarse en todo momento.

[26] Véase infra, sección II.3.3.

[27] Reglamento (UE) 2018/1807.

5) Responsabilidad: las organizaciones y las personas que desarrollen, desplieguen o gestionen sistemas de IA deberán responder de su correcto funcionamiento en consonancia con los principios precedentes.

Si bien ya existe en el ámbito internacional un acuerdo respecto de cierto catálogo de principios que deben gobernar la IA, el debate actual está cambiando su foco, para pasar de los principios, a normas jurídicas concretas que contemplen regulaciones más detalladas.

Con todo, legislar de manera concreta y detallada para dar vida a estos principios es un proceso lento, que requiere conciliar una multiplicidad de enfoques culturales, políticos y disciplinarios de los distintos actores sociales, y que, como hemos señalado, intente conciliar que las normas no sofoquen la innovación, pero, a la vez, protejan eficazmente los derechos y libertades de las personas.

3) Cibercrimen

La penetración de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos de la sociedad, ha significado que también la actividad ilícita y criminal haya extendido su acción al ámbito digital, vulnerando las garantías individuales y colectivas de sus víctimas.

A este respecto, es posible identificar al denominado "cibercrimen puro", que se refiere a delitos contra computadoras y sistemas de información, donde el objetivo es obtener acceso no autorizado a un dispositivo o negar el acceso a un usuario legítimo. Las formas de ciberataques más comunes son el *malware*[28], el *phishing*[29], la ingeniería social[30], la denegación de servicio (DoS)[31] y los botnets[32]. Comprender qué hay detrás de estos términos es un primer paso

[28] El *malware*, abreviatura en inglés de la expresión software malicioso, incluye virus, gusanos, *spyware*, y todos aquellos programas que intentan dañar computadoras y dispositivos.

[29] El *phishing* es un ataque cibernético en que los delincuentes intentan extraer datos confidenciales como contraseñas o información de pago, en especial con la ayuda de correos electrónicos falsificados y la suplantación de URL y sitios web engañosos..

[30] La expresión "ingeniería social" (en inglés, social engineering) se refiere al aprovechamiento o explotación de descuidos o vulnerabilidades humanas que permiten a los delincuentes eludir las medidas de seguridad y obtener datos confidenciales. Sus técnicas van desde la solicitud de ayuda y la simulación de una urgencia, hasta la extorsión real.

[31] La "denegación de servicio" o DoS (acrónimo de Denial of Services) tiene por objetivo comprometer la accesibilidad de los servicios de Internet, como el acceso a un sitio web. Las compañías temen los ataques DoS porque la inaccesibilidad del sitio puede causar pérdidas, incluidas las económicas. Una variante común son los ataques de denegación de servicio distribuido (DDoS), en los que diferentes equipos atacan la infraestructura informática de una empresa para sobrecargarla.

[32] Una botnet o "red de bots" (también conocida como ejército zombi), es una red constituida por un gran número de equipos informáticos que han sido "secuestrados" por *malware*,

para enfrentar el problema de seguridad de los sistemas informáticos en el ámbito público y privado.

Por otra parte, las formas tradicionales de delincuencia también han evolucionado en la medida que las organizaciones criminales recurren cada vez más a Internet para facilitar sus actividades y maximizar sus ganancias en el menor tiempo. Estos "delitos ejecutados por medios cibernéticos" no son necesariamente nuevos, a saber: el robo, la estafa, el juego ilegal, la venta de medicamentos falsos, etc. Pero, en definitiva, estos delitos han adquirido una nueva dimensión por medio de su perpetración en línea. Dentro de este campo se encuentran también las figuras como el *ciberbullying*, *sexting*[33], terrorismo digital, pornografía infantil y otros delitos sexuales, tráfico ilícito de todo tipo de bienes y servicios, y en general, toda otra actividad ilícita disponible en la denominada "red oscura".

El delito cibernético, en sus dos acepciones vistas, está progresando a un ritmo muy rápido[34], con nuevas tendencias constantemente emergentes. Por lo tanto, las autoridades, reguladores, policías y usuarios deben mantenerse al día con las nuevas tecnologías para comprender las posibilidades que ellas crean para los delincuentes, y de esta manera diseñar e implementar las medidas a adoptar para combatir el delito cibernético. De manera adicional, debe considerarse que a mayor digitalización de las estructuras organizacionales públicas y privadas, mayor es la exposición de estas a ser víctimas de ataques cibernéticos.

Para los efectos de contrarrestar el avance del cibercrimen, la ciencia denominada ciberseguridad[35], también conocida como seguridad informática o seguridad de la tecnología de la información, ha tenido un enorme desarrollo en las últimas dos décadas. La ciberseguridad tiene por objetivo proteger la infraestructura computacional y todo lo relacionado con ella, en especial, la información contenida en computadoras o que circula a través de redes de computadoras.

---

de forma que quedan a disposición de un *hacker*. Al tomar el control de cientos o miles de equipos, las botnets se suelen utilizar para enviar *spam* o virus, para robar información personal o para realizar ataques de DDoS. En el presente, se consideran una de las mayores amenazas en Internet.

[33] Su nombre es un acrónimo de "sex" o "sexo", y "texting" o "escribir mensajes". Consiste en enviar mensajes, fotos o videos de contenido erótico y sexual personal a través del móvil mediante aplicaciones de mensajería instantánea o redes sociales, correos electrónicos u otro tipo de herramienta de comunicación.

[34] Interpol (2020).

[35] De la combinación de las expresiones 'ciber', que "indica relación con redes informáticas", y 'seguridad', que consiste en "la cualidad de seguro y exento de todo peligro, daño o riesgo. Real Academia de la Lengua (2020).

De acuerdo con el documento denominado "Política nacional de ciberseguridad (2017-2022)" del gobierno de Chile[36], la ciberseguridad es

> "tanto una condición caracterizada por un mínimo de riesgos y amenazas a las infraestructuras tecnológicas, los componentes lógicos de la información[37], y las interacciones que se verifican en el ciberespacio, como el conjunto de políticas y técnicas destinadas a lograr dicha condición"[38].

Por lo tanto, los ataques y las defensas que constituyen el objeto de la ciberseguridad se manifiestan en la triple dimensión que configura el ciberespacio, y que consiste en la capa física (infraestructura tecnológica), la capa lógica (componentes físicos de la información), y la capa humana (las interacciones entre usuarios).

La ciberseguridad, tanto preventiva como sancionatoria, a menudo requiere de la coordinación multidisciplinaria entre organizaciones del sector público y privado, las cuales deben buscar una comprensión integral de las dimensiones comerciales, regulatorias y técnicas de la gestión del riesgo cibernético[39].

4) Libertad de expresión y contenido digital

Históricamente, los gobiernos y las legislaciones de las democracias occidentales se han mostrado reticentes a regular los contenidos difundidos por los medios de comunicación social, en gran parte, por el respeto que se debe en las sociedades abiertas a la libertad de expresión y de prensa. Lo anterior es en especial cierto en el caso de los contenidos digitales, los que hasta ahora habían gozado del beneficio de ser considerados "puertos seguros", de modo

[36] Gobierno de Chile (2017).

[37] "Componentes lógicos de la información: los componentes lógicos de la información corresponden a la capa abstracta de datos que fluyen a través de las infraestructuras físicas de la información. Son componentes lógicos de la información, todos los programas computacionales, los protocolos técnicos de transmisión y almacenamiento de datos en todas sus capas, y en general todas las infraestructuras lógicas que sustentan las interacciones humanas en el ciberespacio",*op. cit*.

[38] Para estos efectos, se entiende por ciberespacio el "ambiente compuesto por las infraestructuras tecnológicas, los componentes lógicos de la información y las interacciones sociales que se verifican en su interior", *op. cit*.

[39] Como marco regulatorio, en el ámbito nacional, destacan la Política Nacional de Ciberseguridad 2017-2022, del Gobierno de Chile (2017) y el decreto supremo n.º 533 (2015), que crea el Comité Interministerial sobre Ciberseguridad. En el contexto internacional, Chile es parte del Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia (2017). Adicionalmente, se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional el *Boletín* n.º 12 192-25, sobre el proyecto de ley de Delitos Informáticos.

que las restricciones y obligaciones de contenido han recaído en su mayoría sobre los medios tradicionales de comunicación.

Esta realidad ha permitido la entrada de actores nuevos al mercado de las comunicaciones digitales, posibilitando el surgimiento de plataformas innovadoras que permiten a los individuos crear y compartir contenidos como nunca antes[40]. Sin embargo, las expectativas y niveles de confianza públicos en torno a los medios de comunicación y a los servicios de noticias alternativos, las presiones existentes sobre el periodismo que aborda materias de interés púbico, las tensiones del mercado de los medios, y la necesidad de resguardar la honra de individuos e instituciones frente al masivo impacto de las difusiones en la red, han cambiado profundamente en los años recientes, y la era de la inercia regulatoria de contenido parece estar llegando a su fin.

Hechos tales como la intervención en procesos eleccionarios, las campañas de desinformación o "noticias falsas" (en inglés, fake news), la difusión de contenidos y propaganda relacionados con el terrorismo y violencia extrema[41], y contenidos tales como el discurso del odio, el acoso cibernético[42], la pornografía, el abuso infantil y otros comportamientos que importen la agresión y daño en línea, son los que han impulsado la tendencia regulatoria de plataformas y medios alternativos de comunicación disponibles en la red. Asimismo, eventos actualmente en desarrollo en el ámbito global, tales como la pandemia Covid-19 o las elecciones presidenciales en Estados Unidos y en el contexto local, como el proceso constituyente y los movimientos sociales y políticos en Chile, hacen prever que se continúe con la tendencia de aumento regulatorio de contenido.

Por último, se espera que la nueva tendencia regulatoria del contenido digital esté ampliando su rango de acción, para alocar responsabilidades a las plataformas de intercambio de videos mismas, exigiéndoles implementar cambios profundos en la forma de estructurar sus sistemas de admisión y moderación, para prevenir la difusión de contenido digital impropio.

[40] Los medios informativos alternativos o "medios ciudadanos" (en inglés, Citizen Media) basados en la red, incluyen blogueros, comentaristas de sitios web y otros oradores en línea.

[41] En 2019, luego de los trágicos eventos que rodearon los ataques terroristas en Christchurch, Nueva Zelanda, se generó una conciencia mundial, propiciada por la propia Nueva Zelanda y el gobierno de Francia, sobre la necesidad de cooperación intergubernamental y de los proveedores de servicios en línea, para regular los contenidos de terrorismo y violencia extremista en línea.

[42] *Ciberbullying* y *trolling*.

4. Tecnología financiera

La banca, industria única y sistémicamente relevante para la economía, ha sido según la tradición uno de los sectores empresariales más resistentes a las irrupciones tecnológicas. Sin embargo, la revolución digital, a través de un mejorado sistema de conectividad y la proliferación masiva del uso de dispositivos móviles, ha comenzado a cambiar la forma en que las personas acceden a los servicios financieros.

La tecnología financiera (en inglés, FinTech, contracción de las palabras 'finanzas' y 'tecnología'), consiste en el uso de la tecnología en la industria de servicios financieros, lo que resulta en la introducción de innovadores productos y servicios, principalmente a través del *software*. Al mismo tiempo, sin embargo, la tecnología financiera constituye un desafío para la existencia y funcionamiento de los servicios y productos financieros convencionales, ya que, a través de servicios alternativos, otorga acceso a mercados no transitados, contando con el respaldo de la tecnología.

La tecnología financiera ha dado lugar al surgimiento de financiamientos alternativos a través de préstamos entre pares y al financiamiento comercial por parte de operadores de mercados electrónicos a favor de comerciantes. Otros avances de esta tecnología incluyen el micromecenazgo o *crowdfunding* de capital[43]; las monedas digitales[44] que operan de forma independiente de cualquier autoridad central o banco; los sistemas de pago y remesas que evitan los canales bancarios tradicionales; y el uso de macrodatos (Big Data)[45] y análisis para maximizar los datos disponibles de clientes para obtener el máximo provecho de las relaciones existentes con ellos.

La tecnología financiera se apoya, para su funcionamiento, en diversas nuevas tecnologías y aplicaciones, entre las que se cuentan, la autenticación biométrica, la computación en la nube, la IA y el aprendizaje automático,

[43] El "crowdfunding de proyecto", "crowdfunding de capital" o "equity crowdfunding" permite hacer pública una idea empresarial y que multitud de pequeños y grandes inversores tengan acceso a ella y puedan invertir su dinero, entrando en el capital social de la empresa.

[44] La moneda digital es un medio de intercambio disponible en forma digital, no en forma física, que posee propiedades similares a las monedas físicas, y permite transacciones instantáneas y transferencia de propiedad sin fronteras. Una criptomoneda es una moneda digital que utiliza criptografía fuerte para asegurar las transacciones, controlar la creación de unidades adicionales y verificar la transferencia de activos usando tecnologías de registro distribuido.

[45] Los macrodatos (en inglés, Big Data), es un término que hace referencia a conjuntos de datos tan grandes y complejos, que requieren aplicaciones informáticas no tradicionales de procesamiento de datos para ser tratados adecuadamente. Por ende, los procedimientos usados para encontrar patrones repetitivos dentro de esos datos son más sofisticados y requieren un *software* especializado.

los pagos digitales y móviles, las tecnologías de registros distribuidos y de cadena de bloques (en inglés, Distributed Ledger Technology y *Blockchain*, respectivamente)[46], los macrodatos, las plataformas flexibles, la ciberseguridad y los censores avanzados.

Las posibles aplicaciones de las tecnologías de registros distribuidos y de cadena de bloques no se limitan a operar en monedas virtuales o productos financieros básicos. El hecho mismo de que estas tecnologías permitan que los participantes de la red transfieran y actualicen información o registros, y que esto se haga de manera confiable, segura y eficiente, tiene un potencial gigante, con enormes implicancias no solo en materia de finanzas, sino que, también, en diversas otras áreas como la propiedad intelectual y el derecho bancario. Estas tecnologías aportan grandes ventajas para efectos de seguridad de las transacciones que se realizan a través suyo, lo que en el ámbito jurídico tiene manifestación mediante el uso de los "contratos inteligentes" (en inglés, Smart Contracts)[47] que entre otras cosas, permiten automatizar ciertas transacciones y obtener la rastreabilidad de algunas operaciones.

Sin embargo, aunque la valorización de las tecnologías de registro distribuido se está materializando de forma gradual, sus usos en materia de servicios financieros está introduciendo también nuevos riesgos y dando lugar a nuevas cuestiones legales y de gobernanza.

El desafío que enfrentan los legisladores y la autoridad en general en esta materia, es el mismo que hemos observado a lo largo de este trabajo en

[46] La tecnología de registro distribuido, es una base de datos que gestionada por varios participantes de manera NO centralizada (no existe una autoridad central que ejerza de árbitro y verificador). El registro contable (*ledger*), permite soportar y garantizar la seguridad del dinero digital distribuido, aumentando la transparencia del sistema y dificultando cualquier tipo de fraude o manipulación. La tecnología de cadena de bloques (*Blockchain*), es un tipo de tecnología de registro distribuido, que cuenta con una serie de características particulares. También es una base de datos o registro contable compartido, pero que funciona mediante bloques que, como indica su propio nombre, forman una cadena. Los bloques se cierran con una especie de firma criptográfica llamada *hash*; el siguiente bloque se abre con ese *hash*" a modo de sello lacrado. De esta forma, se certifica que la información, encriptada, no se ha manipulado ni se puede manipular. *Blockchain* debe su fama, entre otras cosas, a que es la tecnología detrás de la famosa criptomoneda Bitcoin.

[47] Un "contrato inteligente" es un programa informático que facilita, asegura, hace cumplir y ejecuta acuerdos registrados entre dos o más partes. El programa ayuda en la negociación y definición de los acuerdos, causando que ciertas acciones sucedan como resultado de que se cumplan una serie de condiciones específicas. El contrato inteligente es un programa que forma parte de un sistema no controlado por ninguna de las partes, ni sus agentes, y que ejecuta un contrato automático el cual funciona como una sentencia *if-then* (si-entonces) de cualquier otro programa de ordenador. Cuando se dispara una condición preprogramada, no sujeta a ningún tipo de valoración humana, el contrato inteligente ejecuta la cláusula contractual correspondiente.

materia de regulación de nuevas tecnologías, a saber, conciliar la necesidad de fomento del desarrollo, la innovación y la libre competencia, con el imperativo de limitar los riesgos para los consumidores, proteger sus derechos y libertades, y en esta área en particular, velar por la estabilidad financiera. Asimismo, la autoridad debe proporcionar orientación normativa a todos los actores del mercado respecto de los nuevos tipos de productos, servicios, modelos comerciales y mecanismos de entrega, que pueden no estar cubiertos por los marcos regulatorios tradicionales.

Entre las soluciones que se han propuesto a escala global para los referidos desafíos regulatorios de modelos financieros emergentes, destacan los denominados "sandboxes regulatorios"[48]. Estos consisten en campos de pruebas para nuevos modelos de negocio que aún no están protegidos por una regulación vigente, supervisados por las instituciones regulatorias, en los que los participantes del mercado pueden probar sus innovaciones en un entorno controlado sin incurrir de inmediato en todas las consecuencias regulatorias normales. Su objetivo es ayudar a determinar el tratamiento regulatorio más apropiado a la innovación, identificar las brechas existentes en el marco regulatorio, y proporcionar el conocimiento y capacitación a los reguladores, que intentan mantenerse al día con el ritmo de la innovación. De esta forma, se concilia el cumplimiento de las estrictas regulaciones financieras con el crecimiento y los tiempos de las empresas más innovadoras, evitando coartar con normas al sector de la tecnología financiera, pero también protegiendo los derechos de los consumidores.

5. *Gobierno y tecnología*

Para entender el impacto transformador de la revolución digital en la organización y funcionamiento del Estado, y cómo el derecho se encarga de regular dicha realidad, resulta útil distinguir las nociones de gobierno digital, política de datos abiertos y neutralidad tecnológica.

1) Gobierno digital

El gobierno digital, también denominado gobierno electrónico o e-gobierno (en inglés, e-government), consiste en el uso de las TIC, para mejorar la prestación de los servicios públicos a los habitantes de un país o región. El gobierno

[48] La palabra *'sandbox'*, literalmente, "caja de arena", hace referencia a un arenero, es decir, un recinto pequeño donde los niños pueden jugar y experimentar en un entorno controlado. El término ha ido adquiriendo nuevos significados en el mundo de la informática, para referirse a un entorno de pruebas cerrado, diseñado para experimentar de forma segura con proyectos de desarrollo web o de *software*.

digital ofrece nuevas oportunidades para un acceso ciudadano más directo y conveniente al gobierno, y para la provisión de servicios gubernamentales directamente a los ciudadanos.

La modernización del Estado por medios digitales se extiende a las relaciones reciprocas entre los ciudadanos, instituciones privadas, las autoridades y todos los organismos que forman parte del Estado.

En el caso chileno, el proceso de modernización estatal por medio de la digitalización de sus instituciones se rige por la Ley n.° 21180 sobre Transformación Digital del Estado (2019), la que junto con otras regulaciones de carácter legal y reglamentario, tienen por objetivo promover la transformación digital estatal, cuidando estandarizar los procesos y procedimientos relevantes, para asegurar la coordinación y coherencia en la implementación de las políticas de transformación digital. Su ejecución se canaliza a través del Consejo Asesor Permanente para la Modernización Estado y del Consejo Ejecutivo de la Modernización del Estado. De este último, a la vez, dependen las divisiones de Gobierno Digital y Laboratorio de Gobierno y la Secretaría de Modernización.

Las aplicaciones concretas de estos esfuerzos digitalizadorase del aparato estatal pueden observarse en todas las plataformas de tramitaciones en línea disponibles,tales como ocurre con el portal del Servicio de Impuestos Internos, el Registro Civil, las comisarías virtuales, el Portal Unificado de Fondos Concursables del Estado, Chileatiende.cl, por nombrar algunas.

2) Estado abierto y transparencia

Un segundo aspecto a considerar en relación con al impacto de las nuevas tecnologías en el funcionamiento del Estado y su necesidad de regulación, se refiere a la denominada "política de datos abiertos", que no es más que la concreción, en la era digital, del principio de transparencia que rige la actuación estatal, y que en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido elevado a rango constitucional[49].

La tendencia de "datos abiertos", en materia de intercambio de datos en la era digital, corresponde a

> "aquellos datos digitales que son puestos a disposición de los usuarios de la red, con las características técnicas y jurídicas necesarias para que puedan ser usados, reutilizados y redistribuidos libremente por cualquier persona, en cualquier momento y en cualquier lugar"[50].

[49] Art. 8 de la Constitución Política de la República de Chile (1980).

[50] Open Government Partnership (2015).

Por su parte, el "Estado abierto" o "gobierno abierto", se basa en una política pública de datos, consistente en principios de conducta y praxis legal, que persigue que el Estado haga disponibles determinados tipos de datos de forma libre, sin restricciones de derechos de autor, de patentes o de otros mecanismos de control.

En el ámbito mundial, la política de datos abiertos comenzó con la iniciativa de la banca abierta en el Reino Unido, donde el gobierno requirió que los nueve bancos minoristas líderes del Reino Unido permitieran a los clientes acceder a sus propios datos y, con el consentimiento del cliente, compartirlos con terceros autorizados. Francia, por su parte, manteniendo su tradición de transparencia democrática y de compartir información en poder de las autoridades públicas, lanzó una ambiciosa política en 2016, en relación con la apertura de los datos públicos, convirtiendo los datos abiertos en un sinónimo de gobierno abierto, apoyándose en grupos de trabajo como "Etalab", que coordina la acción del gobierno sobre datos abiertos, desarrolla y administra un portal en línea relacionado con datos abiertos, y apoya la reutilización de datos públicos.

En Chile, DatosGob es un portal que funciona como un "repositorio central de datos abiertos", donde las instituciones de la administración pública chilena deben publicar sus datos abiertos, de modo tal que los usuarios puedan encontrar conjuntos de información pública del gobierno de manera fácil y confiable. Asimismo, Chile suscribió la Carta Internacional de Datos Abiertos (2015), en el contexto de la Cumbre de Alianza para el Gobierno abierto que se realizó en México de 2015.

Es evidente que los beneficios que reportan la digitalización estatal y el "Estado abierto" son enormes, en términos de eficiencia y transparencia. Con todo, cabe recordar aquí que a mayor digitalización, mayor es el grado de exposición digital que experimenta el aparto estatal, ya sea a consecuencia de fallos espontáneos del sistema o, bien, de la acción directa del cibercrimen[51].

3) Neutralidad tecnológica.

Finalmente, en materia de interacción entre Estado y tecnología, y sus implicancias para el derecho, es relevante referirse al principio de neutralidad tecnológica, en virtud del cual las iniciativas públicas diseñadas para promover y fomentar la innovación tecnológica en el sector privado, deben respetar la libre competencia, y el principio de no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica[52].

[51] Véase supra secciones II.3.3. y 3.4.

[52] Art. 19 n.^{os} 21 y 22 de la Constitución Política de la República de Chile (1980).

En general, el concepto de neutralidad tecnológica se entiende en relación con la atribución (poder-deber) del Estado, para seleccionar libremente al proveedor de tecnología que representa la mejor opción en términos de calidad, eficiencia y costo, en el contexto de un proceso de contratación público-privada determinado. Para efectos de esta selección, el Estado debe sujetarse al cumplimiento de los principios y procedimientos concesionales administrativos.

En consecuencia, la neutralidad tecnológica no consiste en que los proveedores de bienes y servicios tecnológicos tengan cuotas de mercado equivalentes, ni en que la Administración deba implementar, por medio de sus contrataciones, mecanismos compensatorios respecto de actores comerciales que no han tenido éxito en el mercado. Tampoco debe interpretarse, en el contexto del Estado de derecho democrático, donde rige el principio de juridicidad o legalidad de los actos de la Administración[53], que el Estado sea libre para de forma arbitraria escoger al prestador de bienes o servicios tecnológicos que demanden las necesidades públicas. Por el contrario, estando dotado el Estado de un poder-deber de selección del mejor oferente de tecnología privado, necesariamente deberá fundar su selección en criterios racionales y de bien común, para lo cual debe ajustarse tanto en la selección como en la adjudicación a los procedimientos concesionales preestablecidos, actuando bajo los principios de transparencia e igualdad a la hora de contratar con las empresas privadas de tecnología. Así debe ocurrir por lo demás, de acuerdo con la normativa chilena vigente[54].

En este sentido, resulta interesante contrastar las políticas europeas de concurso público para la asignación del espectro 5G, donde las licitaciones se sujetan a modelos preestablecidos de asignación de frecuencia/espectro, respecto de la modalidad China, que simplemente autoriza al órgano administrativo del sector de telecomunicaciones (es decir, el Ministerio de Industria y Tecnología de la Información,) para asignar dicha frecuencia/espectro, sin mediar proceso de licitación previo alguno[55].

[53] Arts. 6 y 7 de la Constitución Política de la República de Chile (1980).

[54] El art. 8 bis de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (1986), señala: "Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo".

[55] En comparación con su predecesor 4G, la tecnología 5G proporciona velocidades hasta mil veces rápidas, de latencia más bajas, y puede admitir una mayor cantidad de dispositivos (aproximadamente cien veces más). La tecnología 5G también proporcionará la infraestructura y los datos que son necesarios para entrenar y nutrir la tecnología de IA.

III. Conclusiones

1. La revolución digital ha significado enormes y aceleradas transformaciones sociales a partir de la segunda mitad del siglo XX, y en especial, durante las primeras dos décadas del siglo XXI. Los cambios experimentados en un periodo relativamente acotado de tiempo, han supuesto grandes beneficios para la calidad de vida de las personas, pero, al mismo tiempo, han impuesto desafíos éticos y prácticos, que demandan nuevas respuestas al derecho en materia de justicia, seguridad y orden.
2. A partir del análisis de las distintas áreas de innovación tecnológica que resultan relevantes para el derecho en la actualidad, queda de manifiesto que la incorporación de las nuevas tecnologías ha provocado dilemas éticos profundos y generado tensiones entre, por una parte, la innovación y el progreso que conlleva el avance tecnológico y, por la otra, el debido resguardo de ciertos derechos y libertades fundamentales.
3. Esto ocurre porque el intercambio de datos y la integración de la inteligencia artificial y de sus aplicaciones, en los ámbitos público y privado, son una realidad presente y, a la vez, un presupuesto básico para el desarrollo y la innovación. Los avances científicos en medicina y en las industrias farmacológicas y alimentaria, los beneficios en materia de seguridad pública, educación, transporte, comunicación, transparencia y libertad de información, así como la simplificación de una infinidad de tareas, son una realidad tangible. Sin embargo, también es cierto que tanto el intercambio de datos masivo como varias de las aplicaciones de IA se presentan como amenazas latentes para la privacidad y dignidad de las personas y otros seres vivos, la igualdad ante la ley, la estabilidad laboral y financiera e, incluso, para la seguridad nacional.
4. Ante estos dilemas, autoridades, reguladores y los demás actores sociales, parecen haber alcanzado un consenso en cuanto a la imperiosa necesidad de regular la actividad científica y tecnológica con arreglo a ciertos parámetros de ética y eficacia normativa para el logro de la justicia, la seguridad y el orden. Con todo, no existe acuerdo en cuanto a la forma adecuada de materializar dichas regulaciones, considerando el delicado equilibrio que se busca, consistente en proteger las garantías individuales sin ahogar la innovación y el progreso técnico.
5. Con todo, a partir de la observación de la realidad regulatoria nacional y comparada, es posible advertir que ciertas técnicas en el

ámbito legislativo y de las políticas públicas han ido presentándose como alternativas valiosas para el cumplimiento de los desafíos normativos propuestos por la innovación a la ciencia del derecho.

6. Primeramente, si bien la tendencia regulatoria actual se mueve hacia un endurecimiento de las normas de protección de las garantías individuales en desmedro de la libre competencia, parece razonable que dicha regulación considere apartarse de prohibiciones generales abstractas, para concentrarse en la identificación y proscripción de las situaciones precisas que causan la potencial vulneración de derechos mediante leyes específicas de daños. Así, citamos, por ejemplo, que si el intercambio de datos personales supone un riesgo de prejuicio en contra de los individuos en el contexto de procesos selectivos laborales o de seguros, la norma debiese propender a la prohibición de las conductas discriminatorias, y no necesariamente atacar el flujo de datos personales implementado como corresponde. La técnica legislativa en este caso, puede inclinarse por asignar responsabilidades y extender su ámbito aplicación, sobre plataformas y otros actores relevantes, más que inclinarse por derechamente prohibir una determinada actividad.
7. En segundo lugar, y considerando que los cambios tecnológicos se suceden a un ritmo que no da tregua, ni posibilidad de respuesta inmediata al derecho mediante normativas detalladas, se ha puesto en práctica la costumbre de acordar textos y documentos en que gobiernos y actores privados enuncian principios o, lo que es lo mismo, definen marcos ético-regulatorios dentro de los cuales se comprometen a circunscribir su actuar, y en el futuro, a normarlo de manera vinculante. Este trabajo es netamente colaborativo, y se presenta como una alternativa real de cambio, que se caracteriza por tratarse de una acción que traspasa las clásicas divisiones jurisdiccionales, disciplinarias y publico-privadas. En efecto, la acción conjunta entre gobiernos, organismos multilaterales y empresas tecnológicas, aunando por la vía de criterios multidisciplinarios de carácter técnico, científicos y jurídicos, ha permitido ciertos avances en materias que otrora parecían inasibles. En este contexto, cobran especial importancia los documentos de autorregulación de las empresas tecnológicas, las que entienden que su disposición colaborativa es indispensable para temperar el rigor legislativo y, además, visualizan esa opción por la empatía de los requerimientos éticos y sociales como una ventaja comparativa respecto de sus competidores.
8. Por último, modelos regulatorios preparatorios como los "sandboxes" utilizados en materia de tecnología financiera, donde reguladores y

regulados acuerdan los términos de una especie de marcha blanca operativo-regulatoria limitada en tiempo y efectos, y que conjuga la implementación de las innovaciones con el espacio para que el derecho aprenda, se ajuste y corrija la integración responsable de la tecnología, se asoman como alternativas normativas que pueden ampliarse a los demás ámbitos de la regulación de las nuevas tecnologías.

Bibliografía

Determann, Lothar (2020). "Personal Data Regulation: What is on the horizon?", in *Technology, Media and Telecommunications Looking Ahead*, Palo Alto, California, Baker & McKenzie, pp. 6-7.

Electronic Frontier Foundation, E. (2004). "Las consecuencias no deseadas: Cinco años bajo la Digital Millenium Copyright Act", en *Revista Chilena de Derecho Informático*, n.º 4, pp. 17-35. Disponible en https://revistas.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/view/10671 [fecha de la consulta: 10 de mayo de 2020].

Giarda, Raffaele (2020). "New Technology. Artificial Intelligence, 5G, Trust and Beyond", in *Technology, Media and Telecommunications Looking Ahead*, Palo Alto, California, Baker & McKenzie, pp. 10-18.

Lagriguet, Guillermo (2007). *Dogmática jurídica y aplicación de normas. Un análisis de las ideas de autonomía de ramas jurídicas y unidad del Derecho*, Ciudad de México, Editorial Fontamara.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (2006). "La bioética y el derecho de patentes: El caso del oncomouse", en *Revista de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, n.º 3/2006. Disponible en www.wipo.int/wipo_magazine/es/2006/03/article_0006.html [fecha de la consulta: 10 de mayo de 2020).

Real Academia Española (2020). *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., versión 23.3 en línea. Disponible en https://dle.rae.es [fecha de la consulta: 10 de mayo de 2020].

Vergara Blanco, Alejandro (2014): "Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los núcleos dogmáticos", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 3, pp. 957-971.

Normas

Boletín n.º 11 144-0: Proyecto de Ley sobre Ley de Protección de Datos Personales.

Boletín n.º 12 192-25: Proyecto de Ley de Delitos Informáticos.

Constitución Política de la República de 1980.

Decreto n.º 83 del Ministerio de Relaciones Exteriores, Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia, 28 de agosto de 2017.

Decreto supremo n.º 533, crea el Comité Interministerial sobre Ciberseguridad (CICS), 27 de abril de 2015.

Ley n.º 17336, sobre Propiedad Intelectual, 2 de octubre de 1970.

Ley n.º 18575, fija las Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.

Ley n.º 19039, sobre Propiedad Industrial, 25 de enero de 1991.

Ley n. 19223, Tipifica Figuras Penales Relativas a la Informática, 7 de junio de 1993.

Ley n.º 19628, sobre Protección de la Vida Privada, 28 de agosto de 1999.

Ley n.º 20243, sobre Derechos Morales y Patrimoniales de los Intérpretes de las Ejecuciones Artísticas fijadas en Formato Audiovisual, 5 de febrero de 2008.

Ley n.º 21180 (2019), sobre Transformación Digital del Estado, 11 de noviembre.

Public Law 105-304 (1998), Digital Millenium Copyright Act, October 28, 1998. Disponible en www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf [fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo (2016), Reglamento General de Protección de Datos, 27 de abril de 2016. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679 [fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].

Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo (2018), Reglamento relativo a un marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1807&from=EN [fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].

S.847 - Commercial Facial Recognition Privacy Act of 2019. Disponible en www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/847/text [fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].

Otros documentos

Berkely Center for Law & Technology (2019): 2019-2020 *Annual Bulletin*. Disponible en https://issuu.com/berkeleylaw/docs/bclt_annualbulletin2019-20 [fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].

Gobierno de Chile (2017). Política nacional de ciberseguridad 2017-2022. Disponible en www.ciberseguridad.gob.cl/media/2017/05/PNCS-CHILE-FEA.pdf [fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].

Interpol (2020). Cybercrime. Disponible en www.interpol.int/Crimes/Cybercrime [fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].

Open Government Partnership (2015): Carta Internacional de Datos Abiertos, 29 de octubre de 2015. Disponible en https://opendatacharter.net/principles-es/ [fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2019). Principios de la OCDE sobre Inteligencia Artificial. Disponible en https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449 [fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].

LEGAL TECH: UNA VISIÓN DE CAMBIO PARA EL MERCADO LEGAL

LEGAL TECH: A NEW VISION FOR THE LEGAL MARKET

Felipe Godoy Aliaga[*]

Resumen: En este trabajo entregaremos una mirada general acerca del Legal Tech y cómo el uso de la tecnología impacta en la forma en que los abogados deberán prestar sus servicios jurídicos. Se definirá el concepto Legal Tech, ubicándolo dentro de otras ramas de la innovación legal. Nos referiremos acerca de cuáles son las herramientas Legal Tech disponibles en los mercados internacionales, junto con explicar de manera breve algunas tecnologías disruptivas que provocarán cambios profundos en la industria legal y como el Legal Tech impacta en el mercado legal actual; finalmente, se entregará una visión general de los desafíos de los legisladores para regular estas materias.

Palabras clave: Legal Tech, Innovación Legal y Mercado Legal.

Abstract: In this paper provides an overview of the Legal Tech concept and how the technology impacts the way attorneys must provide their legal services. Legal Tech will be defined, placing it within other branches of legal innovation. We will refer to which are the Legal Tech tools available in international markets, together with briefly explaining some disruptive technologies that will cause profound changes in the legal industry and how Legal Tech impacts the current legal market will be provided; finally, an overview of the challenges for legislators to regulate these matters.

Keywords: Legal Tech, Legal Innovation and Legal Market.

[*] Abogado. Socio y cofundador de Grupo Wolf y director legal de Uppercap. Correo electrónico: felipe@grupowolf.cl

1. Introducción

La tecnología llegó a nuestras vidas para revolucionarlas por completo. Dicha transformación ha llegado a tal nivel que, tal vez, hoy no logramos concebir el cómo sería nuestro diario vivir sin el uso de ella. Por ejemplo, no nos podríamos comunicar en forma instantánea, no podríamos tener acceso a la información en tiempo real y el impacto en las economías en tiempos de Covid-19, probablemente hubiese sido aún más perjudicial, entre muchos otros aspectos. Este cambio ha sido tan grande que no solo se han ido modificado nuestros gustos y preferencias, sino que la conducta del consumidor dejó de ser la misma y el valor de lo inmediato ha ganando más terreno.

Estos avances también tienen su impacto en los distintos mercados en el ámbito mundial y se debe principalmente a una optimización general del funcionamiento de las industrias para mejorar la estructura de costos de las empresas o mejoras en la eficiencia de los procesos, por lo que todo tipo de industrias se ven un poco obligadas o deben evolucionar acorde a dichos cambios.

Lamentablemente no todos los actores del ecosistema han evolucionado tan rápido como lo ha hecho la tecnología y, en consecuencia, la conducta del ser humano, siendo un claro ejemplo de ello el mercado legal. La industria legal siempre avanza más lento, no solo con la creación de normas jurídicas, sino, también, con la visión de los propios abogados acerca del mismo mercado donde se desenvuelven. Sin perjuicio de ello, en la actualidad existen aires de cambio, en la cual surge ese espíritu visionario que nos lleva a plantearnos: ¿cómo podemos redefinir la prestación de nuestros servicios jurídicos?

En ese orden de ideas, hay varios casos en los cuales los actores de una determinada industria se han hecho la misma pregunta y, facilitado por el uso de la tecnología, están cambiando la forma en que se hacen las cosas. A modo de ejemplo, encontramos el Proptech, concepto que busca definir a las empresas que ofrecen productos innovadores del punto de vista tecnológico o nuevos modelos de negocios para el mercado inmobiliario[1]. Lo mismo ocurre con las Fintech o Insurtech, entre otros, para englobar aquellas empresas que utilizan la tecnología para revolucionar las industrias financiera y aseguradoras, respectivamente.

Por su parte, el mundo jurídico a pesar de tener una historia caracterizada por un *status quo* muy arraigado, no ha sido la excepción en esta materia y de ahí el surgimiento del denominado Legal Tech.

[1] Medium (2017).

2. Legal Tech: Definición y contexto

2.1. Definición

Definir Legal Tech es un gran desafío. Actualmente no existe consenso respecto de un concepto que sea uniforme en esta materia ni tampoco contamos con una vasta literatura.

Sin embargo, en términos sencillos, podemos señalar que Legal Tech es una tendencia que consiste en la utilización de la tecnología para el desarrollo de soluciones en el mercado jurídico[2]. Generalmente, utilizamos el término Legal Tech para referirnos a aquellas *startups* cuyo elemento principal, en la prestación de sus servicios, está basado en el uso de la tecnología de alguna u otra forma.

Cuando analizamos el mercado legal de cualquier país, podemos fácilmente identificar que se encuentra dividido por un gran número de especialidades o áreas de práctica y que, a su vez, estas se siguen subespecializando, por lo que el grado de madurez de la industria legal es bastante elevado y la tecnología logra en cada una de dichas áreas o subespecialidades, facilitar el trabajo que desempeña el abogado. Por ello, nos podemos dar cuenta que Legal Tech, si bien corresponde al cruce del derecho con la tecnología, implica un impacto en el mercado legal, que es muy diverso según donde sea específicamente aplicado.

En este sentido, en el año 2016, The Boston Consulting Group junto con la Universidad alemana Bucerius Law School, publicaron un documento denominado "How Legal Technology Will Change The Business of Law"[3], en el cual dividen en tres categorías de soluciones tecnológicas, el impacto que tiene Legal Tech en los mercados.

La primera de ellas la denomina Enabler Technologies o tecnologías habilitadoras, enfocada en facilitar el proceso de digitalización. En el mundo jurídico existe una gran cantidad de datos que es necesario procesar para

[2] Cuando utilizamos los conceptos mercado jurídico, mercado legal o industria legal, nos referimos en general al mercado donde confluyen abogados, independiente de su forma de organización (estudio jurídico tradicional, no tradicional, pequeño, mediano, grande, empresas de servicios legales o proveedores de servicios alternativos), con clientes, pero sin referirnos a un país en particular o una situación determinada, salvo que expresamente se indique. La razón principal es que en este artículo buscamos entregar una mirada introductoria acerca de lo que es el Legal Tech. Además, tanto los efectos generados como el contexto en el cual surge, son similares en los distintos mercados por lo que se trata de una mirada global al respecto.

[3] Veith *et al.* (2016), pp. 4-5.

definir estrategias, dictar resoluciones judiciales o tomar decisiones en una determinada materia. Por ello, esta categoría se enfoca en soluciones tecnológicas destinadas al procesamiento de data o información jurídica. A modo de ejemplo, señala que podemos encontrar en esta categoría soluciones enfocadas a herramientas de almacenamiento en la nube como también a ciberseguirdad.

La segunda categoría, se denomina support-process solutions o soluciones de procesos de soporte, las cuales están enfocadas a hacer más eficientes el trabajo interno de los estudios jurídicos.

En este punto, podemos distinguir que el trabajo que se realiza en una empresa de servicios legales, independiente de la forma en que esta se estructure (estudio jurídico tradicional, no tradicional, proveedor de servicios legales alternativos, entre otros), tiene una parte de su trabajo que es externa y otra que es interna. Respecto de la primera, se refiere a todas las interacciones que tiene la empresa y las personas que la componen con sus respectivos clientes, ya sea en su comunicación como en la prestación del servicio propiamente tal. Mientras que su parte interna, engloba todas aquellas gestiones necesarias para que la empresa pueda funcionar de manera eficiente, por ejemplo, nos referimos al manejo de las relaciones con los clientes, la facturación, cobranza, finanzas, gestión de recursos humanos, entre otros aspectos. Esta categoría tiene por objetivo que todas aquellas gestiones administrativas, del proceso interno de las empresas de servicios legales, sean más eficientes gracias al uso de la tecnología y que le permitan estudiar y procesar la data del negocio para una mejor toma de decisiones.

Finalmente, la tercera categoría es denominada substantive law solutions o soluciones del derecho sustantivo, la cual se refiere a aquellas herramientas que apoyan o, incluso, llegan a reemplazar a los abogados en tareas centrales de transacciones o en litigios. Además, abarca una serie de subcategorías, las cuales son, por ejemplo, aquellas plataformas que prestan servicios legales cuyas gestiones son estandarizadas; o también aquellas plataformas que ayudan a la realización de gestiones legales poco calificadas, como cartas, cómputo de plazos o fechas limites para realizar actuaciones judiciales; plataformas que ayudan con la redacción automática de contratos simples e, incluso, el análisis de aquellos. Asimismo, en esta categoría encontramos herramientas con un componente tecnológico más avanzado, como el análisis de datos de resoluciones judiciales de un determinado tribunal para poder efectuar análisis predictivos de futuras sentencias sobre alguna materia, por mencionar un ejemplo.

En atención a que el concepto de Legal Tech engloba varios aspectos de la tecnología aplicada al derecho, para fines de este artículo y cuando utilicemos la palabra Legal Tech, nos estaremos refiriendo, dependiendo de su contexto, a dos grandes grupos:

a) Soluciones que hacen más eficientes la gestión de los abogados, estudios jurídicos o empresas de servicios legales. En esta categoría encontramos desde plataformas de practice management, investigación jurídica hasta automatización de contratos.
b) Soluciones que redefinen la forma en que los servicios jurídicos se prestan, ya sea desde la forma en que se genera la relación abogado-cliente hasta la utilización de tecnologías disruptivas para replantearse cómo agregar más valor a los clientes.

La importancia del Legal Tech radica en que el uso de la tecnología aplicada a alguna de las posibilidades antes englobadas, conlleva a que como profesionales veamos el mercado legal y la prestación de nuestros servicios desde una óptica diversa, transformándose en una herramienta viable para diferenciarse en una industria que se encuentra bastante madura y saturada.

2.2 Contexto

Para entender por qué el Legal Tech es una alternativa disponible para llevar a cabo la visión consistente en que los servicios jurídicos deben ser prestados de una manera diferente, debemos realizar un breve análisis comparativo respecto a cómo era la prestación de servicios jurídicos hace algunas décadas y cómo lo es en los tiempos actuales.

Si efectuamos dicho ejercicio, podemos vislumbrar algunas diferencias o mencionar, tal vez, dos de las más relevantes: el aumento de la cantidad de abogados en los mercados y la conducta del consumidor que adquiere dichos servicios legales.

Por una parte, el hecho de que existan más abogados en un determinado mercado conlleva a que la competencia entre los prestadores de servicios jurídicos aumente. En el caso de Chile, por ejemplo,

> "en el año 1992, habían 9.446 abogados, aproximadamente 75 abogados por cada 100.000 habitantes. (...) En cambio, al año 2016, no sería exagerado pensar que existen en Chile 40.000 abogados, lo que representaría una tasa cercana de 230 abogados por cada 100.000 habitantes"[4].

Si bien esta cifra puede parecer alta, si la comparamos con otras naciones como Estados Unidos o México, vemos que la realidad en dichos países dista mucho de la nuestra y la sobrepoblación de abogados en dichos territorios es mucho mayor. Sin perjuicio de ello, si bien el nivel de densidad de prestadores podrá variar de un país a otro, lo cierto es que al existir un

[4] De la Maza *et al*. (2016), pp. 19-22.

aumento de profesionales en un determinado mercado, tiene efectos en la oferta e impacta inevitablemente en la forma en que dichos servicios son demandados y en su precio.

Una de las consecuencias de la mayor competencia en un mercado legal es que, respecto de determinadas prestaciones o servicios, como existen tantos oferentes, el único valor diferenciador que permite distinguir unos de otros es el precio, el cual tiende, de modo innevitable, a disminuir. Este efecto se denomina la mercantilización o comoditización del derecho. Como señala Richard Susskind, consultor británico de grandes estudios jurídicos:

> "cuando muchos abogados hablan de mercantilización, son propensos a hacerlo en términos sombríos y despectivos: el trabajo legal mercantilizado, se entona con profundo pesar: es un trabajo del que ya no podemos ganar dinero. La idea central es que el trabajo que alguna vez fue hecho a mano ahora puede ser rutinario y desechado rápidamente con poca necesidad de intervención de abogados. Por el contrario, desde el punto de vista del cliente, este cambio hacia la rutina tiende a ser algo bueno, ya que comporta honorarios mucho más bajos"[5].

El hecho de que exista una mercantilización de los servicios jurídicos conlleva a que determinadas gestiones legales, por lo general aquellas que son rutinarias y en las cuales los abogados aportan poco valor agregado, pueden perfectamente ser ofrecidas al mercado a un menor precio, beneficiando de esa manera a los clientes que contratan ese tipo de servicios. Desde la mirada del mercado legal, para que el negocio sea rentable y esa disminución no implique un menor ingreso, la tecnología permite hacer más eficiente dicho proceso rutinario a través de la automatización de documentos, por ejemplo, por lo que si antes nos demorábamos tres horas en redactar un documento determinado, ahora lo podemos tener listo en la mitad de tiempo. Lo anterior permite competir en una baja de precio respecto de un servicio, pero conservando en alguna medida su rentabilidad.

Por otra parte, el cliente que consume servicios legales ha cambiado. Es un usuario que tiene un mayor acceso a la información, por lo que antes de consultar a un abogado podría buscar resolver su pregunta a través de alguna plataforma conocida o, bien, cuando finalmente pide una asesoría, va preparado con información, la cual podrá ser correcta o no. Es un consumidor cuya conducta ha sido modificada por completo producto de la tecnología, consume cuando y donde quiere (*on demand*), y no se conforma con solo una fuente de información. Actualmente las alternativas de de-

[5] Susskind (2017), p. 32.

cisión respecto de qué ver, escuchar o leer en un momento determinado queda entregada a la voluntad y gusto del cliente. Un ejemplo de este nuevo consumidor son el hospedaje en vacaciones: decide libremente donde alojar, no solo teniendo por opción un hotel u hostal, sino que, incluso, la casa de alguien en particular que lo conoció a través de plataformas digitales.

Dichos cambios en la forma de consumir servicios o adquirir productos son trasladados de manera inevitable a la esfera jurídica. En relación con esto existe un fenómeno denominado el desafío más por menos, el cual plantea la siguiente pregunta: ¿Cómo pueden prestar más servicios jurídicos a un menor coste? Richard Susskind plantea el criterio de la eficiencia, indicando que para reducir los costos, necesariamente debemos desglosar o descomponer el trabajo legal y, aquellas tareas que sean más rutinarias, deben realizarse de una manera más eficiente, como el *outsourcing*, la subcontratación y la computarización de los procesos. El autor finaliza indicando que este escenario corresponde a la industrialización, digitalización y comoditización de los servicios legales[6].

Por ello, el componente tecnológico que aporta el Legal Tech a la prestación de los servicios jurídicos permite poder digitalizar, automatizar o simplemente hacer más eficientes aquellas gestiones rutinarias, de poco valor, permitiéndole a los abogados enfocarse en aquellas gestiones más complejas. Para lograr un cambio de este tipo, es importante que la mentalidad de los abogados cambie en tal dirección. Es necesario entender que el foco debe dirigirse al cliente y lograr hacer más eficientes las labores del abogado. Cuando logremos internalizar esa visión, podremos darnos cuenta de que hay un sinnúmero de gestiones que son repetitivas y que la gestión que realiza el abogado no le agrega valor a dicho proceso, sino que lo encarece de manera indebida.

Finalmente y para cerrar este acápite de contexto, debemos considerar un último factor al respecto. El mercado legal ya no es el mismo, no solo porque la cantidad de abogados ha aumentado y el cliente que consume dichos servicios cambió, sino que, también, porque existen nuevos actores en el mercado que han entendido, tal vez de una manera más rápida, como se han ido forjando estos cambios y han ingresado a los mercados legales con soluciones que van en dicha dirección. Nos referimos a los llamados Alternative Legal Services Providers (ALSP) o proveedores de servicios legales alternativos.

Los ALSP son

> "prestadores de servicios jurídicos que se apartan del modelo tradicional de despacho de abogados que proporcionan servicios especializados con

[6] The Practice (2017).

> alta demanda en el ámbito legal. Por ejemplo, proporcionan abogados on demand o utilizan tecnología para llevar a cabo tareas como la revisión de documentos o gestión de propiedad intelectual"[7].

El hecho de que estos nuevos competidores ingresen a un mercado legal con la visión tecnológica como foco, agregan todavía más competencia al entorno, ya que no solo se ven afectados por la gran cantidad de abogados existentes, sino que, además, al tener una visión de negocio diferente, captan una cuota de mercado respecto de aquellos clientes cansados del modelo tradicional del Big Law[8]. De hecho, este tipo de empresas ha crecido año a año y según lo señalado en el reporte elaborado por Thomson Reuters el año 2019, indica:

> "en 2 años las ganancias de los proveedores de servicios alternativos han aumentado de $8.4 mil millones en 2015 a aproximadamente $10.7 mil millones en 2017. Esto representa una tasa de crecimiento anual compuesta de 12.9% durante ese período"[9].

Por lo tanto, podemos señalar que todos estos factores: la gran cantidad de abogados existentes en los distintos mercados, clientes de servicios legales cuya conducta del consumidor cambió, exigiendo más por menos y la irrupción de nuevos actores con una visión del modelo de negocios renovada como los ALSP, conforman el clima perfecto para que la industria Legal Tech adquiera mayor fuerza, ya que es una solución eficaz para un mercado cada vez más complejo. Sin perjuicio de ello, debemos señalar que el Legal Tech no es la única vía.

3. Legal Tech: Una rama de la innovación legal

La revolución del Legal Tech, como aquella disciplina que está cambiando la forma de hacer las cosas en el derecho gracias a la utilización de la tecnología en la prestación de los servicios legales, es tan solo uno de los caminos para lograr una redefinición de la práctica legal, tanto en el ámbito internacional

[7] Definición de la abogada española Isabella Galeano comentada en Curso Legal Tech, Universidad de Esade, Barcelona, España. Año 2020.

[8] Utilizaremos la palabra 'Big Law' para referirnos al modelo tradicional del ejercicio del derecho, constituido por grandes estudios jurídicos estructurados de manera rígida como también jerárquica y con bajos índices de innovación respecto a la forma de prestación de sus servicios.

[9] Thomson Reuters (2019), p. 3.

como local. No es la única alternativa ni herramienta para lograr ese cambio en el mercado legal.

El Legal Tech forma parte de lo que se denomina Innovación Legal. La relación que existe entre ambos conceptos se puede encuadrar en una relación género-especie, en la cual toda estrategia o implementación en el mundo Legal Tech es una innovación legal, pero no toda innovación legal es necesariamente una herramienta o implementación en el campo del Legal Tech.

En este sentido, el profesor asociado de Chicago-Kent College of Law, Daniel Katz, considera que la innovación legal está compuesta por cuatro pilares fundamentales[10]:

- "Derecho: Conocimiento y dominio del derecho sustantivo.
- Tecnología: Plataformas de análisis de datos, inteligencia artificial (AI), capacidad computacional y gestión del conocimiento.
- Diseño: Mejora de procesos, experiencia de usuario, *design thinking* y gestión de proyectos.
- *Delivery*: Modelos de negocio, regulación y marketing jurídico.

Si analizamos los pilares señalados por Daniel Katz, entenderemos que el Legal Tech constituye solo uno de dichos pilares, en el cual el uso de la tecnología lo dirige en facilitar la gestión de los abogados. Por ejemplo, como una plataforma de análisis de datos que permita procesar grandes cantidades de información contenidos en el Big Data de manera mucho más rápida de la que un humano podría ejecutar y, a través de la inteligencia artificial, efectuar análisis de dichos datos e incluso realizar predicciones de los distintos escenarios.

Ahora y, considerando los componentes de la innovación legal, una de las observaciones que plantea Daniel Katz, es que el trabajo efectuado por los abogados y que son realizados a medida del cliente, a diferencia de lo explicado en el desafío más por menos, es un trabajo complejo, respecto del cual inevitablemente hemos puesto a disposición una gran cantidad de seres humanos para resolverlo.

Su diagnóstico y planteamiento de los cuatro pilares de la innovación legal, se basan en la descripción de la función de producción de Cobb-Douglas, donde expresa la siguiente fórmula:

$$Q = f\,(L\,,\,K)$$

La cual muestra que la cantidad de producción (Q) depende estrictamente de la combinación de distintas cantidades de trabajo (L) y capital (K)

[10] Business of Law Blog (2016).

y que, respecto del mercado legal, al ser un mercado maduro, la eficiencia triunfa por sobre el crecimiento.

Dicho lo anterior, podemos entender que el objetivo de la innovación legal en este sentido es basado en los cuatro pilares ya referidos, lograr que los abogados visualicen el mercado legal y la forma de prestar sus servicios jurídicos desde una perspectiva distinta con foco en la eficiencia y, en definitiva, hacer menos complejos los procesos. Lo anterior producirá grandes beneficios en la industria y, sobre todo, en el cliente o el usuario de servicios legales. Hacer el derecho más accesible a todas las personas, es tarea principal de los propios abogados.

Ahora que entendemos que Legal Tech forma parte de una rama de la innovación legal y hemos explicado cuáles son los otros pilares que componen dicha disciplina, nos referiremos brevemente a otras dos innovaciones legales que, en los mercados internacionales, han sumado mayores adeptos. Como, asimismo, al New Law y Legal Design.

Estas disciplinas son importantes y, si bien las podríamos encuadrar dentro de los pilares de Daniel Katz, en Delivery y Diseño, respectivamente, pueden coexistir con el Legal Tech. Dicho de otra manera, no son excluyentes unas con otras, sino que pueden a la perfección coexistir para lograr una disrupción total en la prestación de los servicios legales, pero sin duda va a depender de cuál haya sido el modelo de negocios trazado originalmente.

3.1 New Law

En el año 2013, el consultor australiano Eric Chin acuñó el neologismo 'New Law' para referirse a una nueva forma de prestar los servicios legales. A este respecto señala:

> "El modelo de negocio del 'NewLaw', tal como lo concebí originalmente, describe a las empresas que utilizan el arbitraje laboral ('labor arbitrage') como parte central de su modelo de negocio en la prestación de servicios jurídicos. Entre los ejemplos tenemos, naturalmente, a las empresas de LPO[11], a las empresas de comisión de abogados, y a las empresas de prestación de servicios jurídicos que trabajan con honorarios fijos y hacen uso de abogados según la demanda"[12].

El arbitraje, en los mercados de *trading*, está referido a obtener ventajas económicas respecto de la diferencia de precio que existen entre dos o

[11] El LPO significa Legal Process Outsourcing o externalización de procesos legales. El proceso consiste en subcontratar parte de las funciones legales realizadas por abogados o procuradores a proveedores que pueden ejecutar dichas labores a un bajo costo, ya sea en el mismo territorio o en el extranjero.

[12] Niubox (2020).

más mercados. Aquí, el concepto de labour arbitrage o arbitraje laboral se utiliza para referirse a la creación de estructuras de negocios legales cuyo foco está dirigido a la obtención de una ventaja competitiva en un mercado determinado, producto del cómo gestionan sus recursos humanos, ya sea contratando mano de obra más económica en otros territorios o, bien, abogados, en la medida que la demanda lo requiera, siendo, por tanto, estructuras más flexibles que las tradicionales.

En este sentido, podemos indicar que la principal diferencia entre el New Law y el Legal Tech, es que, si bien el Legal Tech también utiliza el arbitraje, no lo hace en función del capital humano, sino que lo enfoca a la incorporación de la tecnología. La razón fundamental se basa en que a veces resulta más conveniente contratar un *software* que existe en algún mercado internacional y aplicarlo a las soluciones legales, que destinar los recursos en desarrollarla o contratarla en el mismo mercado donde se desempeña.

Un claro ejemplo, son aquellas empresas que prestan servicios de firma electrónica simple, pero con un desarrollo tecnológico para dar cumplimiento a las prácticas de Know Your Customer (KYC: "conoce a tu consumidor"). Lo anterior, es de suma importancia dado que las partes no están presentes al momento de la firma, por lo que debemos acreditar previamente que quien firma es quien dice ser y que, con posterioridad a la suscripción del documento, no pueda alegar falsedad de la firma. Esta práctica tiene por objetivo conocer y saber con certeza quiénes son las personas intervinientes en dichos procesos.

Es importante entender en esta materia y, siguiendo con el ejemplo, que si el centro de la prestación del servicio legal no es la firma electrónica de documentos, sino que solo constituye una funcionalidad adicional implementada para facilitar la prestación de los servicios, resultará más conveniente encontrar a algún proveedor nacional o internacional (dependiendo de los costos), que implemente dicha funcionalidad. En caso contrario, si dicha tecnología resulta ser esencial, la lógica indica que debe ser desarrollada de manera interna.

3.2 Legal Design

Cuando el foco de la prestación de los servicios pasa de estar centrada en los abogados a los clientes, quienes, en definitiva, son la parte más importante de la relación, toda vez que ellos son los consumidores de dichos servicios legales, debemos preguntarnos si en realidad entienden la información jurídica, los contratos, sentencias y el resto de las interacciones que tienen con el mundo jurídico. Generalmente la respuesta es negativa, dado que los abogados hablan en un lenguaje muy técnico o simplemente son muy abstractos y poco prácticos, alejándose de lo que el cliente necesita.

En este contexto, surge el Legal Design como un área de la innovación jurídica, derivada del Design Thinking, en el cual se combina una serie de factores y herramientas destinadas a poner el foco en las interacciones de los prestadores de servicios legales con los usuarios. Poner al usuario en el centro de la prestación del servicio nos permitirá preguntarnos si n realidad le estamos agregando valor, si realmente entiende lo que estamos haciendo como abogados y saber cómo es su experiencia en todo el flujo de interacciones con los abogados.

En palabras de Margaret Hagan, una de las referentes mundiales de esta disciplina y la directora de The Legal Design Lab de la Universidad de Stanford, indica:

> "el Legal Design es la aplicación del diseño centrado en el humano para el mundo legal, con el objeto de hacer que el sistema legal y los servicios sean más centrado en las personas, utilizable y agradable"[13].

Para aterrizar y poner en práctica lo que es el Legal Design, basta con preguntarse si los usuarios leen los términos y condiciones de las páginas web donde navegan o si, por ejemplo, leen los contratos redactados por los bancos cuando tramitan algún crédito. La realidad es que solo una minoría lo hace y, la razón principal del por qué la mayoría decide aceptar/firmar y no leer, se debe a la extensión y el aspecto técnico de dichos documentos. El Legal Design, tiene por objetivo hacer que dichos procesos sean más simples para el usuario, con gráficas más amenas y lograr un mayor entendimiento, en otras palabras, hacer simple lo complejo[14].

4. Herramientas y tecnologías Legal Tech

Tal como mencionamos en el capitulo relativo a la definición de Legal Tech, el cruce entre derecho y tecnología engloba una serie de diversas posibilidades, como *software* o herramientas para hacer más eficiente la gestión administrativa de los estudios jurídicos o empresas de servicios legales; *software* o servicios en línea para contactar abogados o recibir servicios *on demand* en línea, *software* o herramientas que te permiten resolver preguntas jurídicas sin la necesidad de llegar a contactarse con un abogado, entre otras. En atención a esa gran diversidad de opciones que existen en el mundo Legal Tech, es importante llevar a la práctica esa conceptualización y explicar brevemente

[13] Law by Design.

[14] Si quieren ver un caso concreto, los invito a revisar la página web de la empresa finlandesa Dot. Disponible en https://dot.legal/en/introduction [fecha de consulta: 20 de marzo de 2020].

cuáles son las herramientas más utilizadas, así como también explicar cuáles son algunas de las tecnologías disruptivas que están modificando el cómo se prestan los servicios legales.

4.1 Herramientas Legal Tech

Cuando hablamos de herramientas Legal Tech, nos estamos refiriendo a las soluciones jurídicas basadas en la tecnología y que las empresas o *startups* están ofreciendo al mercado legal. En este sentido, advertir que hay empresas que combinan más de alguna de las herramientas que explicaremos en su modelo de negocios, por lo que encuadrarla en una de ellas resulta difícil.

Efectuar una clasificación o crear determinadas categorías respecto de estas herramientas Legal Tech es posible, pero la experiencia internacional indica que tampoco existe uniformidad al respecto. La razón fundamental se debe a que el desarrollo tecnológico de las soluciones jurídicas lanzadas al mercado dependerán de: cada industria, del nivel de utilización de las tecnologías subyacentes y del nivel de adopción de los usuarios/clientes. Dicho de otra manera, en un país en el cual el Legal Tech tiene más presencia y coexiste con las otras disciplinas de la innovación legal, se dan los factores para potenciar el cambio.

Los abogados ya han asumido que es una realidad y están efectuando cambios al respecto, pero el nivel de desarrollo respecto el cruce del derecho con la tecnología se encontrará mucho más maduro y desarrollado en estos países versus aquellos donde aún no conocen el concepto y no se han cuestionado modificar el *status quo*. Esa es la razón por la cual las clasificaciones o categorías difieren de un territorio a otro.

Una de las clasificaciones populares es la efectuada por CodeX Techindex[15], The Standford Center for Legal Informatics, dependiente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, quien agrupa un total de 1317 empresas alrededor del mundo dedicadas al Legal Tech, de la siguiente forma:

- *Marketplace*: Plataformas que permiten prestar servicios legales en línea como también para aquellas que buscan poner en contacto a usuarios que requieren servicios legales con abogados que están dispuestos a prestar dichos servicios.
- Automatización de documentos: Plataformas que generan de manera automática documentos administrativos, demandas o contratos, a través de formularios simples que son completados por los mismos usuarios, con o sin asistencia de un abogado en el proceso.

[15] Disponible en https://techindex.law.stanford.edu/ [fecha de consulta: 15 de marzo de 2020].

- Practice Management: Plataformas que permiten ordenar y hacer más eficiente la gestión interna de la oficina de abogados, sea cual sea la estructura que tenga.
- Investigación jurídica: Plataformas que facilitan el acceso, búsqueda e, incluso, procesamiento de información jurídica para la toma de decisiones o creación de estrategias.
- Educación jurídica: Plataformas que, de manera digital, permiten practicar y fomentar la formación jurídica tanto de estudiantes como de profesionales del derecho.
- Resolución de disputas en línea: Plataformas que facilitan, orientan y permiten que las partes de un conflicto puedan resolver en línea alguna contienda jurídica.
- E-Discovery: Plataformas que permiten procesar información legal electrónica para distintos fines como, por ejemplo, preparar los hechos de algún juicio de cualquier naturaleza o para una investigación.
- *Analytics*: Plataformas que facilitan el proceso de análisis de contratos, juicios, procesos, datos, entre otros.
- *Compliance*: Plataformas que han simplificado o automatizado el proceso de *compliance* en las empresas como también, por ejemplo, la implementación de herramientas de KYC o AML (Anti Money Laundering).

Por otro lado, si analizamos las soluciones Legal Tech por países, podemos encontrar que algunos han desarrollado mapas que muestran todos los actores del mercado que prestan soluciones tecnológicas para los servicios jurídicos, agrupados por el núcleo del negocio que desarrollan. La plataforma Legal Complex[16] contiene algunos mapas de Legal Tech desarrollados para algunos países. Por ejemplo, en el caso de Estonia durante el año 2019, las categorías individualizadas son las siguientes: colaboración, revisión de documentos con inteligencia artificial, firma electrónica de documentos, generación de contratos, administración de los contratos, administración de documentos, legal spend o supervisión en los gastos legales y administración de las empresas legales.

Como podrán apreciar, no existe actualmente uniformidad respecto de las categorías de herramientas Legal Tech en el mundo. No obstante, existen algunas categorías cuya cantidad de empresas que se encuentran prestando dichos servicios es mayor y merecen algunos comentarios al respecto como, por ejemplo, y en nuestra opinión, los *marketplace*, la automatización de documentos y el practice management.

[16] Pueden encontrar más información acerca de esta empresa en el siguiente enlace: www.legalcomplex.com/maps/ [fecha de consulta: 15 de marzo de 2020].

4.1.1. Marketplace jurídicos

Esta es probablemente la categoría más desarrollada por las *startups* Legal Tech.

Los *marketplace* son plataformas que cumplen la función de ser un mercado digital. Consiste en esencia en la reunión de un grupo de oferentes con otro grupo de demandantes de productos o servicios.

Los *marketplace* jurídicos son plataformas digitales que permiten poner en contacto a abogados con clientes que requieren servicios legales. La forma de vincularlos va a depender del desarrollo mismo de la plataforma y de su modelo de negocio. Hay plataformas en las cuales simplemente contienen un directorio de abogados, muchas veces con comentarios de otros usuarios y valorizaciones respecto de su servicio, divididos por lugares geográficos y también por especialidad; mientras que existen otras plataformas que son más activas y acompañan en la búsqueda del asesor jurídico que requieres para tu problema.

En la experiencia internacional podemos encontrar como referentes en esta materia a dos empresas en particular: Avvo y Rocket Lawyer.

En el caso de Avvo[17], una empresa estadounidense fundada el año 2007, su objetivo principal consiste en ser un gran directorio legal de abogados para facilitar la búsqueda de los usuarios, en la cual tiene una calificación por parte de la plataforma y, además, tanto valorización como comentarios de los usuarios que hayan contratado sus servicios.

En la plataforma, los profesionales están divididos por estados y áreas de especialidad, con el objetivo de lograr un buen filtro previo. También tiene una sección en la cual hay una gran cantidad de recursos gratuitos para que los usuarios puedan acceder a información legal y artículos publicados por abogados sobre distintas materias como: negocios, familia, laboral, inmigración, entre otros; tiene, además, una sección donde se pueden hacer consultas generales de un problema legal para que sea resuelto por un abogado.

Por otro lado, Rocket Lawyer[18] es una empresa estadounidense fundada el año 2008, la cual posee una plataforma más robusta, pues mezcla varias herramientas Legal Tech, por lo que es difícil encuadrarla solo en esta categoría. Dentro de la gama de servicios que ofrece, se encuentran documentos legales automatizados e información jurídica gratuita; asesoría de abogados a precios accesibles; repositorio y acceso en línea a los documentos que tienen en la plataforma con todos los estándares de seguridad para pro-

[17] Pueden encontrar más información disponible acerca de esta empresa en www.avvo.com/ [fecha de consulta: 20 de marzo de 2020].

[18] Véase más información acerca de esta empresa en www.rocketlawyer.com/ [fecha de consulta: 20 de marzo de 2020].

teger la información; firma de documentos en línea y la opción de invitar a las otras partes para que firmen también, entre otras funcionalidades.

Estas plataformas redefinen tanto la forma de acceder a los servicios jurídicos como la contratación de un abogado, eliminando las barreras territoriales para permitirles a los usuarios contratar al mejor en una determinada especialidad o, también, recibir servicios legales en línea, aun sin la presencia física de un abogado, considerando aquellos trámites más estandarizados.

4.1.2. Automatización de documentos

Como hemos comentado, hay un sinnúmero de servicios legales prestados por abogados, que son gestiones repetitivas, poco complejas y que el hecho de que sean prestadas por ellos solo encarece el servicio.

La tecnología permite facilitar el procesos de creación de documentos, en los cuales, incluso, ya no es estrictamente necesario contar con la asesoría jurídica de un abogado para su elaboración. Utilizan plantillas con preguntas sencillas para que sean completadas por los mismos usuarios y el contenido principal del contrato viene redactado por defecto en el documento. Sin perjuicio de lo anterior, la experiencia indica que aquellas plataformas que iniciaron su camino sin la participación de asesores jurídicos que orienten a los clientes, tuvieron que ir incorporando este tipo de servicio, debido a que, si bien la tecnología permitía automatizar el trabajo del profesional en un gran porcentaje, los usuarios de igual forma necesitaban orientación respecto a preguntas relativas al formulario o al fondo del problema jurídico que se pretendía resolver.

Ahora bien, lo más probable es que cuando este tipo de plataformas y tecnologías sean utilizadas con mayor frecuencia por más personas, aun los usuarios podrán confiar más en los denominados chatbots que, basados en algoritmos de programación de inteligencia artificial, los cuales permiten dar respuestas jurídicas a los usuarios según el nivel de aprendizaje de los *software*.

Lo anterior en ningún caso apunta a que los abogados no sean necesarios y que terminarán siendo reemplazados por las máquinas, todo lo contrario. Lo comentado apunta a que el abogado dejó de ser necesario para determinadas gestiones que agregan poco valor al proceso, dado el nivel de estandarización de aquellas, debiendo necesariamente reinventarse y enfocarse en asuntos más complejos cuya presencia sea realmente justificada.

En esta categoría podemos destacar a la empresa estadounidense Legal Zoom[19], cuyo origen se remonta al año 1999 y su enfoque principal consiste en la generación automática de documentos legales, a través de una

[19] Véase información acerca de esta empresa en www.legalzoom.com/country/cl [fecha de consulta: 20 de marzo de 2020].

plataforma amigable y fácil de usar. En simples pasos y con formularios bastante simplificados, puedes crear documentos legales de manera rápida y sencilla. Además, cuenta con planes donde se puede contar con una gran cantidad de recursos disponibles, pero también con la asesoría de expertos que pueden orientar en algún caso particular.

4.1.3 Practice Management

Tal vez uno de los aspectos fundamentales que tiene una oficina de abogados, independiente de su estructura y de su capital humano, es la cartera de clientes que puede llegar a crear. Independiente del tamaño de la empresa, los clientes son el combustible que permite que la oficina funcione y logre crecer.

Para el correcto funcionamiento de una oficina, uno de los focos debe estar en la ejecución de varias gestiones administrativas como: contabilidad, finanzas, cobranza, relación con sus clientes, entre otros. Si el tamaño de la empresa es pequeño y la gestión administrativa es abordable, por lo general son los socios quienes llevan a cabo dichas gestiones, lo que provoca un desgaste y una pérdida de tiempo. Para aquellas de mayor tamaño, se hace indispensable delegar estas gestiones en terceros especialistas en la materia. La eficiencia que pueda tener la realización de estas gestiones, dependerá de si utilizan o no tecnología en estos procesos.

Desde contar con un CRM (Customer Relationship Management), un *software* que permita medir el rendimiento de las personas o una plataforma que organice el ciclo de vida de los contratos que son redactados por la oficina, son herramientas que en definitiva hacen que tanto el trabajo interno de la oficina como el externo, sean ejecutados de una manera controlada y eficiente.

Cuando no se utilizaba tecnología, el control administrativo de la gestión interna y externa de la oficina era mucho más lenta, engorrosa y probablemente no se podían analizar la data del negocio para la toma de decisiones. En cambio, hoy, ese trabajo está también automatizado y permite llevar un control exacto que permita obtener el foco necesario para lograr el crecimiento sostenido del negocio.

Si revisamos la perspectiva de crecimiento de la empresa, es fundamental analizar la data. Dicho proceso nos permite concluir, por ejemplo, qué tan eficiente somos en el trabajo; si pudimos o no marginar sobre la gestión contratada o si el cobro estuvo por debajo de la cantidad de tiempo destinado a su realización; conocer cuál es la tasa de conversión y saber cuántos cierres con clientes existen de manera mensual; cuáles son las áreas de la empresa que tiene un mayor crecimiento y cuáles no lo están haciendo al ritmo esperado, entre muchos otros indicadores. Esto constituye información valiosa para la toma de decisiones y son aspectos fundamentales para

poder proyectarse al futuro y delinear el crecimiento de un negocio. Hoy, en el mercado, existen soluciones tecnológicas que permiten tener el control de manera fácil y eficiente de todas estas áreas.

Por ejemplo, podemos destacar a la empresa canadiense Clio[20] dedicada al Practice Management dirigido tanto a abogados independientes como a estudios jurídicos pequeños, medianos y grandes. La plataforma tiene muchas herramientas de administración que se ajustan al tamaño de la empresa y al gusto del consumidor.

Por lo tanto y, como bien hemos podido apreciar, antes del uso y aplicación de la tecnología a la prestación de los servicios jurídicos, la relación abogado-cliente se formaba necesariamente de manera presencial, pero vemos que con la llegada de los *marketplaces* jurídicos, la forma en que los clientes buscan al mejor abogado que pueda resolver sus problemas ha sido modificada. Ya no solo cuenta con los comentarios o referidos de sus amigos, familia o ambos, sino que en la actualidad pueden encontrar al abogado a través de Internet y basarse en las calificaciones o comentarios de otros usuarios que hayan sido clientes de la plataforma y de un profesional en particular.

Por otro lado, antiguamente la forma de crear contratos o documentos legales consistía en realizar una búsqueda de algún modelo o escritura ya realizada con contenido similar y, a partir de dicha base el profesional comenzaba a redactar las cláusulas del caso o cliente en concreto. Además, con la automatización de documentos, vimos que gran parte del trabajo documental que se realizaba, al ser de poco valor y repetitivo, podía automatizarse haciendo más eficiente la gestión del abogado.

Si bien estas categorías son solo algunas de las detalladas en las clasificaciones, es importante que entendamos que el efecto que ha tenido la teconología en el ejercicio del derecho nos lleva a una nueva era del ejercicios profesional.

4.2 Tecnologías Legal Tech

Como señalamos en el capítulo de la definición del Legal Tech, la tecnología incluso, como área del conocimiento en sí misma, modifica el cómo los servicios legales se prestan o prestarán en el futuro. Cuando analizamos las tres herramientas Legal Tech en el apartado anterior, pudimos apreciar que la tecnología subyacente en cada una de ellas no es tan disruptiva, sino que está más enfocada en utilizar la tecnología ya disponible para aplicarla a la industria legal.

[20] Más información acerca de esta empresa en www.clio.com/ [fecha de acceso: 21 de marzo de 2020].

En forma paralela, existen innovaciones tecnológicas que su nivel de disrupción es tal que conllevan a que el mercado legal evolucione y sea modificado fuertemente. En particular, nos referiremos a Blockchain y la inteligencia artificial.

4.2.1. Blockchain

Cuando a fines del año 2008 se publica el white paper de Satoshi Nakamoto denominado "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", para referirse a un sistema de pago electrónico cuya principal virtud era no depender de la confianza de las partes para su funcionamiento, sino que de una red distribuida con un protocolo criptográfico, surge en dicho momento la tecnología blockchain.

Blockchain lo podemos conceptualizar como

> "una base de datos que puede ser compartida por una gran cantidad de usuarios, en forma peer-to-peer y que permite almacenar información de forma inmutable y ordenada"[21].

La información que se puede almacenar es diversa y, como explicaremos más adelante, puede contener información desde transacciones de dinero hasta contratos, sean estos digitales o no. Por otra parte, dada esta funcionalidad, pueden existir varias blockchain.

En términos sencillos, podemos graficar esta tecnología como una gran cadena de bloques compuesta por una base de datos que se encuentra distribuida entre todos los participes de la red. Cada bloque, además de contener la información de determinadas operaciones, contiene un código hash tanto del bloque en cuestión como del bloque anterior, formando una cadena ordenada en forma cronológica.

El código hash permite identificar el contenido del bloque de manera única, de suerte tal que si el contenido se llegase a modificar, dicha operación generaría un nuevo código distinto al originalmente emitido que no calzaría con la cadena, impidiendo que forme parte de ella. Esta característica es fundamental porque garantiza la inmutabilidad de la información contenida en los bloques. Por otro lado, esto se potencia por el hecho de que hay miles de participes en esta red y cada uno de ellos puede descargar una copia de esta base de datos, por lo que dificulta la posibilidad de alterar la información de manera unilateral, ya que dicho cambio debería ejectuarse en forma simultánea en todos los computadores que contenga esa información.

Cuando los usuarios de la red pretenden ejecutar una operación, el sistema emite un problema matemático complejo, cuyos participes intentarán

[21] Dolader *et al.* (2017), p. 34.

resolver. Estos participes en particular reciben el nombre de mineros y su función es resolver estos problemas para validar las operaciones a cambio de una recompensa en criptomonedas. Si lo logran, se ejecutan las operaciones y se sella el bloque, creándose de forma inmediata uno nuevo con las reglas ya indicadas. En caso de que la operación no sea validada, simplemente no se ejecuta.

Se asocia de manera errónea blockchain solo a bitcoin, en circunstancias que bitcoin es una criptomoneda que, para su funcionamiento utiliza y opera en blockchain. En este sentido existe, por ejemplo, la blockchain de ethereum cuya criptomoneda se denomina Ether y su principal función no es la de ser una moneda de intercambio, sino la de alimentar a la red de ethereuem.

En esta blockchain en particular se pueden crear los denominados Smart Contracts. Estos son contratos "inteligentes" de código informático cuyo cumplimiento no depende de la voluntad de las partes que lo crearon, sino de la verificación de las condiciones objetivas establecidas en dicho instrumento bajo el formato de códigos. Los Smart Contracts son redactados bajo la fórmula de programación "if and then", en la cual si ocurre un escenario determinado trae consigo un resultado específico. Por ejemplo, Pedro y Juan firman un smart contract que indica que si el día jueves 12 de marzo de 2020 la temperatura es de 25° C, Pedro le pagará a José la cantidad de 1 ether. Si el hecho objetivo ocurre, es decir, para ese día la temperatura alcanza los 25°, la operación se ejecuta automáticamente y se transfieren de la billetera digital de Pedro a la billetera digital de José la cantidad de 1 ether, sin que las partes puedan oponerse. En caso contrario, no ocurre la transacción estipulada en el contrato y Pedro conserva su ether.

Dicho lo anterior, debemos entender que esta tecnología es una revolución que impacta a todas las industrias de la economía, ya que los beneficios que producen son diversos. Esta tecnología al ser tan disruptiva, los niveles de adopción en cada una de las industrias tiende a ser lento, debido a diversas razones. Solo por nombrar algunas, encontramos: El desarrollo e implementación es caro, no entienden en qué consiste y, por ende, no ven la utilidad que les reportará, les genera desconfianza, entre otras.

Desde la perspectiva legal, las virtudes de blockchain impactan también en esta industria, particularmente por dos razones:

a) Es necesario regular la utilización y desarrollo de esta tecnología y
b) La utilización de esta tecnología en la prestación de los servicios jurídicos provoca también un cambio de paradigma.

Respecto de lo señalado en la letra a), a modo ejemplar, podemos señalar la posibilidad que tienen las personas de enviar dinero de una frontera a otra, a través de blockchain, sin que los bancos centrales tomen conoci-

miento de esas transacciones. Lo anterior tiene relevancia para las normas AML que previenen el lavado de activos.

Por otra parte, en relación con la letra b), a modo ejemplar señalamos que la existencia de los smart contracts, dada su ejecución automática sin depender de la voluntad de las partes, puede generar un impacto en los juicios ejecutivos, los cuales en la actualidad son el vehículo para exigir el cumplimiento de las prestaciones debidas, perdiendo la utilidad que hoy tienen.

En definitiva, es importante comenzar a conocer e interiorizarse de esta tecnología y monitorear su crecimiento y avance, por las razones ya señaladas.

4.2.2 Inteligencia artificial

La inteligencia artificial es otra de las tecnologías disruptivas que están modificando el cómo se hacen las cosas y hoy podemos ser testigos del inicio de una revolución sin precedentes: ver cómo las máquinas tendrán cada día un papel más activo en nuestras vidas.

Podemos decir que la inteligencia artificial "es la ciencia e ingeniería de crear máquinas inteligentes, en especial programas computacionales inteligentes"[22]. El objetivo es que las máquinas puedan replicar el comportamiento humano, en particular su inteligencia y, no solo para resolver problemas concretos, sino que, incluso, puedan aprender de manera autónoma sobre la base de su propia experiencia y realizar asociaciones entre varios aspectos, hechos o realidades.

En nuestro día a día nos topamos con diversas plataformas o herramientas tecnológicas que utilizan inteligencia artificial y tal vez no dimensionamos que ello es así. Desde la geolocalización, que te muestra lugares para visitar en un radio cercano al tuyo, hasta las plataformas como Instagram, Youtube, Spotify o Netflix que te muestran contenido de tu interés, basado en los patrones de búsqueda respecto de lo que ves o escuchas, tienen su origen en como las máquinas procesan los datos de tu comportamiento, aprenden que es lo que te gusta o interesa, y actúan en consecuencia.

Al hablar sobre inteligencia artificial, inevitablemente tenemos que considerar que se compone, a su vez, de varias tecnologías, ya que desde ejecutar una tarea sencilla, lograr un determinado razonamiento o, incluso, lograr un aprendizaje de la máquina o *software*, a través del machine learning, deep learning, redes neuronales o árboles de decisión, corresponden a un grupo de tecnologías puestas a disposición para una misma finalidad y relacionadas entre sí.

[22] Mccarthy (2017), p. 2.

Debemos entender que el impacto que generan estas tecnologías es muy profundo y, sobre todo desde la perspectiva legal, generan grandes cambios y desafíos, cuyos efectos tendrán que estar regulados para delimitar el marco de acción con el cual se podrá desarrollar. Un ejemplo para ilustrar la importancia de este punto: el alimento principal de la inteligencia artificial son grandes cantidades de datos, los cuales pueden estar estructurados o no, pero, en definitiva, se requiere acceder a estos para que las máquinas o *software* puedan procesarlas. Ahora, hay que establecer reglas respecto al uso de estos datos, su privacidad y protección para evitar que, en su procesamiento, puedan generar patrones que sean sesgados y con componentes discriminatorios.

En conclusión, podemos señalar que el surgimiento de tecnologías disruptivas como blockchain y la inteligencia artificial, ya están impactando en el cómo vivimos, como nos desenvolvemos y que tan eficientes o productivos podemos llegar a ser gracias a su utilización. Si bien, a primera vista, los efectos parecen ser solo positivos, debemos mirar esto desde otra perspectiva. Cuando surgen nuevas tecnologías que redefinen el como hacer las cosas, no hay normas especiales que regulen la materia, por lo que a veces les resulta aplicable la legislación general e, incluso, en otras ocasiones, ni siquiera existen normas que las regulen. Dicho ello, es de suma importancia que los legisladores y entes reguladores de cada país donde estas tecnologías vayas proliferando, entiendan el gran desafío que tienen delante de ellos y permitan la creación de marcos normativos acordes al siglo XXI.

5. Desafíos en la regulación

Es claro que el uso de la tecnología en la prestación de los servicios jurídicos o, bien, en la creación de soluciones legales, trae consigo un gran desafío para las legislaciones del mundo, consistentes en lograr un cabal entendimiento de aquellas y luego regularlas de forma correcta.

El derecho tiene una naturaleza más bien reactiva a los cambios económicos, tecnológicos, culturales y sociales, por lo que siempre va detrás de lo que va ocurriendo en el mundo, definiendo las reglas del juego. Si bien no le exigimos al legislador una postura proactiva, en el sentido de tener que prever como será en un futuro lo que aún no existe, si podemos imponer el deber de que la regulación que se dicte al efecto sea acorde a los tiempos modernos.

En particular, las tecnologías disruptivas son las que imponen la mayor presión al legislador, ya que su desarrollo impone nuevos cuestionamientos, nuevas formas de ver las cosas y lo más importante: el deber de regular-

las para proteger determinados bienes jurídicos, pero, a la vez, que ello no trunque su desarrollo o potencial. En ese sentido, se plantean las grandes discusiones que tienen en el centro al legislador y lo afectan directamente, sobre todo en cuestiones como los límites que hay que imponer al uso de la inteligencia artificial y cuestiones éticas relativas a la utilización de dicha tecnología, como también la regulación de blockchain y smart contracts.

El hecho de que empresas puedan efectuar aumentos de capital, incluso, de forma mundial, a través de la emisión de tokens que tienen como subyacente un activo concreto, a través de procesos denominados Security Token Oferrings; o la creación de algoritmos que permitan la creación de un robot juez para juicios menores en Estonia[23] o la creación de ciudades inteligentes basadas en tecnologías para hacer más eficiente la utilización de los recursos escasos, son cuestiones que redefinen el cómo se hacen habitualmente las cosas y conllevan a remplantearnos el *status quo*. Un ejemplo concreto en materia de límites relativos a inteligencia artificial, es el planteamiento realizado por Navrina Singh, cofundadora de la empresa Credo. ai, quien propone que la creación y regulación de esta tecnología debe responder a cuatro conceptos que se resumen en el acrónimo FATE[24] (fairness, accountability, transparency and ethics). El primer concepto corresponde a la justicia, donde le exige a esta tecnología ningún tipo de discriminación arbitraria. Luego, la responsabilidad para indicar que la creación de estos sistemas u algoritmos deben ser, en definitiva, de responsabilidad de alguien, persona, quien responda frente a cualquier daño o perjuicio que derive de la utilización de esta tecnología. Tercero, la transparencia donde el desafío está en que sea entendido por todos y no solo por pocos, dado el alto componente técnico que conlleva el desarrollo de esta tecnología y, por último, la ética para que el desarrollo de esta vaya acorde con el conjunto de principios que rigen en la sociedad donde sea aplicada.

En Europa, por ejemplo, ya están comenzando a generar el marco regulatorio. Se creó una comisión compuesta por 52 expertos en inteligencia artificial, denominada High-Level Expert Group on Artificial Intelligence[25] (AI HLEG), quienes tienen como principal función el establecer lineamientos generales respecto a la implementación de políticas relativa a temas éticos, legales y sociales sobre el desarrollo de esta tecnología.

Tanto el acrónimo que define los principios rectores como una comisión de expertos sobre la materia, son experiencias que deberían ser replicadas al momento de regular una determinada tecnología. Cuando existe

[23] The Technolawgist (2019a).

[24] Fortune (2018).

[25] European Commission (2019).

consenso respecto de cuáles son los principios, valores y límites que deben imperar, se simplifica la gestión del legislador y se determina un rayado de cancha tanto para los desarrolladores de estas tecnología como para quienes deben crear las reglas del juego.

En el ejercicio de regular una determinada industria, lo lógico sería entenderla, definir el impacto que puede llegar a tener y luego establecer las normas que regulen la actividad. Eso proceso que puede parecer sencillo, en los hechos es bastante difícil. Particularmente, cuando analizamos las tecnologías disruptivas que están imperando hoy, muchas veces nos cuesta entenderlas e implican un estudio profundo para comprender su funcionamiento, este mismo problema lo podrían tener los legisladores y entes reguladores de determinados mercado.

Dado lo anterior, podemos destacar la existencia de los denominados Sandbox Regulatorios los cuales, en palabras de la abogada española Isabella Galeano,

> "crean por un tiempo determinado unos espacios normativos de ámbito y aplicación limitados que permiten a empresas o startups con ideas pioneras testar sus nuevos productos, servicios o modelos de negocio bajo la supervisión del legislador" [26].

En ese entendido, los sandobox regulatorios permiten la unión entre emprendedores, legisladores y entes reguladores para crear un clima de entendimiento y lenguaje común entre ellos, que les permitirá poder iterar, probar y concluir acerca de cuáles deben ser las reglas que deben existir para que dicho negocio pueda operar. Lo anterior es de suma importancia ya que, por ejemplo, en materia de las Finech, existen diversos modelos de negocios que corren en paralelo, como el *crowdfunding*, *factoring*, *lending*, entre otros. En estos casos, si la regulación que engloba a la industria entera no cuida las particularidades de las diversas soluciones existentes en dicho mercado, se generará una regulación rígida que no cumplirá la finalidad última de brindar certeza jurídica a todos los actores que participen en ella.

Si bien el concepto del sandbox surge el año 2015 en Reino Unido, particularmente enfocada a la industria Fintech, ya son varios países los que se han sumado a esta alternativa de regulación como España, Australia, Singapur, entre otros, lo que demuestra ser una alternativa atractiva de regulación frente a los mecanismos tradicionales.

Este tipo de soluciones son de gran utilidad, pues al contar con la presencia del ente que crea las normas o vela por su cumplimiento, permite lograr un mejor entendimiento de todos aquellos aspectos técnicos necesa-

[26] The Technolawgist (2019b).

rios de comprender para poder regularlos de la mejor manera posible. Lo anterior, no solo es beneficioso para el legislador, sino, también, para las empresas, las cuales podrán iterar su modelo de negocio y lograr tener certeza jurídica, dejando de estar en la llamada área gris.

6. Efectos del Legal Tech en el mercado legal

Hemos podido apreciar que el Legal Tech ha traído consigo la oportunidad para aquellos abogados, estudios jurídicos o empresas de servicios legales, que buscan prestar sus servicios de una manera diferente, de ser un camino alternativo para diferenciarse dentro de una oferta de servicios legales reticente al cambio y aun marcada por una visión tradicional.

Hemos dicho que, como contexto al surgimiento del Legal Tech, tenemos diversos hitos que son importantes de recordar. Desde el cambio de la conducta del consumidor, influenciados por el cómo satisfacen sus necesidades en otras industrias, bajo la modalidad *on demand* como también el acceso a la información legal, en la cual el cliente antes de consultar con algún abogado, busca entender y, si es posible, encontrar la solución; son todos factores que han generado que los propios clientes empujen a la industria legal al llamado desafío más por menos, en el cual debemos proveer más servicios, más rápidos y eficientes a cambio de menos honorarios. Por otra parte, la gran cantidad de abogados en cada uno de los mercados, sumados al fenómeno de la comoditización o mercantilización de los servicios legales, ha llevado a competir por precios respecto de determinadas gestiones o servicios jurídicos. Finalmente y, sumado a lo anterior, la irrupción en la oferta de proveedores de servicios legales alternativos cuya propuesta de servicios va en la dirección correcta, toda vez que han entendido lo que necesita la demanda de servicios legales y entregan soluciones innovadoras al mercado, le agregar la presión extra necesaria para generar un cambio.

A mayor abundamiento, desde la perspectiva de la oferta en el mercado jurídico, podemos señalar que para aquellos estudios jurídicos o empresas de servicios legales de menor tamaño, hacer un cambio de timón respecto de la hoja de ruta definida resultaría no ser complejo, toda vez que el núcleo de toma de decisiones es acotado y sus estructuras son más livianas. Por otro lado, también pareciera ser más sencillo para los abogados de empresa o gerentes legales abrazar con más rapidez estos cambios, pues en general son las empresas, fuera del mercado legal, las que llevan más camino recorrido en el campo de la innovación y de afrontar la presión de tener que ser diferentes para satisfacer una demanda cada día es más exigente, por lo que generar dichos cambios al interior del área legal de la compañía o hacer nexos con

algún proveedor de servicios legales que tenga dicha visión, podría fluir de mejor manera.

Sin perjuicio de que todos los actores que componen la oferta de servicios legales de un mercado debiesen cuestionarse cuáles son las ventajas del Legal Tech u otras ramas de la innovación legal y, luego de ello, determinar cuál es la mejor manera de incorporarlas a la prestación de sus servicios, debemos apreciar que todavía el crecimiento de esta nueva industria tiene una adopción lenta y, la razón principal, se debe a la comodidad del resto de los actores que no ven como relevante o urgente efectuar una modificación a sus modelos de negocios que siguen todavía funcionando.

Richard Susskind, en relación con aquellos que aún no se han cuestionado el modelo, indica lo siguiente:

> "los abogados durante muchos años han realizado trabajos rutinarios para los cuales estaban sobre cualificados y por los cuales, a su vez, han estado cobrando de más. En tiempos de auge, en lo que era un mercado dominado por los proveedores de servicios, había poca necesidad de que los bufetes de abogados de éxito se detuvieran ante el desafío de prestar servicios con formas nuevas y más eficientes. Sin embargo, hoy en día, a medida que la presión de los clientes en relación con los costes continúa intensificándose, surgen nuevos proveedores de servicios y se despliegan nuevas tecnologías, sería imprudente para un despacho de abogados dejar de pensar en cómo debería funcionar de manera diferente"[27].

Lo que ocurrirá en este sentido, es que con el pasar del tiempo y, en la medida que la industria Legal Tech vaya creciendo, existirán más prestadores de servicios con esta nueva visión y la demanda los comenzará a reconocer como una mejor alternativa por sobre el modelo tradicional que no se cuestiona el *status quo*, que sigue cobrando por hora cuando los clientes necesitan flexibilidad en las fórmulas de los honorarios, que tienen estructuras corporativas y de recursos humanos rígidas, que siguen sin poner al cliente al centro de la relación y que sus niveles de empatía en cómo mejorar sus servicios son aún bajos, entre otros aspectos.

Ante todo este escenario, relativo a la lenta adopción de esta visión de cambio, el informe de The Boston Consulting Group y Bucerius Law School[28], acerca de cuál es el impacto de la tecnología en el sector legal, estiman que el Big Law se verá enfrentado a tener que repensar su modelo y realizar determinados ajustes. Por nombrar algunos, deberán repensar sus fórmulas de cobros para pasar de una facturación por horas a una dirigida a

[27] Susskind (2017), pp. 60-61.

[28] Veith *et al.* (2016), pp. 8-13.

precios fijos o con elementos variables, en el cual el foco ya no estará puesto en facturar una gran cantidad de horas sino en entregar un resultado con altos estándares de eficiencia. Por otro lado, conllevará a modificar la fórmula de incentivos dentro de la empresa para redirigir los esfuerzos hacia una visión diferente. Por otro lado, deberán externalizar gestiones de poco valor en prestadores de servicios alternativos como también utilizar tecnología para hacer más eficientes sus procesos, servicios y la economía al interior de la oficina.

La tecnología aplicada al derecho es una forma atractiva de hacer frente a esta demanda exigente y a la presión por disminuir los costos, toda vez que podemos lograr una disminución en las tarifas de cobro, pero mantener márgenes de rentabilidad, ya que las gestiones que antes realizaba una persona con el costo asociado a esa gestión, ahora será realizada por una máquina de manera mucho más rápida y exacta. En este sentido, los mercados legales tienden a utilizar la tecnología con estos fines y, una vez que comiencen a utilizarla y dimensionen los efectos positivos que generan en la industria, su uso comenzará a masificarse y tal vez llegaremos a cuestionarnos por qué nos demoramos en sumarnos a esta revolución y aplicarla al negocio jurídico.

7. Conclusión

El Legal Tech constituye una visión de cambio para el mercado legal el cual, basado en la utilización de la tecnología, provoca una mejoría en la prestación de los servicios jurídicos, no solo desde el factor de la eficiencia, sino que, también, en la posibilidad de redefinir la forma tradicional de hacer las cosas. Entendimos que existen diversas herramientas Legal Tech disponibles en el mercado para poder aplicarlas a la prestación de los servicios de los abogados, independiente cual sea la estructura que tengan, y que su aplicación dependerá del modelo de negocios que hayan definido y de cuales sean los aspectos que pretenden mejorar. Asimismo, determinamos que en el cruce del derecho y la tecnología nos topamos con aquellas tecnologías disruptivas, las cuales junto con provocar cambios profundos en el mercado legal, les impone un gran desafío a los legisladores y entes reguladores de establecer reglas del juego claras que otorgue certeza jurídica, pero que no impidan el desarrollo de aquellas tecnologías. Finalmente, vemos en el Legal Tech la posibilidad de modificar las reglas en un mercado legal maduro, donde el *status quo* se encuentra muy arraigado, constituyendo una alternativa clara para potenciar la senda del cambio en la industria.

Bibliografía

De La Maza, Iñigo, Rafael Mery y Juan Enrique Vargas (2016): ""Big Law" en Chile: Un vistazo a las firmas de abogados", *Big Law: Estudios de Abogados en Chile*, Santiago: Editorial Legal Publishing, pp. 9-64.

Susskind, Richard (2017). *El abogado del mañana: Una introducción a tu futuro*, trad. Enrique Arnaldo Alcubilla, Enrique Arnaldo Benzo y Carlos Sánchez de Pazos Peigneux, Madrid: Wolters Kluwer y La Ley.

Otros documentos

Business of Law Blog (2016): "Friday Share: The 4 Pillars of Legal Innovation", February 19, 2016. Disponible en http://businessoflawblog.com/2016/02/legal-innovation/ [fecha de Acceso: 30 de marzo de 2020].

Dolader, Carlos, Joan Bel Roig, José Luís Muñoz Tapia (2017). "La Blockchain: Fundamentos, Aplicaciones y Relación con otras tecnologías disruptivas", en *Revista Economía Industrial*, n.° 405, en línea. Disponible en www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/405/DOLADER,%20BEL%20Y%20MU%C3%91OZ.pdf [fecha de consulta: 10 de marzo de 2020].

European Commission (2019): "High-Level Expert Group on Artificial Intelligence", October 4, 2019. Disponible en https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence [fecha de consulta: 15 de abril de 2020].

Fortune (2018): "Artificial Intelligence Needs Empathy and Regulation". Disponible en https://fortune.com/2018/12/12/ai-empathy-regulation/amp/ [fecha de consulta: 1 de abril de 2020].

Law by Design: "Law by Design". Disponible en www.lawbydesign.co/legal-design/ [fecha de consulta: 28 de abril de 2020].

Mccarthy, John (2017). "What is Artificial Intelligence?". Disponible en http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai.html [fecha de consulta: 11 de marzo de 2020].

Medium (2017): "PropTech: What is it and how to address the new wave of real estate startups?", July 11, 2017. Disponible en https://medium.com/@vincentlecamus/proptech-what-is-it-and-how-to-address-the-new-wave-of-real-estate-startups-ae9bb52fb128 [fecha de consulta: 20 de abril de 2020].

Niubox (2020). Entrevista a Eric Chin, 17 de febrero de 2020. Disponible en https://niubox.pe/wp-content/uploads/2020/02/Entrevista-Eric-Chin.pdf [fecha de consulta: 27 de marzo de 2020].

Thomson Reuters (2019). "Alternative legal service providers 2019 Fast Growth, Expanding Use and Increasing Opportunity". Disponible en https://legal.thomsonreuters.com/content/dam/ewp-m/documents/legal/en/pdf/reports/alsp-report-final.pdf [fecha de consulta: 10 de abril 2020].

The Practice (2017). "A Response to the More for Less Dilemma". Disponible en https://thepractice.law.harvard.edu/article/speakers-corner-richard-susskind/ [fecha de Consulta: 10 de abril de 2020].

The Technolawgist (2019a). "Estonia se prepara para tener "jueces robot" basados en inteligencia artificial", 12 de junio de 2019. Disponible en www.thetechnolawgist.com/2019/06/12/estonia-se-prepara-para-tener-jueces-robot-basados-en-inteligencia-artificial/ [fecha de consulta: 20 de Marzo de 2020].

The Technolawgist (2019b): "España aprueba el regulatory sandbox", 24 de febrero de 2019. Disponible en www.thetechnolawgist.com/2019/02/24/regulatory-sandbox/ [fecha de consulta: 30 de marzo de 2020].

Veith, Christian, Michael Bandlow, Michael Harnisch *et al.* (2016). "How Legal Technology Will Change the Business of Law", January, 2016. Disponible en https://f3cca18a-0d7b-426b-9404-86b930d9e63a.filesusr.com/ugd/b30d31_7b407b2c8c6b44d697957b7fa5db48c8.pdf [fecha de consulta: 24 de marzo de 2020].

APORTES DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DEL PODER JUDICIAL

CONTRIBUTIONS FROM INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES IN THE TRANSPARENCY OF THE JUDICIAL POWER

Gaspar Jenkins Peña y Lillo[*]

Resumen: En la presente investigación se busca explorar, principalmente, la importancia del principio de transparencia dentro del sistema democrático moderno, indagando en especial su influencia en las labores del Poder Judicial. En este contexto, las nuevas tecnologías brindan un aporte relevante, mediante distintas modalidades de manifestación, por lo que se expondrá una revisión de aquellas a modo genérico, así como su implicancia concreta en el sistema chileno.

Palabras clave: Principio de transparencia, tecnologías de la información y la comunicación, Poder Judicial, control al sistema judicial.

Abstract: The present investigation seeks to explore, mainly, the importance of the principle of transparency within the modern democratic system, inquiring especially over its influence in the work of the Judicial Power. In this context, new technologies provide a relevant contribution, through diverse forms of expression, therefore a revision of these will be presented in a generic manner, as well as their concrete implications in the Chilean system.

[*] Profesor de derecho constitucional e investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho, LLM, de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte. Correo electrónico: gjenkins@udd.cl.

Se agradece la especial colaboración de su ayudante de investigación, Silvana Gatica Pereira.

Keywords: Principle of Transparency, Information and Communication Technologies, Judicial Power, Control over the Judicial System.

1. Introducción

El reconocimiento del *principio de transparencia* como elemento central de la organización político-social ha influido positivamente en las relaciones entre el Estado y los particulares. Así, se ha configurado como regla general que las actuaciones de los órganos del aparato estatal deban resguardar y facilitar el acceso del público a sus decisiones y procedimientos, fomentándose el adecuado conocimiento, por parte de la ciudadanía, de la forma en que se desenvuelven sus autoridades.

De esta manera, la transparencia constituye la piedra angular del sistema democrático, permitiendo a la comunidad saber cómo entienden el derecho sus autoridades, cómo ejercen sus potestades y cuáles son los criterios a través de los que se orientará una conducta, pudiendo, aun, ejercer un control sobre aquello, que podría traducirse en la destitución de un funcionario o impedir la elección de un candidato.

Este principio, incluso, irradiará la actuación de las autoridades judiciales. El propio art. 8° de la Constitución Política es claro en afirmar que su contenido vincula a "todo órgano del Estado", lo cual incluye indudablemente a los Tribunales de Justicia, definición reafirmada por el tenor del art. 9° del *Código Orgánico de Tribunales*, al regular que son *públicos* los actos de los órganos jurisdiccionales, salvo las excepciones que determine la ley. De esta manera, tanto para el constituyente como para el legislador, la transparencia configura una garantía del correcto funcionamiento de la jurisdicción.

Sin embargo, los distintos avances tecnológicos del último tiempo han dado un nuevo impulso a los alcances de la transparencia existente dentro del proceso. La denominada *e-justice* no solo implica la configuración de un sistema judicial amigable con las herramientas computacionales (procesos sustentados en sistemas electrónicos, posibilidad de utilizar firmas electrónicas, alegatos realizados mediante sistemas de transmisión en línea o *streaming*, entre otros), sino que permite el acceso del ciudadano a momentos jurisdiccionales que en la actualidad revisten de grandes cuotas de secretismo, sustentados, principalmente, en una legislación ajena a las posibilidades tecnológicas de nuestros días.

Aquí se intenta inmiscuirse en los nuevos estándares que el principio de transparencia da a la jurisdicción, apoyado por herramientas tecnológicas existentes hoy. En este sentido, se revisará, preliminarmente, los alcances del principio en comento en el sistema democrático y en la función jurisdiccio-

nal, sus fundamentos, finalidades y excepciones. Con ello, se examinará la influencia de distintos mecanismos tecnológicos, sus beneficios y defectos, como base estructural de la llamada *e-justice*. Finalmente, se analizará la posibilidad de sustentar en los avances tecnológicos una ampliación del principio de transparencia en el actuar judicial.

2. Breves nociones sobre el principio de transparencia

2.1. Importancia de la transparencia en el Estado constitucional de derecho

Uno de los pilares del Estado de derecho occidental moderno es la consolidación del principio de transparencia en el ejercicio de las potestades públicas, entendido como el presupuesto fundamental para que el ciudadano pueda desarrollar un control jurídico, político y social sobre las actuaciones de sus autoridades (*accountability*).

La transparencia se ha vuelto un pilar para la comprobación de la probidad que debe detentar toda autoridad, permitiendo a la ciudadanía denunciar, castigar y solicitar una respuesta contra el empleo arbitrario o abusivo del poder. De esta manera, la democracia constitucional contemporánea se ha visto enriquecida por exigencias de orden material que le permiten superar la antigua concepción de una democracia solo procedimental, para alcanzar con ello la implementación de una "tercera regla de oro" del derecho público, que exige respetar el derecho de los ciudadanos a intervenir políticamente en los asuntos que le interesan, informados respecto de los actos y decisiones de sus gobernantes, frente a los que podrá ejercer un control activo[1].

Y ello, pues, la democracia requiere que "la casa del poder sea una casa de cristal", debido a que una mayor visibilidad del acto estatal conlleva una reducción de riesgos y un control robusto[2], dado que "la tendencia del poder a esconderse es irresistible"[3]. El secreto y el secretismo, como observaba Marx Weber, permiten acrecentar un sentimiento de superioridad en los funcionarios estatales, quienes encuentran en ellos la vía para evadir toda crítica a sus conocimientos, actividades y decisiones[4]. Aquello ha dado vida al denominado

[1] Cea (2013), pp. 118-119.

[2] Sartori (1995), p. 301.

[3] Bobbio (2005), p. 442.

[4] Weber (2001), pp. 92-100. Interesante es el ejemplo que el autor da sobre la importancia del secreto para la burocracia: "El nítido interés de la burocracia por el poder, sin embargo,

"problema del doble Estado"; la existencia de una eterna disputa entre un Estado "visible", que abraza de forma democrática el principio de transparencia, y un Estado "invisible" –aunque no autocrático necesariamente–, con el cual convive[5]. Esta pugna, desde la perspectiva del aparato estatal también posee una manifestación en el funcionario, cuyo actuar siempre estará sujeto a una ponderación zigzagueante entre la conducta íntegra y el aprovechamiento personal al momento de ejercer las potestades que le han sido encomendadas[6].

Un conflicto así priva al resto de los actores sociales, incluyendo a los ciudadanos, de la posibilidad de abordar los temas de relevancia pública mediante su participación informada en el debate, generando un sentimiento de sospecha e inseguridad sobre los fundamentos dados por la autoridad en su actuar. El surgimiento de la desconfianza social sobre el ejercicio del poder es síntoma de una desafectación en la relación ciudadano-autoridad[7], originando la denominada "crisis de las instituciones públicas"[8].

Es en este contexto que el principio de transparencia adquiere importancia dentro del Estado de derecho, puesto que vela por la protección y concreción de un sistema constitucional construido sobre una sociedad

va mucho más allá de aquellas áreas en que intereses puramente funcionales requieren el sigilo. La idea de 'secreto oficial' es un invento específicamente burocrático, y la burocracia defiende fanáticamente ese sigilo, el cual sólo puede justificarse esencialmente en ámbitos específicamente precisos. Al enfrentarse con el parlamento, la burocracia, impelida por su certero instinto de poder, rechaza toda tentativa del parlamento, o de grupos de intereses, dirigida a lograr información a través de sus propios expertos. El denominado derecho de investigación parlamentaria es uno de los medios utilizados por el parlamento para disponer de dicha información. La burocracia, desde luego, prefiere un parlamento mal informado y en consecuencia impotente, al menos en la medida en que la burocracia hace coincidir sus intereses de poder con la ignorancia de los demás". Weber (2001), pp. 95-96.

[5] Bobbio (2005), p. 443. "Sin necesidad de remontarnos muy atrás en la historia, lo que sucedió hace unos pocos años en los Estados Unidos (que no se puede negar que pertenezca al grupo de países democráticos), donde se descubrió que el presidente desarrolló durante largo tiempo una política exterior secreta que contrastaba con la política exterior pública, es una muestra bastante ilustrativa de que la capacidad de atracción del secreto, especialmente en las relaciones internacionales, es irresistible. Que una vez descubierta, la violación de la publicidad sea, en un sistema democrático, condenada por la opinión pública y sea objeto de sanciones políticas, demuestra que el control democrático puede tener una cierta eficacia; pero también deja ver que la esfera más expuesta al abuso es la de las relaciones internacionales, porque es en la que más fácilmente se esgrimen pretextos haciéndolos aceptar invocando el estado de necesidad, los intereses vitales del país, las exigencias de defensa, el principio de reciprocidad, en suma, todos los argumentos tradicionales de la razón de Estado que se orientan a justificar la derogación de principios morales y jurídicos", p. 444.

[6] Bobbio (1985), p. 22.

[7] Camacho (2016), p. 226.

[8] Condesso (2011), p. 25 ss.

activa e interesada en participar en la vida pública[9] (sea decidiendo directamente o mediante sus representantes[10]), en contraste del funcionamiento de un Estado absoluto.

Para Hans Kelsen, aquí se encuentra la gran diferencia entre un sistema democrático de uno autocrático. En un régimen democrático, la autoridad surge de un proceso racional de deliberación pública y votación general, donde los conciudadanos encuentran en uno de los suyos a quien encomendar el ejercicio de un cargo público. Así, la autoridad no es un "superior en orden social" a los demás –como ocurría con el rey medieval, que no respondía ante los demás–, sino un par, obligado a rendir cuenta de sus acciones[11].

> "La racionalización de la función directiva con sus consecuencias de publicidad, responsabilidad, y la conciencia de la eventualidad en el nombramiento del dirigente, impide que se considere a éste como inamovible. Pero por lo mismo que no lo es, cambia la ideología de la función directiva, siendo siempre característica para la democracia auténtica la existencia de una corriente que sube desde la colectividad de los dirigidos hacia los puestos directivos"[12].

El origen democrático del gobernante se ha convertido en uno de los pilares sobre los cuales se sostiene su legitimación político-jurídica, aunque no es el único, ya que no solo es importante que de la "colectividad de los dirigidos" surja el gobernante, sino que este rinda cuenta de sus actos y de sus decisiones frente a aquella colectividad, estando sujeta a su control. De hecho, según los estudios de Ernst Böckenförde, el sistema democrático se sustenta tanto en el poder de decisión del pueblo (fuente de la legitimación del poder del Estado) como en la posibilidad de que el poder de decisión representativa (de las autoridades) pueda ser corregida y revisada democrá-

[9] Aunque no es materia en este trabajo abordar el debate sobre la participación de la ciudadanía en la vida social, es interesante recordar la existencia de dos posturas relativamente marcadas: una sostenida por John Dewey, para quien la educación y la formación de ciudadanos comprometidos es la base de un sistema democrático, pues permite la presencia de una comunidad comprometida conforme a la política e interesada del proceso político, y otra postura sostenida por Walter Lippmann, para quien la deliberación y decisión de los asuntos políticamente relevantes no pueden ser entregadas, sino a un grupo de expertos dotados de una formación confiable, ajenos a estereotipos o influencias indebidas. Una breve introducción sobre este debate puede encontrarse en Stein (2005), p. 184 ss.

[10] "Un Parlamento tiene carácter representativo sólo en tanto que existe la creencia de que su actividad propia está en publicidad. Sesiones secretas, acuerdos y deliberaciones secretas de cualesquiera comités, podrán ser tan significativos e importantes como se quiera, pero no tendrán nunca un carácter representativo". Schmitt (1996), p. 208.

[11] Kelsen (1934), pp. 120-121.

[12] *Op. cit.*, p. 121.

ticamente, mediante la existencia de mecanismos de control, como esencia de un sistema de contrapesos del poder estatal[13].

Estos mecanismos revisten diversas formas e intensidades. Karl Loewenstein ya distinguía entre controles *intraórganos* (o sea, aquellos que se producen dentro de la estructura de un propio órgano estatal, como ocurre dentro del Congreso, mediante el control recíproco que pueden realizar las Cámaras entre sí), e *interórganos* (cuando el control se produce entre organismos distintos, como entre el Presidente de la República y el Congreso)[14], como manifestaciones del sistema de contrapesos dentro del poder estatal (los que denomina controles "horizontales internos"). Fuera del Estado, los ciudadanos detentarán la principal fuerza de control respecto de las autoridades, sea en defensa de sus propios derechos ante abusos o actos arbitrarios, o en protección a valores de mayor importancia, como la democracia propiamente tal.

La transparencia será una primera concreción de esta función de vigilancia del ciudadano contra la autoridad, adquiriendo un papel dual. Ya la mera visibilidad de las acciones del gobernante será un factor para alterar y guiar su comportamiento[15]; pero también será uno de los medios que sustentará controles directos a su actuar. Como observa Hans Kelsen, el hecho de que en democracia sea más frecuente conocer de la existencia de inmoralidades o corrupciones cometidas por gobernantes no es algo negativo *per se*, puesto que ello no es un aspecto derivado del sistema de organización, sino de la posibilidad de conocer en mayor medida este tipo de conductas contra las que operará la correspondiente reacción colectiva, sea de naturaleza jurídica, política, o meramente social[16].

De esta forma, la transparencia será un importante presupuesto para el ejercicio del *accountability* ciudadano, ya que le permite acceder a la información pública, lo que es un eslabón relevante dentro del andamiaje del control institucional, tanto respecto de las propias autoridades como también respecto de otros ciudadanos con una mayor influencia o injerencia

[13] Böckenförde (2000), pp. 143-144.

[14] Loewenstein (2018), pp. 232-251.

[15] Sartori (1995), pp. 301-302. Este autor observa que la alteración del comportamiento puede ser beneficioso, pero también perjudicial: "En la medida en que la visibilidad dificulta un comportamiento responsable, estimula la venta de imagen y la demagogia, intensifica el conflicto, conduce a una paralización de las decisiones o, en política internacional, a la derrota, en la misma medida es posible afrontar los riesgos externos utilizando otros medios y mecanismos de control. Y ello sin mencionar que la eficacia del proyector disminuye con su difusión. Demasiada visibilidad sobre demasiadas cosas dificulta la visibilidad", p. 302. Véase Letelier (2010).

[16] Kelsen (1934), pp. 143-147.

política[17]. A través del conocimiento de la información pública es posible el ejercicio responsable y serio de derechos políticos relevantes como el sufragio y la fiscalización del poder y de los fondos públicos[18].

Así, es a través de la transparencia que se podrá apreciar las deliberaciones y decisiones que los gobernantes adoptan, así como su conducta de acuerdo con los estándares de idoneidad física, jurídica y moral esperados, permitiendo reacciona ante abusos de poder, casos de corrupción o tráfico de influencias, actuaciones y discursos inapropiados o ajenos a la "dignidad del cargo"[19], aun cuando aquello no afecte de forma directa los derechos individuales del ciudadano.

2.2. El principio de transparencia en el sistema constitucional

Alejandro Vergara Blanco cataloga la transparencia como un estándar –no un "principio"[20]– que recoge un determinado objetivo o directriz social relacionado con la calidad de vida de las personas, el sistema democrático y el ejercicio de derechos civiles y políticos. Por ello, la transparencia será una cualidad del ejercicio de las potestades públicas, que permiten junto al ciudadano conocer indubitadamente, en cualquier momento, tanto los fundamentos, las decisiones y los demás aspectos relevantes implicados[21].

El ordenamiento jurídico-constitucional pareciera entenderlo así, incluso, desde antes de la entrada en vigor de la actual Constitución Política[22]. Formalmente, sería con la Ley de Reforma Constitucional n.° 20050 –de 2005–, que el principio de publicidad tendría un reconocimiento expreso en texto

[17] Abramovich y Courtis (2000), p. 201.

[18] *Op. cit.*, pp. 204-212.

[19] La idea descrita es asimilable al concepto de "dignidad de vida" que el Hugo Alsina ha desarrollado, y que podemos entender como la conducta que toda autoridad debe desplegar en conformidad a las exigencias legales y de convivencia social, controlando de manera escrupulosa los actos de su vida, porque lo que en otros puede ser visto como una simple falta, en la autoridad se considerará indecoroso, y hasta inhabilitante para el desempeño de su función, Alsina (1957), pp. 201-202.

[20] "Entiendo por principio o principio general del derecho [...] aquel producto de la labor de jueces y juristas, superador de los vacíos o lagunas legales, y que es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad", Vergara (2010), pp. 194 y , 201-203.

[21] *Op. cit.*, pp. 194-195.

[22] "Respecto de la publicidad [Rolando Pantoja] recordó que a nivel constitucional se entiende que es una norma implícita dentro de la Carta Fundamental. El hecho de que Chile sea una República democrática implica que las autoridades públicas responden a la sociedad; por lo tanto tiene a disposición de los ciudadanos los actos y da cuenta de ellos [...]", Pfeffer (2005), p. 29. Véase Ramírez (2009), pp. 223-224.

constitucional, elevándose el mismo a la categoría de "base de la institucionalidad" y, por ende, de elemento estructurante del Estado de derecho chileno[23].

De esta manera, el –hasta ese momento– derogado art. 8° de la Constitución Política sería dotado de contenido, reconociendo, en su inciso segundo:

> "son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

Con ello, se transforma en un imperativo de la actuación estatal su publicidad, reconociéndose por el constituyente, implícitamente, una forma de ejercicio del poder soberano alejada de la arbitrariedad y del abuso.

Cabe aclarar en este punto que suelen tratarse de modo similar las nociones de "publicidad" y de "transparencia", confiriéndoles un mismo contenido. Sin embargo, lo cierto es que ambos conceptos poseen alcances distintos. Como lo plantea Gladys Camacho Cepeda, el *principio de transparencia* está dirigido, más bien, a ser un elemento de la esencia de las potestades públicas, que irradia tanto los actos, deliberaciones e, incluso, antecedentes profesionales y personales de quienes ejercen el poder, todo lo cual está –por regla general– puesto a disposición para la consulta y examen del ciudadano. Mientras que, por otra parte, el *principio de publicidad* vela por un Estado que dé a conocer sus actos formales (sean actos trámites o actos terminales) a los sujetos afectados por ellos[24]. Así, es lícito afirmar que el *principio de publicidad* podrá ser visto como una manifestación o expresión del *principio de transparencia*, entendiendo a este último como una garantía jurídico-social de mayor amplitud[25].

---

[23] Entendiendo por tal aquellos valores o ideales básicos que el Estado propugna y decide perseguir, vistos como objetivos fundamentales y prioritarios de la sociedad concretados mediante principios técnico-jurídicos que sirven de estructura para el ordenamiento jurídico. Verdugo *et al.* (1999), p. 109.

[24] Camacho (2018), pp. 80-82. El alcance del principio de publicidad estaría íntimamente ligado a la producción válida de los efectos de las normas jurídicas incluidas en toda decisión de autoridad, ya sean que estas fueren normas de carácter general y abstracto como ocurre con las decisiones del legislador; o de naturaleza particular y concreta, como es el caso de las sentencias judiciales. De Otto (1998), pp. 99-100; Contreras (2010), p. 91.

[25] No puede desconocerse la opinión de Humberto Nogueira Alcalá sobre el punto, recalcando que la diferencia se encontraría, más bien, en el titular del derecho o de la obligación: "Respecto del principio de transparencia, él dice relación con el conocimiento de algo, que no

Por ello se podría afirmar que el principio de transparencia no se encuentra consagrado expresamente en el texto constitucional[26], pero lo cierto es que la falta de mención directa en la norma no ha impedido su reconocimiento implícito. De hecho, así se puede desprender del inciso segundo del art. 8° de la Constitución Política, cuando permite a todos acceder a los actos y resoluciones de los órganos del Estado, sus antecedentes, fundamentos y procedimientos, contraviniendo a la opacidad, el ocultamiento o la manipulación de datos que provoca la desinformación del ciudadano[27]. Este razonamiento ha sido sostenido por la Corte Suprema[28] como por el Tribunal Constitucional chileno[29].

Según nuestro parecer, esta interpretación es reforzada por la inclusión del inciso tercero del art. 8° de la Constitución Política[30], que consagra:

> "El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los Diputados y Senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública".

Esta norma ampliaría el alcance del principio de transparencia, superando una mirada centrada en la publicación de actos y decisiones formales, para incluir también aspectos relevantes de la vida privada de aquellos que detenten cargos públicos, referidos a su patrimonio y a sus intereses comerciales y económicos, para que sean conocidos por la ciudadanía[31]. Se puede sumar a esta línea argumental la doctrina desarrollada por el Tribunal Constitucional sobre la existencia de un derecho fundamental implícito al acceso a la

es lo mismo que la publicidad. Desde este punto de vista, la publicidad se vincula más bien con la obligación del órgano que desarrolla la función de entregar al público los temas que son de relevancia pública. En cambio, la transparencia implica que la ciudadanía tiene derecho a reclamar esa información para que la actuación del órgano sea efectivamente legitimada desde el punto de vista de lo que es una sociedad democrática". Pfeffer (2005), p. 30.

[26] Así se podría desprender del tenor literal del actual art. 8° de la Constitución, que solo usa la expresión "son públicos".

[27] José Luis Cea también hace énfasis en la relación entre el principio de probidad (art. 8° inciso primero de la Constitución Política) con el de transparencia, puesto que se podría presumir razonablemente que si un funcionario público quebranta el primero, infringirá también el segundo. Cea (2017), p. 323.

[28] Véase, por ejemplo, Corte Suprema (2013), cons. 11°; o Corte Suprema (2016), cons. 2°.

[29] Véase, por ejemplo, Tribunal Constitucional (2007), cons. 9°. Sin embargo, cabe hacer mención que la línea jurisprudencial asentada en aquel fallo ha sufrido alteraciones posteriores, tal como se ha observado y criticado por Camacho (2014), pp. 150-151.

[30] Ley n.° 20414 de 2010.

[31] Este inciso será desarrollado principalmente por la Ley n. °20880, sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses.

información pública[32] (la que, como contracara, implica la existencia de una obligación de transparencia del órgano público).

La falta de reconocimiento expreso, por ende, no es un impedimento para defender la existencia del principio de transparencia como, a lo menos, un axioma de rango constitucional integrante de aquellos elementos configuradores del sistema institucional, sirviendo de base para la estructuración del ordenamiento jurídico, conforme a las finalidades que debe perseguir el Estado a través de sus políticas públicas, en miras del principio de servicialidad[33].

2.3. *Manifestaciones del principio de transparencia*

Desde una perspectiva infraconstitucional, el principio de transparencia se ha materializado en tres ámbitos. El primero de ellos puede ser considerado como una *faz personal* u *orgánica* del principio, que se centra en la conducta de la autoridad relacionada con las distintas obligaciones que el legislador ha instaurado en contra de aquel que detenta un cargo público, permitiendo que la ciudadanía conozca los lazos familiares, comerciales y patrimoniales de sus autoridades, así como las reuniones y audiencias que confiera durante el ejercicio de su labor.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el art. 14 de la Ley n.° 20880, que impone la obligación tanto a parlamentarios como a los funcionarios de mayor rango del Congreso Nacional, de declarar sus intereses y patrimonios[34], o en el art. 4° inciso primero n.° 5 de la Ley n.° 20730 –conocida como *Ley del Lobby*–, que considera como "sujetos pasivos"[35] de actividades de *lobby* y demás gestiones que representen intereses particulares a diputados y senadores. Normas similares serán aplicables a autoridades administrativas[36], judiciales[37] e, incluso, autoridades de órganos autónomos[38].

Las obligaciones "orgánicas" serán complementadas por los deberes de probidad que el legislador impone al ejercicio de cada una de estas funciones[39],

[32] Tribunal Constitucional (2012), cons. 15°.

[33] Cea (2013), pp. 119-120.

[34] Art. 14 de la Ley n.° 20880.

[35] Podemos entender por "sujeto pasivo" a todas las autoridades y funcionarios frente a los cuales se realiza *lobby* o gestión de intereses particulares, los cuales deben cumplir deberes de registro y transparencia principalmente.

[36] Arts. 8° inciso tercero de la Constitución Política, 4° n.° 1 de la Ley n.° 2.880 y 3° de la Ley n.° 20730.

[37] Art. 16 de la Ley n.° 20880.

[38] Arts. 21 de la Ley n.° 20880 y 4° inciso primero n.° 2 de la Ley n.° 20730.

[39] El art. 1° de la Ley n.° 20730 reconoce que la finalidad perseguida por el legislador al crear la Ley del Lobby y regular ese tipo de actividades es: "[…] fortalecer la transparencia y probidad en las relaciones con los órganos del Estado".

como por las limitaciones materializadas en inhabilidades para el ejercicio de aquel papel, que buscan evitar un conflicto de interés[40]. Esta complementariedad se debe a que solo es posible que la autoridad se mantenga en un cargo respecto del cual es legalmente "inhábil" si recurre al secreto o a la ocultación de información.

Por otro lado, la transparencia también se manifiesta en una *faz material*, inherente al ejercicio de las potestades públicas en sí, que, por ende, se verá reflejada en actos, decisiones y procedimientos por los cuales se desenvolverán y ejercerán distintas atribuciones y se adoptarán decisiones. Esta mirada de la transparencia es, tal vez, su perspectiva más común de constatar socialmente, pudiendo, a su vez, subclasificarse en dos tipos según el grado de proactividad que se le exigirá a la autoridad pública.

Será considerada como *transparencia activa* aquel deber de mayor grado, que impone a la autoridad poner a disposición permanente del público una serie relevante de información y de actos estatales, para que puedan ser consultados y revisados en cualquier momento por la ciudadanía. Esta obligación implica una tarea ardua respecto de los medios que se deberán utilizar para su satisfacción[41], lo que en la actualidad descansa en el uso de tecnologías y plataformas web (y en los registros materiales de consulta pública, en dependencias del servicio). Así, la *transparencia activa* es un deber de los órganos estatales consistente en mantener disponible permanentemente la información (completa y actualizada) necesaria para un control social adecuado, permitiendo su fácil acceso e identificación[42]. En Chile, esta obligación posee un reconocimiento directo en el art. 7° de la Ley n.° 20285[43], que obliga tanto a los órganos de la Administración Pública, al Congreso Nacional[44] y a los Tribunales de Justicia[45], mantener a disposición permanente del público, mediante sitios y páginas electrónicas, antecedentes actualizados (a lo menos una vez al mes) sobre su estructura orgánica, funcionamiento, personal, cuentas, contrataciones, entre otras.

Pero también existe una manifestación de la transparencia de carácter *pasivo*, entendida como aquella obligación de brindar la información que previamente sea solicitada por un ciudadano. Por ende, más que una actividad de iniciativa de la autoridad, es un reclamo que requiere un impulso de

[40] Un ejemplo es el art. 58 de la Constitución Política respecto de los parlamentarios.

[41] Vivanco (2008), p. 388.

[42] Bermúdez (2014), p. 663.

[43] Que en su artículo primero contempla la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado, mientras que en sus artículos segundo y siguientes consagra la Ley sobre Acceso a la Información Pública.

[44] Art. 6º de la Ley n.° 20285.

[45] Art. 8º de la Ley n.° 20285.

parte y, por ello, es en realidad una manifestación del derecho de acceso a la información pública y del derecho de petición, resguardado mediante la posibilidad de compeler a la autoridad mediante sanciones o la posibilidad de acceder a la misma compulsivamente. Es por este último aspecto que se ha podido definir la *transparencia pasiva* como una acción o medio de impugnación que el ordenamiento jurídico brinda contra una decisión u omisión que signifique una denegación injustificada a la información pública[46, 47].

Este mecanismo de tutela se puede manifestar de diversas formas: como acción de carácter jurisdiccional, que entrega a tribunales su conocimiento; o una de carácter administrativo, conferida a órganos dependientes de la Administración Pública (como ocurre en Costa Rica o Uruguay), organismos autónomos de competencia general (un "defensor del pueblo"), u organismos autónomos especializados (como el Consejo para la Transparencia en Chile). En el ordenamiento jurídico nacional, la acción se encuentra consagrada en el art. 10 y ss. de la Ley n.° 20285.

3. El Principio de transparencia y las tecnologías de la información y de la comunicación

La materialización del principio de transparencia ha logrado un importante impulso gracias a los avances tecnológicos dados durante las últimas décadas, los que han permitido facilitar el acceso de los ciudadanos a la información pública en niveles nunca antes alcanzados. De hecho, el concepto de "tecnologías de la información y de la comunicación"[48] ha comenzado a acuñarse para hacer referencia a un conjunto de instrumentos tecnológicos de todos los soportes posibles, vinculados principalmente a la informática, destinados al intercambio fluido y rápido de contenido e información, en su mayoría digitalizada, entre personas o grupos de personas, descripción que las vuelve una herramienta ideal para consolidar el principio en comento[49].

3.1. *Relación entre Estado y las nuevas tecnologías: sobre el* e-government

El Estado, con el paso del tiempo, ha interiorizado el avance tecnológico en su funcionamiento. Así, los distintos organismos públicos reemplazaron el

[46] Allesch y Obando (2010), pp. 95-101.

[47] La transparencia activa también cuenta con una acción destinada a velar por su cumplimiento, consagrada en el art. 8° de la Ley n.° 20285.

[48] También conocido mediante la sigla TIC.

[49] Díaz (2008), p. 102.

uso del papel para dar paso al computador, digitalizando formularios, documentos e, incluso, actos formales, los que, en caso de ser necesario, podrían ser impresos para su constancia en un soporte material, a pesar de ya contar con un respaldo digital. Con ello, el Estado comenzó a utilizar bases de datos y el procesamiento de datos como herramientas eficaces para optimizar los tiempos de trabajo y la reducción de errores en sus tramitaciones.

Sin embargo, sería con la explosión tecnológica dada por el Internet y las plataformas web, que el Estado lograría un nuevo mecanismo de comunicación con los ciudadanos, caracterizado por su inmediatez, completitud y bajo costo, permitiendo la vinculación informativa entre los órganos estatales y las personas, con independencia de existir entre ellos una distancia física considerable. Se implementa así la utilización de formularios en línea o casillas de solicitudes virtuales, que permiten a las personas realizar peticiones, obtener certificaciones o interponer reclamaciones sin la necesidad de asistir a una oficina gubernamental; pero también se habilitan plataformas mediante las que se publican boletines, actuaciones, normativas o noticias, logrando una relación de carácter informativo con la comunidad[50].

El procedimiento también se adecuó y acomodó para interiorizar la tecnología en su sustanciación. Por ejemplo, en materia de procedimiento legislativo, será posible hacer seguimiento de la tramitación de proyectos de ley al acceder a los sitios web del Congreso Nacional, pudiendo apreciar discusiones sostenidas por parlamentarios, ya sea mediante transmisiones en directo o grabaciones publicadas posteriormente. En el procedimiento administrativo, la tecnología favorecerá el acceso al expediente administrativo por los involucrados (o, por cualquier persona), la presentación de solicitudes, o la realización de notificaciones mediante el envío de correos electrónicos a las casillas ya informadas por los interesados[51].

Surge así un funcionamiento estatal que poco a poco ha comenzado a ser conocido como *e-government* o "gobierno electrónico", entendiendo por tal a una forma de trabajo de los organismos públicos centrado en la utilización de tecnologías con el objetivo de lograr una administración efectiva, eficiente y transparente de los recursos públicos y de la gestión, permitiendo, a su vez, el acceso fácil y expedito a los servicios mediante mecanismos di-

[50] Interesante es revisar como ejemplo al proyecto "Sistema Gobierno Electrónico Tecnologías de Información" liderado por la Dirección de Presupuestos, véase www.dipres.gob.cl/598/w3-propertyvalue-15420.html [fecha de consulta: febrero de 2020], o el funcionamiento de la página web del Servicio de Impuestos Internos como plataforma suficiente para la realización de declaraciones y solicitudes, entre otras.

[51] Una manifestación de esto es la Ley n.° 19799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma. Véase Moya (2003).

gitales y electrónicos[52]. Sin embargo, la implementación de un sistema sustentado en un "gobierno electrónico" implica, necesariamente, la inversión de recursos públicos en los soportes tecnológicos necesarios para mantener en funcionamiento permanente el aparato estatal[53].

En Chile, la implementación del "gobierno electrónico" ha sido la punta de lanza de la denominada "modernización del Estado", plan político-legislativo destinado a mejorar los niveles de eficiencia y eficacia de la función pública mediante herramientas digitales, para

> "mejorar la satisfacción de los ciudadanos con los servicios públicos mediante formulación, financiamiento, e implementación de proyectos de modernización"[54].

A través de este programa, se han mejorado (y creado) plataformas web destinadas a la atención de público, como "Chile Atiende", "Chile Compra", la digitalización del "Archivo Nacional", y sitios de servicios como la Dirección del Trabajo, Superintendencias, o el Servicio de Registro Civil e Identificación. En la actualidad, la importancia de este programa ha implicado una inversión de $25 119 000 000, hasta el año 2018[55].

3.2. *Vínculos entre la tecnología y la transparencia*

A pesar de lo comentado, para efectos de este trabajo centraremos nuestra atención en la relación existente entre los estándares de transparencia exigidos a los distintos poderes del Estado, y los mecanismos tecnológicos implementados para sustentar un sistema óptimo de intercambio de comunicaciones y de acceso a la información pública.

Durante el año 2018, Naciones Unidas publicó su encuesta anual sobre "gobiernos electrónicos" y constató que el despliegue de los mecanismos tecnológicos han demostrado ser una vía idónea para mejorar los estándares de transparencia, confianza, seguridad y estabilidad de la función pública a escala global. Sin embargo, este impulso no debe significar un descuido en la protección de datos sensibles y personales de los ciudadanos, o de información protegida por secreto de Estado[56].

---

[52] Alfaro *et al.* (2005), pp. 13-14.

[53] Ello debido a las exigencias de *hardware* (como ancho de banda o servidores de Internet) y de *software* (como licencias de programas de gestión, procesamiento y seguridad). Véase Londoño (2010), pp. 133-134.

[54] http://modernizacion.hacienda.cl/programa/sobre-el-programa [fecha de consulta: febrero de 2020].

[55] *Ibid*.

[56] Naciones Unidas (2018), pp. 67-68.

De esta forma, el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas recomendó la implementación de sistemas robustos de acceso a la información, entendidos como una respuesta adecuada al imperativo social del *accountability* de la actividad política –del Poder–, entendido como un elemento fundamental para alcanzar el "umbral mínimo democrático"[57] en una sociedad.

Esta alianza entre tecnologías y principio de transparencia puede concretarse en herramientas de distintas intensidades y finalidades específicas (sin que ellas sean incompatibles entre sí), sustentadas en la base de un Internet consolidado, y puestas a disposición por el Estado hacía los ciudadanos[58]. Así, el sistema informático debe ser estable y robusto, debido a la cantidad de procesos digitales que deberán ser capaces de realizar, cosa que, a la larga, implicará un nivel mayor de inversión por el Estado.

Usando como base esta idea se podrá distinguir como una medida de menor intensidad a las plataformas de *transparencia activa* o, simplemente, de *información*, consistente en páginas web abiertas al público en las cuales se deben alojar los datos más relevantes involucrados en la función de un determinado órgano estatal, pudiéndose encontrar, sin mayor procesamiento que un orden mínimo, la información pública. Estas plataformas puestas a disposición de la ciudadanía reflejan el nivel mínimo de transparencia esperable en un Estado moderno[59].

Un punto especial al respecto se encuentra en la transparencia de los procedimientos de formación de la ley, de la sentencia judicial, o del acto administrativo. Las plataformas web de nuestros días permiten no solo publicar y mantener disponible el acto formal terminal (tal como ocurre, por ejemplo, en la página de "Ley Chile"[60] donde podemos encontrar el texto de la ley vigente, o la propia plataforma del Poder Judicial[61], en relación con el texto de las sentencias judiciales), sino que permiten, también, almacenar actos trámites o registros de deliberaciones preliminares, útiles para comprender las razones que la autoridad toma en cuenta para formar su decisión[62]. Esto,

[57] Entendiendo por tal aquel estándar básico sustancial que un Estado debe alcanzar para calificar como una *democracia constitucional*. Cazor (2007), p. 54.

[58] Greco y Vecchi (2003), pp. 1-3.

[59] La utilización de plataformas de *transparencia activa* también permite hacer un control de probidad respecto de la conducta de los funcionarios públicos, cuando aquella refleja y mantiene actualizada una agenda pública de las autoridades, registros de reuniones, y declaraciones de intereses y de patrimonios.

[60] Página web dependiente de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, cuyo enlace es www.leychile.cl/Consulta/homebasico [fecha de consulta: febrero de 2020].

[61] www.pjud.cl

[62] Por ejemplo, los portales web de la Cámara de Diputados –www.cdtv.cl/sesion_sala.aspx– y del Senado –https://tv.senado.cl/–, como en sus respectivos canales de YouTube, que permiten acceder a videos en los que constan las deliberaciones parlamentarias.

a la larga, se transforma en un mecanismo relevante de transparencia, que posibilita que el votante aprecie el desempeño de sus autoridades.

Como segundo grupo de herramientas encontraremos aquellas páginas web donde se encuentra a disposición de la ciudadanía información permanentemente, pero con algún grado de procesamiento suficiente para facilitar su identificación por el público. Este punto exige un poco más que una simple publicación, pues implica la clasificación y categorización de datos para fomentar su uso de forma abierta. Acá encontramos los llamados "datos abiertos" (*open data*), que pueden ser entendidos como sistemas de publicidad de la información que facilitan su utilización por terceros, a efectos de poder ofrecer servicios, estadísticas, análisis, o tratamientos que brindan a la población la posibilidad de usarlos para que, a su vez, estos puedan construir nuevas ideas, servicios y conocimiento[63]. Un ejemplo de ello lo encontramos en la página de transparencia de la Cámara de Diputados[64], o en páginas de agrupaciones de la sociedad civil, como Fundación Ciudadanía Inteligente[65].

En un tercer tipo de medidas, ya de mayor intensidad, encontraremos plataformas que permiten la interacción entre el organismo público y la ciudadanía, como canales de procesamiento de solicitudes de acceso a información específica respecto de una temática en particular, aunque también se incluirán páginas web mediante las que se podrán requerir reuniones o audiencias con la autoridad. Estos mecanismos requieren de un mayor grado de preparación y sofisticación del sistema, pues implican una actividad interrelacionada entre ambos participantes, debiendo el Estado tener la capacidad suficiente para poder procesar la petición de información, recopilarla, y remitirla dentro de un plazo previamente establecido[66].

En materia administrativa, el principio de *transparencia pasiva* es reconocido por la *acción de protección al derecho de acceso a la información pública*, consagrado en el art. 10 de la Ley n.° 20285, que expresa:

> "toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley. […] El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada

[63] Concha y Naser (2012), pp. 7-10.

[64] www.camara.cl/camara/opendata.aspx [fecha de consulta: marzo de 2020].

[65] https://ciudadaniai.org/projects.html [fecha de consulta: marzo de 2020]. Este tipo de organizaciones son conocidas tradicionalmente como "control ciudadano", puesto que velan por el seguimiento de las distintas políticas públicas, y el cumplimiento de promesas de campañas hechas por candidatos que se han convertido en autoridad.

[66] Sin dejar de considerar, eso sí, el tenor del art. 15 de la Ley n.° 20285.

> con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales".

Por su parte, el art. 14 de la Ley n.° 20285 fijará como plazo regular para dar entrega de la información solicitada, el plazo de veinte días desde la realización de la petición.

Sin embargo, y como señalamos, la *transparencia pasiva* no es la única forma de manifestar este tercer grupo de medidas, puesto que a ellas se entenderán incluidas, también, las plataformas que permiten participar en la agenda pública de la autoridad, solicitando reuniones o audiencias, que han de ser de conocimiento ciudadano. Estas medidas se traducen principalmente en regulaciones sobre actividades de *lobby*[67] o agendas públicas de autoridades[68], que obligan a mantener un registro en línea actualizado y completo de todas las reuniones y actividades oficiales que sostengan los "sujetos pasivos", informando sobre los asuntos tratados. Como se ve, el objetivo de estas medidas es velar por la probidad de los funcionarios públicos, permitiendo la observación de la ciudadanía para controlar posibles conductas de corrupción o coaptación de las autoridades.

Por último, en un último grupo, encontraremos mecanismos tecnológicos que fomentan la participación ciudadana para la conformación de un acto estatal, ya sea mediante consultas o la adopción directa de una decisión. En estos casos la población no solo participa en un procedimiento, sino que ejerce –en el fondo– un mecanismo de *democracia directa* a través de un cauce digital, entendiendo por tal a aquellos mecanismos en los que el pueblo despliega, de modo inmediato y directo, determinadas funciones públicas tradicionalmente encomendadas a organismos de representación[69].

En Chile, los mecanismos de democracia directa –en general– poseen un tenue reconocimiento por el ordenamiento jurídico, los que, por ahora, solo han llegado a manifestarse a escala de participación local[70], consultas ciudadanas[71]

---

[67] Labor realizada tanto por personas naturales o jurídicas que, a cambio o no de una remuneración, buscan defender, representar y promover intereses o pretensiones particulares, velando por influir las decisiones finales que la autoridad pertinente adoptará respecto de algún asunto relacionado. El art. 2° n.° 1 de la Ley n.° 20730 define la actividad en términos similares. Para un estudio comparado sobre la regulación del *lobby*, véase García (2008).

[68] Art. 8° de la Ley n.° 20730.

[69] Soto (2011), p. 61.

[70] Así se aprecia en leyes puntuales, como la Ley n.° 20500 sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, o en atribuciones concretas, como el plebiscito municipal regulado en el art. 63 letra n) de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

[71] Como la regulada en el art. 7° bis de la Ley n.° 19300, enmarcada dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

o en el plebiscito constitucional[72], debido a la forma que en el país se ha dado al régimen presidencialista y al principio de soberanía nacional del art. 5° de la Constitución Política[73]. Sin embargo, casi todos estos mecanismos han de desarrollarse conforme a los postulados de la Ley n.° 18700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, la que no reconoce la posibilidad de utilizar medios tecnológicos para realizar, por ejemplo, una votación (salvo envío de correos electrónicos para efecto de realizar ciertas notificaciones).

Excepcionalmente, y de manera no vinculante, se han realizado "consultas municipales" mediante sistemas de "voto electrónico" para conocer la opinión de los vecinos sobre cierto tópico. Estos casos podrían ser vistos como intentos de concretar el uso de mecanismos de consulta mediante plataformas digitales, aunque tal vez la mayor experiencia al respecto la encontremos en el ámbito ambiental, donde las consultas ciudadanas reconocidas por la Ley N°19.300 poseen un canal digital en funcionamiento a cargo del Ministerio del Medio Ambiente, a través del que se canalizan las observaciones y reclamaciones que los particulares formulen sobre algún proyecto con impacto ambiental[74].

Como se aprecia de los distintos ejemplos expuestos, en Chile existen casos en los que la transparencia se ha logrado mediante la implementación de sistemas tecnológicos robustos, puestos a disposición de la ciudadanía continua y permanentemente. Estos, por lo general, suelen lograr estándares de suficiencia cuando buscan poner al conocimiento público datos, estadísticas, agendas virtuales, o información general. Sin embargo, también es cierto que la confianza en los medios tecnológicos es algo reciente, que no ha alcanzado a consolidarse en materias de mayor intensidad, como en sufragios o consultas ciudadanas, aspecto que se reflejará en el escaso reconocimiento que la regulación hará al respecto y en la existencia de profundas críticas y razonables desconfianzas contra el sistema de "voto electrónico"[75].

4. Transparencia, tecnología y Poder Judicial

Como hemos podido apreciar hasta acá, las distintas herramientas tecnológicas para incentivar el principio de transparencia suelen estar dirigidas a mejorar el acceso a la información que detentan organismos públicos y para comprobar

[72] Arts. 128-130 y 142 de la Constitución Política.

[73] Ruiz-Tagle (2019), pp. 114-115.

[74] http://consultasciudadanas.mma.gob.cl/mma-epac/app/home_ciudadano?execution=e6s1# [fecha de consulta: marzo de 2020].

[75] Véase, por ejemplo, Viollier y Riveros (2018).

la conducta de las distintas autoridades de representación popular. Por ello, las principales manifestaciones del principio se relacionara con la Ley n.° 20285, principalmente vinculante para órganos de la Administración Pública (de hecho, su art. 1° es claro en mencionar que ampara el derecho al acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado), a la Ley n.° 20730 que regula el *lobby* y el registro de agendas, y a impulsos propios de los demás órganos estatales que, sin existir mayor obligación legal, adoptan fórmulas de transparencia para mejorar los estándares de su relación con la ciudadanía.

Es por ello que, en el presente apartado, nos centraremos en revisar cómo estas tecnologías se concretan dentro de las funciones que desempeña el Poder Judicial, en el papel de sus funcionarios, y apreciar cuál es su verdadero impacto en la transparencia que requiere la administración de justicia.

4.1. Transparencia activa en el proceso judicial

Desde una perspectiva funcional, no se ha de olvidar que el art. 8° inciso segundo de la Carta Fundamental dota de publicidad a todos los actos, fundamentos[76] y procedimientos de los órganos públicos, dentro de los que se incluyen, sin lugar a duda, los Tribunales de Justicia. Por ello, un primer comentario sobre la *transparencia activa* enmarcada en el Poder Judicial tendrá que ver con el proceso propiamente tal.

El postulado constitucional será un primer reconocimiento del principio de *publicidad* como una de las bases de la judicatura nacional[77], que se verá confirmado por el art. 9° del *Código Orgánico de Tribunales* al postular: "los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley". Cabe precisar, eso sí, que la idea de *publicidad* defendida por el art. 9° del *Código Orgánico*, más bien responde al *principio de transparencia* conforme al sentido y alcance que hemos ido desarrollando en esta presentación[78]. Y lo anterior tiene sentido al comprender que la transparencia sirve como un elemento de legitimidad de la administración

[76] "[...] la debida fundamentación de las sentencias, cuyos orígenes se remontan a más de dos siglos, no sólo constituye un presupuesto fundamental de todo debido proceso sino además se relaciona con la forma de gobierno republicana y con la publicidad y debida transparencia de las actuaciones de todo órgano del Estado". Pacheco y Reyes (2019), pp. 115-116.

[77] "Estas bases fundamentales determinan la estructura del Poder Judicial, reglan el ejercicio de la jurisdicción y le señalan a los magistrados las normas de acuerdo a las cuales deben actuar ministerialmente". Oberg y Manso (2011), p. 67.

[78] "[...] la publicidad, como base de la función jurisdiccional, no se refiere al conocimiento que las partes puedan tener de las actuaciones del contrario o de las diligencias o resoluciones del juez, que en general es imprescindible, sino al hecho de que cualquier persona pueda imponerse libremente de los actos judiciales". Avsolomovich *et al.* (1965), p. 59.

de justicia y de las resoluciones judiciales[79], debido a que se comporta como una garantía de la independencia y honradez del juzgador[80], a la que se suma la posibilidad de la ciudadanía de controlar la forma en que se aplica el derecho y se resuelven los conflictos[81].

De esta manera, la transparencia será una garantía para el correcto funcionamiento del proceso[82], permitiendo que no solo las partes de un juicio, sino toda persona, puedan acceder al expediente judicial, revisar las actuaciones procesales o, incluso, asistir a audiencias. Es a través del principio de transparencia que se logran satisfacer los fines generales ya comentados (como el control al juez y su desempeño por la ciudadanía), sino, también, algunos de carácter especial, como el de educar y divulgar el funcionamiento del sistema jurídico a todas las personas[83].

Sin embargo, el reconocimiento del principio de transparencia en el proceso ideado por las legislaciones modernas es insuficiente para los estándares exigidos en nuestros días, que no solo admite que se garantice al público acudir a audiencias o al despacho del juez para presenciar la realización de actos procesales. En la actualidad, un proceso no puede dejar de atender la existencia de medios de comunicación (como la televisión, la radio y la prensa en general), siendo "públicos" aquellos procesos al que también podrán tener acceso esos medios, como "representantes" de la ciudadanía[84].

Por ello, el proceso también deberá asimilar la existencia de medios tecnológicos que potencian su transparencia, y por ende su eficiencia en general. Según los estudios del profesor Ricardo Lillo, la tecnología coopera con el proceso judicial para lograr dos objetivos prioritarios:

i) El mejoramiento de la gestión y el desempeño de la institucionalidad judicial, ya sea procesalmente hablando (logrando facilidades en el desarrollo del *iter* procedimental), e incluso, extraprocesalmente,

[79] "Mirabeau en un discurso en la Asamblea Nacional sostuvo: 'dadme el juez que queráis, parcial, corrompido, mi enemigo mismo si queréis, poco me importa, con tal que nada pueda hacer sino en presencia del público'". Bordalí *et al.* (2014), p. 68.

[80] Avsolomovich *et al.* (1965), p. 59.

[81] "Publicidad de una audiencia significa su accesibilidad para todos. [...] Frente al secreto del proceso inquisitivo común alemán, la publicidad del procedimiento llegó a ser una petición política, como lo llegaron a ser el proceso acusatorio, el tribunal popular y la oralidad. Se pidió que fuese colocada la administración de justicia bajo el control de la publicidad". Goldschmidt (1935), p. 95. De esta manera: "la publicidad de los procesos fue una de las reivindicaciones de los pensadores y políticos ilustrados frente al secreto que prevalecía en la justicia del enjuiciamiento inquisitivo, calificada de arbitraria y discriminatoria, propia de un sistema de opresión y de desconocimiento de la libertad". Bordalí (2016), pp. 101-102.

[82] Véase Pereira (1993), p. 260.

[83] Romero (2015), pp. 67-68. Véase el interesante análisis en Leturia (2018), pp. 649-652.

[84] Montero *et al.* (2018), p. 303.

facilitando la gestión del personal, bienes y la administración del Tribunal y

ii) mejoramiento de los vínculos del Poder Judicial, sea con otros organismos estatales, como con la ciudadanía, facilitando el acceso a la justicia[85].

Así, respecto del primer objetivo, encontraremos mecanismos tecnológicos que sofisticarán y velarán por mejorar la eficiencia del desarrollo procesal, como la notificación mediante correo electrónico[86], el uso de firma electrónica avanzada[87], pagos por transferencias electrónicas[88] o rendición de alegatos mediante plataformas de comunicación en línea o vía *streaming*[89]. Entender una intervención más intensa de la tecnología en el proceso, aun, permitiría la configuración de sistemas judiciales "en línea", en el cual las partes interactúen principalmente (o, a veces, totalmente) mediante plataformas web que faciliten la presentación de escritos, publicación de resoluciones judiciales, notificaciones electrónicas, etc. Estos mecanismos digitales han comenzado a conocerse como *e-justice* o "justicia en red"[90].

Respecto del segundo objetivo, la tecnología se mostrará como un canal para potenciar el acceso de la ciudadanía al conocimiento de los actos procesales y del desempeño de los intervinientes en la relación jurídico-procesal. El *principio de oralidad* como base de un proceso implica la posibilidad de que el público pueda presenciar el desarrollo del mismo, sin embargo,

[85] Lillo (2011), pp. 118-119.

[86] Mecanismos que son reconocidos en los procedimientos penales (art. 31 del C*ódigo Procesal Penal*), laborales (art. 442 del C*ódigo del Trabajo*), o de familia (art. 23 de la Ley n.° 19968), por ejemplo.

[87] Por ejemplo, art. 4° inciso primero de la Ley n.° 20886.

[88] La página del Poder Judicial permite esto mediante el siguiente vínculo: https://reca.poderjudicial.cl/RECAWEB/ [fecha de consulta: febrero de 2020].

[89] En Chile, la Corte Suprema ha comenzado a experimentar con esta posibilidad. Por ejemplo, en causa rol n.°13907-2019, el Máximo Tribunal permitió que una de las partes rindiera sus alegatos mediante videoconferencia, desde las dependencias de la Corte de Apelaciones de Arica, experiencia replicada cada vez con más frecuencia. Un interesante trabajo sobre esta herramienta y sus alcances en materia procesal puede encontrarse en Tirado (2017).

[90] Sin embargo, sistemas de un alto nivel tecnológico implican distintos retos para el Estado, como son: (i) contar con servidores de Internet capaces de gestionar el tráfico de datos; (ii) implementación de *software* especializados para mantener la coherencia entre el sistema y las reglas procedimentales fijadas por ley; (iii) soporte técnico, permanente, pronto y adecuado; (iv) preparación de los funcionarios judiciales; (v) instructivos y plataformas amigables para facilitar su uso a los usuarios; (vi) compatibilidad para que la plataforma pueda ser usada en distintos dispositivos tecnológicos; (vii) seguridad informática y (viii) destinación de un presupuesto permanente para solventar el pago de proveedores web, licencias de *software*, contratación de personal capacitado, compra de equipos, etc. Véase Londoño (2010), pp. 138-140.

en Chile aún existen procesos basados en la escrituración (sin ir más lejos, el procedimiento civil lo es, aspecto importante si consideramos el carácter supletorio que el art. 3° del *Código de Procedimiento Civil* le brinda), en los cuales podría presenciarse un secretismo de *facto* derivado de la dificultad material para que el público pueda acceder al expediente judicial, el que se transforma en algo ininteligible[91].

Sin embargo, realmente "nada de ello impide que los ciudadanos tengan acceso a los expedientes judiciales donde están consignados los escritos de las partes y las declaraciones de testigos y demás medios probatorios. Hay ahí un germen de publicidad"[92], que debe ser explotado. Y como no existe mayor impedimento, la tecnología participará potenciando aquel "germen" mediante la implementación de plataformas digitales a través de las cuales la ciudadanía pueda tener acceso remoto al proceso propiamente tal, superando el impedimento material, y sin necesidad de acudir a la sede del tribunal.

En este sentido, el art. 3° de la Ley n.° 20886 instaura a cada tribunal el deber de registrar todas las resoluciones y actuaciones en un sistema informático, basado en respaldos computacionales. El art. 29, inciso primero, del *Código de Procedimiento Civil* desarrollará esto estableciendo:

> "Se formará la carpeta electrónica con los escritos, documentos, resoluciones, actas de audiencias y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio. Estos antecedentes serán registrados y conservados íntegramente en orden sucesivo conforme a su fecha de presentación o verificación a través de cualquier medio que garantice la fidelidad, preservación y reproducción de su contenido, lo que se regulará mediante auto acordado de la Corte Suprema"[93].

Esta norma es la base para la implementación de una plataforma web de "consulta de causas" en la página del Poder Judicial, mecanismo a través del que se ha de sustentar la relación jurídico-procesal en la actualidad, y que no solo permitirá acceder a las partes (y a toda persona) a las piezas que componen el expediente (la carpeta electrónica), sino que, también, servirá de portal o casilla para la presentación de escritos o solicitudes por los interesados[94].

---

[91] Bordalí Salamanca *et al.* (2014), p. 73.

[92] *Ibid*.

[93] Auto acordado para la "Aplicación en el Poder Judicial de la Ley N°20.886, que Modifica el Código de Procedimiento Civil, para Establecer la Tramitación Digital de los Procedimientos Judiciales", acta 37-2016 del Pleno de la Corte Suprema.

[94] Véase Cortez y Palomo (2018), p. 78.

Sin perjuicio de que un sistema de tramitación de causas en línea trae mayores ventajas que las acá comentadas[95], desde la perspectiva de la transparencia el sistema de registro informático configura una herramienta sólida de *transparencia activa*, puesto que las actuaciones procesales (esencialmente aquellas de soporte documental) se encontrarán a disposición permanente de la comunidad[96]. En Chile, encontraremos ejemplos de esto en sitios web de los Tribunales de Justicia (en especial en la página "consulta unificada de causas" del Poder Judicial[97], en la que se podrá acceder a causas civiles, laborales, penales y de familia) o tribunales de jurisdicción especial, como el Tribunal de Contratación Pública[98], Tribunales Ambientales[99] o, incluso, el Tribunal Constitucional[100]. Algunos de estos portales alojan grabaciones de los alegatos que las partes rinden[101].

El acceso al contenido de los expedientes judiciales, como parte de la *transparencia activa*, se ve complementando con la obligación que el artículo octavo de la Ley n° 20285 impone a todos los tribunales que ejercen jurisdicción (incluyendo ciertos órganos administrativos como la Dirección General de Aeronáutica Civil), de mantener disponible en sus sitios web respectivos información referida a las materias detallas en el art. 7° de la misma ley, que incluye aspectos como dotación de personal, administración financiera, contrataciones, entre otras[102].

Sin embargo, y como se desprende del art. 9° del *Código Orgánico de Tribunales*, la transparencia activa en materia judicial no es absoluta, sino que

[95] Véase el estudio comparado sobre la materia realizado por Lillo (2011), pp. 121-126.

[96] En la actualidad, la regla general es que los procesos cuenten con un grado de transparencia general e inmediata. *General*, ya que todas las personas tendrán acceso al contenido de las actuaciones procesales (y no solo las partes y sus abogados); e *inmediata*, pues permite al público presenciar la práctica de los actos procesales (como asistir audiencias), y no solo acceder al resultado final de la diligencia (como lo sería solo apreciar el acta testimonial), situación que ocurre excepcionalmente. Marinoni y Mitidiero (2019), pp. 40-41.

[97] www.pjud.cl/consulta-de-causas2 [fecha de consulta: febrero de 2020].

[98] www.tribunaldecontratacionpublica.cl/informacion-de-causas/ [fecha de consulta: febrero de 2020].

[99] https://causas.1ta.cl/ [fecha de consulta: febrero de 2020]; https://causas.3ta.cl/ [fecha de consulta: febrero de 2020] y www.tribunalambiental.cl/consulta-de-causas/ [fecha de consulta: febrero de 2020].

[100] www.tribunalconstitucional.cl/buscador [fecha de consulta: marzo de 2020]

[101] La vanguardia sobre este asunto la lleva el Tribunal Constitucional, que mediante su canal de YouTube, www.youtube.com/user/TCCHILE2/videos [fecha de consulta: marzo de 2020], registra y almacena los alegatos brindados por las partes, quedando disponibles las grabaciones para la consulta del público.

[102] En el caso del Poder Judicial chileno, se podrá acceder a esta información en su sitio web www.pjud.cl/home#transparencia-e-informacion [fecha de consulta: marzo de 2020].

posee excepciones calificadas por ley, donde el secreto adquiere importancia. Dentro de estas encontraremos, por ejemplo, el art. 19 de la Ley n.° 19620, que Dicta Normas sobre la Adopción de Menores, que permite al juez mantener en reserva la identidad de un menor involucrado en uno de los procedimientos regulados por esta ley respecto de terceros; el art. 86 de la Ley n.° 19947, sobre Matrimonio Civil, que considera como reservados, salvo petición en contrario, su procedimientos o el art. 289 del *Código Procesal Penal*, que permite al juez imponer limitaciones a la "publicidad", cuando existan motivos calificados que así lo recomienden.

Pero es especialmente interesante la causal de reserva respecto de la fase de deliberación de los órganos jurisdiccionales colegiados, contenida en el art. 81 del *Código Orgánico de Tribunales*, que expresa:

> "Las Cortes de Apelaciones celebrarán sus acuerdos privadamente; pero podrán llamar a ellos a los relatores u otros empleados cuando lo estimen necesario"

(el art. 103 del *Código Orgánico de Tribunales* hace aplicable esta regla a la Corte Suprema y el art. 20 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional la hará procedente al Tribunal Constitucional, mientras que el art. 339 del *Código Procesal Penal* posee una tenor similar aplicable a la deliberación de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal). A pesar de que esta causal de reserva en la deliberación es un asunto regulado desde los orígenes del *Código* (aun en su predecesora, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales), la lógica empleada es afin con la causal de secreto aplicable a los órganos administrativos fijada por el art. 21 n.° 1 letra b) de la Ley n.° 20285[103], con la diferencia de que la deliberación administrativa podrá ser publicada una vez adoptada la decisión, mientras que la deliberación judicial no verá la luz aún publicada la sentencia[104].

Ahora bien, que la deliberación sea secreta no implica, necesariamente, que no se sepan las razones que pueda tener uno u otro Ministro para resolver un conflicto judicial, las que se consignarán en la motivación de la sentencia judicial mediante la fórmula de votos de mayoría, de prevención o, incluso, votos de disidencia, los que, según el art. 89 del *Código Orgánico de Tribunales*, serán públicos indicándose el nombre de su autor[105].

[103] Art. 21 n. °1 letra b) de la Ley n.° 20285.

[104] Juica (2013), p. 45. Véase, al respecto, la intervención del senador José Antonio Viera-Gallo Quesney en *Historia de la Ley* n.° *20285*, pp. 79-80.

[105] Un interesante estudio sobre los votos particulares en deliberaciones colegiadas puede encontrarse en Verdugo (2011). Por otro lado, un análisis sobre las distintas intensidades en que son utilizados los votos particulares en las resoluciones judiciales dentro de los principales sistemas judiciales comparados, podrá encontrarse en Tortolero (2006).

Sin embargo, cabe mencionar que el ordenamiento jurídico también reconoce casos en que es adecuado permitir al público presenciar la fase de deliberación previa a la formulación de un acto decisional, como ocurre en el caso de los órganos legislativos, donde el art. 5° A, inciso cuarto, de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional fija que la discusión en sala, así como el trabajo en comisiones, será esencialmente público, salvo que concurra alguna causal excepcional de secreto (registrándose, incluso, para su consulta posterior mediante los canales oficiales de YouTube). La importancia de la publicidad en la sede legislativa se comprende por la importancia que implica conocer todos los debates y antecedentes "prelegislativos" producidos hasta la aprobación y publicación el texto legal, asunto relevante tanto para comprender las razones, espíritu y finalidades de la ley como para que la ciudadanía pueda apreciar la conducta argumentativa de sus congresistas en miras de ejercer su principal mecanismo de control contra el legislador: el voto[106].

De lo dicho emana una legítima pregunta, ¿debiera repensarse el secretismo de los acuerdos judiciales, para comenzar a parecerse a la deliberación parlamentaria?, ¿o, a lo menos, superar el estado de secreto total y permitirse, al igual que con la deliberación administrativa, que esta sea luego publicada a la dictación de la decisión final?

Frente a esta pregunta, la tecnología será relevante, permitiendo sortear el impedimento material que implica la transparencia de las deliberaciones judiciales, ya sea mediante un sistema de transmisión *streaming* de las sesiones de los cuerpos colegiados o mediante su alojamiento en canales de YouTube (o similares) en los que se puedan registrar, sea inmediatamente o de forma posterior a la dictación de la sentencia, una grabación de la deliberación. Estas posibilidades tecnológicas nos privan de excusas al momento de reflexionar sobre este aspecto del proceso judicial, despejando el debate para que aquel se centre solo en las razones de fondo basadas en la conveniencia de la medida, su utilidad, o la posibilidad mejorar el control[107].

Al respecto cabe mencionar que en Latinoamérica ya existen casos de ello, que han superado el secreto para pasar a una lógica de audiencias públicas al momento de realizar la deliberación. Este es el caso del sistema judicial de Brasil, donde, desde hace algunos años, el Supremo Tribunal Federal ha optado por publicar y alojar en su canal de YouTube[108] las deliberaciones que realiza su tribunal pleno, sea sobre asuntos relacionados con materias de gobierno judicial o en la adopción de resoluciones para conflictos concretos.

[106] Vergara (1991), p. 227.

[107] Así pareciera darlo a entender Francisco Leturia Infante, al insinuar que el secreto de la deliberación judicial responde, entre otras, a "razones de espacio físico", Leturia (2018), p. 661.

[108] www.youtube.com/user/STF/videos [fecha de consulta: febrero de 2020].

4.2. *Transparencia pasiva en el Poder Judicial*

El nivel de transparencia activa logrado por el Poder Judicial chileno, principalmente mediante el uso de su página web, ha logrado que la ciudadanía cuente con una gran fuente de información respecto de sus actividades, sus jueces e, incluso, sobre estadísticas e investigaciones realizadas por la Dirección de Estudio de la Corte Suprema[109].

Sin embargo, es importante mencionar que desde una perspectiva de la *transparencia pasiva* existiría un vacío legislativo relevante, puesto que, en lo formal, no existe en la actualidad un canal de comunicación dirigido en especial a las solicitudes de información por parte de la ciudadanía. Esto se agrava, además, por la delimitación competencial fijada por el legislador respecto de la acción de amparo al derecho de acceso a la información pública de la Ley n.° 20285, la que solo procederá contra órganos de la Administración del Estado, excluyendo, por ende, a los Tribunales de Justicia[110], existiendo, de esa manera, una inexigibilidad palpable.

El mismo vacío lo encontraremos en el caso de sistemas de *open data*. En la actualidad, el Poder Judicial no cuenta con un sistema de procesamiento y recopilación de datos judiciales o de seguimiento de las decisiones adoptadas por jueces o ministros sobre algún tópico especial o una plataforma de consulta sobre líneas jurisprudenciales. Este vacío solo se ha visto superado mediante el trabajo de entidades privadas (generalmente de pago)[111] o de investigaciones de la academia[112].

Esta situación, a la larga, se traduce en una merma importante al sistema de control que los ciudadanos podrán hacer sobre una corte, juzgado o un juez en concreto, en especial respecto de la forma en que estos dan aplicación al derecho, o van actualizando sus criterios, cosa que podría provocar afectaciones a garantías constitucionales cuando se creen fallos disimiles para casos similares, generando casos de "discriminación judicial"[113].

[109] http://decs.pjud.cl/ [fecha de consulta: marzo de 2020].

[110] Así lo ha ratificado la jurisprudencia del Consejo para la Transparencia, como se puede apreciar, por ejemplo, en Consejo para la Transparencia (2017) y en Consejo para la Transparencia (2019).

[111] Véase la interesante reflexión realizada en Aránguiz (2019).

[112] Un ejemplo de ello es el trabajo sobre las líneas jurisprudenciales de los ministros de la Corte Suprema sobre aspectos vinculados al derecho administrativo encontrado en Vergara (2019).

[113] Véase Romero (2004), pp. 56-62.

4.3. *Transparencia sobre declaraciones personales de jueces y ministros*

Finalmente, el tercer tipo de transparencia ya revisado tiene relación con aquellos antecedentes e informaciones vinculados a la persona del juez o ministro (aun, de administradores o funcionarios, como secretarios), destinados a mantener instruida a la ciudadanía de sus intereses, para efectos de velar por la probidad y evitar conflictos entre estos y los asuntos que conozcan, frente a lo que es importante el conocimiento de sus demás labores y contratos de servicio, así como de su agenda. Esto, como se ha dicho, es plenamente afín con los valores detrás del art. 8° inciso tercero de la Constitución Política, que da lugar a una transparencia "funcionaria" o "personal".

Esta modalidad de la transparencia posee como principales concreciones en el ámbito judicial.

a) Declaración de patrimonio e intereses

El art. 16 de la Ley n.° 20880 ordena que los miembros del escalafón primario del Poder Judicial[114] deben efectuar una declaración jurada de intereses y de patrimonio, indicando actividades académicas, profesionales, económicas o de cualquier otra índole. Se requerirá una declaración en similares términos del cónyuge casado bajo régimen de sociedad conyugal y del conviviente civil. Los arts. 18 y 19 de la Ley n.° 20880 extienden estas obligaciones a las principales autoridades de tribunales especiales (Tribunal de Contratación Pública, Tribunal Constitucional o Tribunales Ambientales, entre otros).

Por su parte, el art. 5° de la Ley n.° 20880 obliga a que dicha información se mantenga actualizada anualmente, mientras que su art. 6° impone un resguardo especial al principio de transparencia, obligando a que dichas declaraciones sean públicas (protegiéndose siempre los datos sensibles y personales del declarante) y efectuadas mediante formularios electrónicos (o, de forma excepcional en papel) que deberán constar en los portales web del organismo.

Respecto de esta obligación, cabe mencionar que las plataformas web utilizadas contemplan casillas de consulta que permitirán el acceso a estas declaraciones. Así se comprueba del sitio web del Poder Judicial o del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, que facilitan, al revisar la integración de cada tribunal, acceder a una sección individual con la declaración

[114] Escalafón que, según enlista el art. 265 del *Código Orgánico de Tribunales*, incluye a ministros de la Corte Suprema, ministros de las Cortes de Apelaciones, jueces letrados, relatores, y secretarios judiciales, entre otros.

de patrimonio e intereses de cada funcionario judicial. Importante, también, será la página de *Infoprobidad*[115], donde se recoge la totalidad de las declaraciones de patrimonio e intereses de cada tribunal, incluyendo ministros y funcionarios del Tribunal Constitucional, entre otros.

b) Declaración de inhabilidades

Las declaraciones de inhabilidades son un mecanismo destinado a mantener informada a la ciudadanía de las distintas implicancias o conflictos de interés que un juez o ministro puede tener, *a priori*, en determinados conflictos judiciales, mayormente por razones de vínculos con una de las eventuales partes. En el fondo, la declaración de inhabilidades no es más que un aviso previo y general de que a un juez le afectará una causal de implicancia o de recusación en determinados asuntos.

Este mecanismo, eso sí, no posee reconocimiento legal, pero la Corte Suprema, mediante un auto acordado[116] ha decidido regular este asunto, obligando a todo juez, ministro, relator e, incluso, abogados integrantes, a dejar constancia, con precisión y objetividad, de aquellas circunstancias que a su juicio personal puedan configurar una causal de implicancia o recusación en futuros casos concretos. Esta regulación infralegal se ha traducido, en la práctica, en la publicación –a través del sitio web del Poder Judicial– de una declaración respecto de posibles inhabilidades elaborada por cada funcionario (aunque, en la actualidad, solo se encuentran disponibles para el acceso público las declaraciones de los ministros de la Corte Suprema).

c) Registro de audiencias de *lobby* y de agenda pública

El art. 4° de la Ley n.° 20730, al momento de definir qué autoridades serán consideradas "sujetos pasivos" de *lobby*, entrega al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional una potestad para que sean ellos mismos, mediante el ejercicio de su superintendencia directiva o de potestades de organización interna, quienes definan qué funcionarios (sean jueces, ministros, secretarios u otros) estarán obligados a registrar las reuniones que sostengan con lobistas, gestores de intereses particulares, o, aun, con las partes de un caso.

Esta técnica legislativa es, en sí, incorrecta, puesto que da cuenta de una cierta "desconfianza" del legislador sobre los beneficios que este tipo de regulación traerá a la probidad y a la transparencia judicial. Afortunada-

[115] www.infoprobidad.cl/#!/inicio [fecha de consulta: marzo de 2020].
[116] Acta n.° 94-2009 del Pleno de la Corte Suprema.

mente, tanto la Corte Suprema[117] como el Tribunal Constitucional[118] han regulado este asunto, definiendo parte de su personal como "sujetos pasivos" (aunque, llama la atención que no se consideren como tal a todos los ministros que integran estos órganos colegiados[119]).

Como podemos apreciar, acá existe un riesgo inminente relacionado con el tráfico de influencia, en el peor de los casos, o de faltas menores a la probidad, respecto de aquellos jueces, ministros o funcionarios que no estarán obligados a realizar los registros públicos que la Ley n.° 20730 exige. Sin perjuicio de que aquella falencia se ha justificado por la existencia de la limitación regulada por el art. 320 del *Código Orgánico de Tribunales*[120], que obliga a todo juez a abstenerse de dar oído a toda alegación de las partes o de terceras personas fuera del tribunal (expresión que se debe entender como "fuera del proceso"), lo cierto es que la falta de registro sobre audiencias que brinden jueces y ministros impide hacer un control efectivo (e, incluso, preventivo) sobre la efectividad del deber de abstención, sea respecto de reuniones en sus despachos o fuera de ellos, tanto con las partes involucradas en un conflicto concreto como con terceros gestores de intereses particulares.

Ahora bien, respecto de los registros de actividades a los que están obligados las autoridades del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, conocido también como "agenda pública", en ellos se deberán incluir toda

[117] Mediante el auto acordado sobre Aplicación de la Ley N°20.730 en el Poder Judicial. Acta n.° 11-2015 del Pleno de la Corte Suprema, complementada por el acta n.° 815-2019.

[118] A través del auto acordado del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de diciembre de 2014.

[119] El ministro de la Corte Suprema, Sergio Muñoz Gajardo, hizo presente, al adoptarse la regulación en cuestión, "su parecer en el sentido de ampliar los alcances de la Ley N°20.730 a lo relativo al registro de la agenda pública de entrevistas o audiencias solicitadas, tanto a los funcionarios a quienes se ha acordado extender las obligaciones de la ley en mención, como al Presidente, Ministros, Fiscal y Secretario de la Corte Suprema y a los Presidentes, Ministros y Fiscales de las Cortes de Apelaciones; a los miembros de tribunales especiales y, en general, a todo órgano que ejerza jurisdicción sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, con la salvedad de las audiencias destinadas a recibir los alegatos en las causas que deban conocer y resolver las Cortes –con arreglo a los artículos 223 del Código de Procedimiento Civil y 527 del Código Orgánico de Tribunales– como también cualquier otra audiencia pública por expresa disposición de la ley, las declaraciones efectuadas ante una comisión parlamentaria, y las invitaciones que funcionarios y autoridades hacen a reuniones técnicas a profesionales de asociaciones sin fines de lucro, corporaciones, fundaciones, universidades, centros de estudios u otra entidad análoga". Acta n.° 11-2015 del Pleno de la Corte Suprema.

[120] Aplicable al Tribunal Constitucional mediante el art. 35 del auto acordado del Tribunal Constitucional, de fecha 30 de diciembre de 2014.

reunión o audiencia sostenida con lobistas o terceros gestores de intereses, donativos, y viajes. Sin embargo, estas materias pueden ser consideradas como insuficientes igualmente, puesto que omite la obligación de registro respecto de acercamientos oficiosos, reuniones realizadas por invitación del propio "sujeto pasivo", entre otras[121].

En a actualidad, es posible acceder a las "agendas públicas" del presidente de la Corte Suprema[122], de los presidentes de las Cortes de Apelaciones[123] y de los demás sujetos pasivos del Poder Judicial[124]; así como del presidente[125], los ministros, relatores, y, de forma parcial, a la de otros funcionarios del Tribunal Constitucional[126].

5. Conclusiones

Como hemos podido apreciar, el principio de transparencia es uno de los puntos centrales de todo sistema democrático sano, puesto que será a través de él que la ciudadanía podrá ejercer su papel de fiscalizador respecto de la forma en que las autoridades públicas utilizan las potestades que se les han conferido.

Este principio, como hemos descrito, se manifestará en la vida institucional mediante tres formas: una primera centrada en la conducta e intereses de las autoridades, exigiéndoles que den cuenta a la ciudadanía de sus negocios, lazos familiares, relaciones profesionales, patrimonios, entre otros. Una segunda fase se relaciona con las informaciones básicas del funcionamiento de un órgano público, como su administración presupuestaria, sus actos formales, los fundamentos y procedimientos por los cuales se adoptan

[121] Sin ir más lejos, la denominada Comisión Engel (Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción), en un sentido general, recomendó para el Poder Judicial: "Agregar el registro de reuniones no solicitadas o informales de todos los sujetos pasivos, tal como se hizo en el Poder Legislativo". A esta crítica podrá sumarse el hecho de que en la plataforma "Ley del Lobby" (www.leylobby.gob.cl/admin/auth/prelogin-funcionarios), los sujetos pasivos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, no se encuentran registrados (salvo en lo que respecta a la Corporación Administrativa del Poder Judicial).

[122] www.pjud.cl/agenda-del-presidente-corte-suprema [fecha de consulta: marzo de 2020].

[123] www.pjud.cl/agenda-presidentes-cortes-de-apelaciones [fecha de consulta: marzo de 2020].

[124] www.leylobby.gob.cl/instituciones/NR001/cargos-pasivos [fecha de consulta: marzo de 2020].

[125] http://186.103.131.187/Agenda_min9/week.php [fecha de consulta: marzo de 2020].

[126] www.tribunalconstitucional.cl/ley-de-transparencia/agendas [fecha de consulta: marzo de 2020].

las decisiones concretas, sus estructuras organizacionales, etc. Este mecanismo, conocido como de *transparencia activa*, impone una obligación mínima que debe ejecutarse de forma permanente y actualizada. Finalmente, una tercera concreción del principio se verá en los mecanismos de *transparencia pasiva*, configurados como vías a través de las cuales la ciudadanía requiere a la autoridad la entrega de información que no esté publicada o que no ha sido procesada.

Estas tres facetas de la transparencia, como bien aclara el texto constitucional, influye a todas las entidades estatales, cosa que incluye, inevitablemente, a los órganos destinados a brindar la administración de justicia, las que hemos revisado de manera separada, conforme a las bases institucionales que el sistema judicial entrega para el ejercicio de la labor jurisdiccional. Sin embargo, la revisión no se ha centrado solo en la forma en que se recoge el principio de transparencia, sino como la tecnología ha generado un vuelco a los paradigmas antiguos, centrados en secretismos de *facto* derivados por los sistemas escriturados o por la imposibilidad material de acudir a la sede del tribunal.

Como hemos visto, la tecnología entrega una potencia inusitada al principio de transparencia dentro del ámbito judicial, dando paso cada vez más a la implementación y uso de herramientas digitales dentro del proceso, al punto de que, a escala global, se ha comenzado a utilizar la expresión de *e-justice*, en clara sintonía con los modelos de *e-government* que poco a poco se han ido consolidando.

Así, desde una mirada de la *transparencia activa*, pudimos comprobar la existencia de distintos medios tecnológicos que han fomentado la transparencia como la implementación de sistemas de "consulta de expedientes" disponibles en los distintos sitios web de los Tribunales de Justicia, que permiten acceder al contenido de los actos procesales; pero también la existencia de desafíos, como el registro de los alegatos rendidos ante una Corte mediante su alojamiento en plataformas web.

Sin embargo, importante es apreciar que el cambio de paradigma que ofrecen las nuevas tecnologías sobre este punto provoca una tensión con ciertas instituciones judiciales que aún gozan de un secretismo fijado por ley, reabriendo el debate sobre la conveniencia de su mantención. En este punto, centramos la mirada en el secreto vigente que resguarda a la deliberación judicial, la que, sin ser negativa *per se*, podría estar perdiendo fundamento frente a la existencia de ejemplos en derecho comparado en los que se ha invertido la regla, pasando a ser las deliberaciones judiciales una materia pública, tal como ocurre con la deliberación legislativa.

Desde la mirada de la *transparencia pasiva*, a su vez, comprobamos que nuestro sistema no contempla una acción o reclamo que permita amparar una solicitud de acceso a la información pública ante órganos jurisdiccio-

nales, denunciándose así un vacío que no es afín con el estándar exigido por el principio de transparencia. A esto se suma, además, la falta de mecanismos de *open data*, que ofrezcan a la ciudadanía una información calificada, que haga más expedito el control y la revisión de la actividad judicial de jueces y ministros de Corte.

Finalmente, y desde la *transparencia orgánica* o *personal*, podemos concluir un grado de suficiencia implementado por normativa vigente, así como por impulsos voluntarios adoptados por los propios tribunales. Un ejemplo de lo primero será la obligación de publicar declaraciones de intereses y de patrimonio de cada juez de la república, incluyendo aquellos que ejerzan una jurisdicción especial. Del segundo aspecto, se ha destacado la decisión dada por la Corte Suprema de implementar la obligación de publicar declaraciones de inhabilidades previas, destinadas a potenciar una conducta ministerial proba.

Por desgracia, sobre este tópico también se encontraron ciertas falencias, principalmente respecto de la forma en que la *Ley del Lobby* influye en la actividad judicial. Como se ha expuesto, dejar que los "sujetos activos" sean definidos por los propios tribunales, o que el sistema de agendas públicas no incluya todas las relaciones extraprocesales que tiene un juez, daría paso a una zona oscura que el principio de transparencia no ha de tolerar.

Sin perjuicio de todo, el presente trabajo nos permite ser optimistas respecto de la forma en que el principio de transparencia ha ido mermando cada uno de los rincones del Poder Judicial, la que se aprecia como una influencia axiomática robusta, que cada vez más alcanza distintos aspectos tanto del proceso propiamente tal como de la administración del Poder Judicial en general, permitiéndose, con ello, mejorar los estándares de *accountability* que la ciudadanía podrá realizar respecto de sus autoridades judiciales.

6. Bibliografía

Abramovich, Víctor y Christian Courtis (2000): "El acceso a la información como derecho", en Felipe González y Felipe Viveros (eds.). *Igualdad, libertad de expresión e interés público*, Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 197-218.

Alfaro, Rodrigo, Guillermo Bustos, Alejandra González y Joseba Loroño (2005). *Introducción al gobierno electrónico: Actores y dimensiones,* Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Allesch Peñailillo, Johann e Iván Obando Camino (2010). "Transparencia, secreto, acceso a la información y datos personales: Doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión 'principios' por

el legislador", en Raúl Letelier Wartenberg y Enrique Rajevic Mosler (eds.), *Transparencia en la Administración Pública*, Santiago: Abeledo Perrot, pp. 93-129.

Alsina, Hugo (1957). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., Buenos Aires: Ediar Editores, tomo II.

Aránguiz Villagrán, Matías (2019). "¿Quién es dueño de las sentencias judiciales?, 30 de agosto de 2019". Disponible en www.df.cl/noticias/opinion/columnistas/quien-es-dueno-de-las-sentencias-judiciales/2019-08-29/183053.html [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2019].

Avsolomovich Callejas, Alex, Germán Lührs Antoncich y Ernesto Noguera Gorget (1965). *Nociones de derecho procesal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Bermúdez Soto, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*, 3ª ed. actualizada, Santiago: Thomson Reuters.

Bobbio, Norberto (1985). "La crisis de la democracia y la lección de los clásicos", en Norberto Bobbio, Giuliano Pontara y Salvatore Veca. *Crisis de la democracia*, Barcelona: Editorial Ariel, pp. 5-25.

Bobbio, Norberto (2005). *Teoría general de la política*, Madrid: España, Editorial Trotta.

Böckenförde, Ernst Wolfgang (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid: Editorial Trotta.

Bordalí Salamanca, Andrés (2016). *Derecho jurisdiccional*, Valdivia: Ediciones Universidad Austral de Chile.

Bordalí Salamanca, Andrés, Gonzalo Cortez Matcovich y Diego Palomo Vélez (2014). *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar*, 2ª ed., Santiago: Thomson Reuters.

Camacho Cepeda, Gladys (2014). "Constitución y transparencia", en *Revista de Derecho Público*, número especial, Santiago, pp. 149-157.

Camacho Cepeda, Gladys (2016). "Probidad y transparencia: Valores fundamentales de las bases de la institucionalidad chilena", en Jaime Santofimio Gamboa, Javier Barnés Vásquez y Mónica Ibagón Ibagón (eds.). *Perspectivas de una reforma. Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 263-296.

Camacho Cepeda, Gladys (2018): "Sobre la transparencia, el derecho de acceso a la información pública y los deberes de publicidad. Su diferencia conceptual y práctica", en *Revista de Derecho Público*, número especial, Santiago, pp. 75-95.

Cazor Aliste, Kamel (2007). "Constitucionalismo y Umbral democrático en Chile: Hacia una nueva teoría constitucional", en *Ius et Praxis*, vol. 13, n.° 1, Talca, pp. 45-74.

Cea Egaña, José Luis (2013). "Tercera regla de oro del derecho público", en *Revista de Derecho. Transparencia y Acceso a la Información*, segunda época, año I, n.° 1, Santiago, pp. 107-142.

Cea Egaña, José Luis (2017). *Derecho constitucional chileno*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo I.

Concha, Gastón y Alejandra Naser (2012). "Datos Abiertos: Un Nuevo Desafío para los Gobiernos de la Región", marzo de 2012. Disponible en www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/3/54303/Datos_Abiertos_Un_Nuevo_Desafio_Gobiernos.pdf [fecha de consulta: 6 de marzo de 2020].

Condesso, Fernando (2011). *Derecho a la información. Crisis del Sistema político. Transparencia de los poderes públicos*, Madrid: Editorial Dykinson.

Contreras Vásquez, Pablo (2010). "Transparencia y leyes secretas en Chile", en *Estudios Constitucionales*, año 8, n.° 2, Talca, pp. 87-124.

Cortez Matcovich, Gonzalo y Diego Palomo Vélez (2018). *Proceso Civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Santiago: Thomson Reuters.

De Otto, Ignacio (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona: Editorial Ariel.

Díaz Revorio, Francisco Javier (2008). "La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: Breves Reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación", en *Revista de Derecho Político*, n.° 71-72, pp. 87-110.

García García, José Francisco (2008). "Modelos de regulación del lobby en el derecho comparado", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.° 1, Santiago, pp. 107-134.

Goldschmidt, James (1935). *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona: Casa Editorial Bosch.

Greco, Silvana y Silvia Vecchi (2003). "Acciones Participativas en el Campo de la Administración de Justicia y Tecnologías de Información y Comunicación (TIC)". Disponible en www.iijusticia.org/heredia/PDF/Greco%20y%20Vecchi.pdf [fecha de consulta: 24 de enero de 2020].

Juica Arancibia, Milton (2013). "Transparencia en el Poder Judicial de Chile: Diseño, políticas y estructuras para cumplir con este principio", en *Revista de Derecho. Transparencia y Acceso a la Información*, segunda época, año I, n.° 1-2013, Santiago, pp. 27-57.

Kelsen, Hans (1934). *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona: Editorial Labor.

Letelier Wartenberg, Raúl (2010). "Logros y frustraciones de la transparencia", en Raúl Letelier Wartenberg y Enrique Rajevic Mosler (eds.). *Transparencia en la Administración Pública*, Santiago: Abeledo Perrot, pp. 79-90.

Leturia Infante, Francisco Javier (2018). "La Publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y la jurisprudencia española", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n.° 3, Santiago, pp. 647-673.

Lillo Lobos, Ricardo (2011): "El uso de nuevas tecnologías en el sistema judicial: Experiencias y precauciones". Disponible en www.iijusticia.org/docs/LOBOS.pdf [fecha de consulta: 24 de enero de 2020].

Loewenstein, Karl (2018). *Teoría de la constitución*, Barcelona: Editorial Ariel.

Londoño Sepúlveda, Néstor (2010). "El uso de las TIC en el proceso judicial: Una propuesta de justicia en línea", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, n.° 112, pp. 123-142.

Marinoni, Luiz Guilherme y Daniel Mitidiero (2019). "Independencia judicial y medios de comunicación", en Jordi Nieva Fenoll y Eduardo Oteiza (dirs.). *La Independencia judicial: un constante asedio*, Madrid: Marcial Pons, pp. 39-49.

Montero Aroca, Juan, Juan Luis Gómez Colomer y Silvia Barona Vilar (2018). *Derecho jurisdiccional. Parte general*, 26ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, tomo I.

Moya García, Rodrigo (2003). "El procedimiento administrativo electrónico en Chile", en *Revista Chilena de Derecho Informático*, n.° 3, Santiago, pp. 77-93.

Naciones Unidas (2018). "Encuesta sobre E-Gobierno 2018". Disponible en https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2018-Survey/E-Government%20Survey%202018_Spanish.pdf [fecha de consulta: 3 de diciembre de 2019].

Oberg Yañez, Héctor y Macarena Manso Villalón (2011). *Derecho procesal orgánico*, 3ª ed. revisada y actualizada, Santiago: Legal Publishing.

Pacheco Ilabaca, Fabián y Jaqueline Reyes López (2019). *Análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional de Chile y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a los elementos del debido proceso*, Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Pereira Anabalón, Hugo (1993). *Curso de derecho procesal. Derecho procesal orgánico*, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, tomo I.

Pfeffer Urquiaga, Emilio (2005). *Reformas constitucionales 2005*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Ramírez Arrayás, José Antonio (2009). "Probidad y transparencia de la función pública: Elementos de la reforma en Chile", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional. *Temas actuales de derecho constitucional. Libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 223-240.

Romero Seguel, Alejandro (2004). *La Jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva procesal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Romero Seguel, Alejandro (2015). *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, Santiago: Thomson Reuters, tomo III.

Ruiz-Tagle Vial, Pablo (2019). "Democracia representativa, participación ciudadana y republicanismo en Chile", en Kamel Cazor Aliste (coord.). *Diversas Perspectivas en torno al decaimiento de la democracia*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 105-119.

Sartori, Giovanni (1995). *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*, Madrid: Alianza Editorial.

Schmitt, Carl (1996). *Teoría de la constitución*, Madrid: Alianza Editorial.

Soto Barrientos, Francisco (2011). "Mecanismos participativos como complemento de la acción de los órganos representativos. perspectiva comparada", en *Revista de Derecho Público*, vol. 75, n.° 2, Santiago, pp. 59-72.

Stein Velasco, José Luis (2005). *Democracia y medios de comunicación*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Tirado Estrada, Jesús (2017). "Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso", en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, vol. 5, n.°10, Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, pp. 153-173.

Tortolero Cervantes, Francisco (2006). "El secreto de las deliberaciones judiciales a debate", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. lvi, n.° 245, pp. 345-363.

Verdugo Marinkovic, Mario Pfeffer, Emilio Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá (1999). *Derecho constitucional*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo i

Verdugo Ramírez, Sergio (2011). "Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático", en *Revista de Derecho*, vol. 18, n.° 2, Coquimbo, pp. 217-272.

Vergara Blanco, Alejandro (1991). "Formación de la ley y técnica legislativa", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 18, n.° 2, Santiago, pp. 213-259.

Vergara Blanco, Alejandro (2010). "Transparencia, secreto, acceso a la información y datos personales: Doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión 'principios' por el legislador", en Raúl Letelier Wartenberg y Enrique Rajevic Mosler (eds.). *Transparencia en la Administración Pública*, Santiago: Abeledo Perrot, pp. 191-207.

Vergara Blanco, Alejandro (2019). "El derecho administrativo ante la jurisprudencia de la Corte Suprema: Líneas y vacilaciones. Veinte temas, diez años (2008-2018)", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.° 28, Santiago, pp. 1-184.

Viollier Bonvin, Pablo y Bastián Riveros (2018). "Voto electrónico en Chile: una evaluación desde una perspectiva técnica, jurídica y política", en *Revista Cultura-Hombre-Sociedad*, vol. 28, n.° 2, Temuco, pp. 12-40.

Vivanco Martínez, Ángela (2008). "Transparencia de la función pública y acceso a la información de la administración del Estado: Una normativa para Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n.° 2, Santiago, pp. 371-398.

Weber, Max (2001). *¿Qué es la burocracia?*, Ciudad de México: Ediciones Coyoacán.

Jurisprudencia

Consejo para la Transparencia (2017). Rol n.° C1170-17, Pérez Vargas con Primer Juzgado de Policía Local de Rancagua, 31 de marzo de 2017.

Consejo para la Transparencia (2019). Rol n.° C425-19, Donoso Boassi con Tribunales Tributarios y Aduaneros, 5 de marzo de 2019.

Corte Suprema (2013). Rol n.° 3002-2013, Servicio de Impuestos Internos con Ministros de la Ilustrísima Corte de Santiago, 27 de noviembre de 2013.

Corte Suprema (2016). Rol n.° 21377-2015, General Director de Carabineros de Chile con Ministros de la Ilustrísima Corte de Santiago, 16 de marzo de 2016.

Tribunal Constitucional (2007): Rol N°634-06, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso respecto del artículo 13 de la Ley N° 18.575, en los autos caratulados Casas Cordero con Director Nacional de Aduanas, Rol Nº 2.336-06, seguida ante ese mismo Tribunal, 9 de agosto de 2007.

Tribunal Constitucional (2012). Rol n.° 2153-11, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Rodrigo Ubilla Mackenney, subsecretario del Interior, respecto del inciso segundo, del artículo 5° de la Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, en los autos sobre reclamo de ilegalidad caratulados Subsecretaría Interior con Consejo para la Transparencia, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N°6704-2011, 26 de diciembre de 2011.

ESTUDIOS Y ENSAYOS

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

COMENTARIOS LABORALES A LEY DE PROTECCIÓN DEL EMPLEO EN LA PANDEMIA DE COVID-19 (LEY N.º 21227)

LABOR COMMENTS ON THE JOB PROTECTION LAW IN THE COVID-19 PANDEMIC (LAW Nº 21227)

Jorge Ogalde Muñoz[*]

Resumen: En este trabajo pretendo analizar los efectos laborales de la Ley n.º 21227, que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley n.º 19728 en circunstancias excepcionales. No tuve a la vista la ley modificatoria de dicha norma, actualmente en trámite legislativo, como tampoco dictámenes interpretativos de la Dirección del Trabajo. Sin embargo, se procuró dar cuenta de las probables modificaciones a la ley comentada y se proponen interpretaciones y valoraciones para algunas disposiciones, resaltando la importancia y utilidad de este cuerpo normativo para morigerar los efectos laborales de la pandemia de Covid-19.

Palabras clave: protección del empleo, fuerza mayor, suspensión de relación laboral, reducción de jornada, Covid-19, Ley n.º 21227.

Abstract: In this work I try to analyze the labor effects of the law Nº 21.227 that empowers the access to benefits of the unemployment insurance of the law Nº 19.728 in exceptional circumstances. The amending law, currently in the legislative process, was not in sight, nor were the interpretative opinions of the Dirección del Trabajo. However, an effort was made to account the probable modifications to the commented law, the interpretations and evaluations for some provisions that are proposed, highlighting the importance

[*] Abogado y Magíster en Derecho de la Empresa, profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jogalde@udd.cl

and usefulness of this regulatory body to mitigate the labor effects of the Covid 19 pandemic.

KEYWORDS: Employment protection, Force Majeure, Suspension of employment relationship, Reduction of working hours, Covid-19, Law Nº 21.227.

El tema a abordar, aunque muy relevante en la contingencia, no pasa de ser una respuesta extraordinaria y, sobre todo, temporal a una situación de similares características, provocada por la enfermedad hasta ahora denominada Covid-19[1]. En consecuencia, dejar plasmados comentarios y reflexiones sobre esta normativa tal vez en un futuro –que espero sea relativamente cercano– no revestirá mayor interés. Sin embargo, no deja de ser útil analizar con un poco más de detalle la ley publicada en el *Diario Oficial* el 6 de abril de 2020, puesto que no solo ha dejado en evidencia la necesidad de ampliar el alcance de la protección laboral a otros colectivos, como son los independientes, sino, también, la importancia de contar con buenas instituciones de seguridad social, aunque signifiquen costos presentes, pues su relevancia se manifiesta precisamente en situaciones de necesidad futura, que debemos tener siempre presentes.

Por otra parte, cuando esta revista sea publicada, durante el mes de julio de 2020, la ley en cuestión llevará cuatro meses de vigencia, tiempo en el cual seguramente se habrán despejado la mayoría de las interrogantes que se generan a partir de esta normativa, de modo que el esfuerzo de proponer interpretaciones a la misma no solo puede parecer inútil, sino que, además, se corre el riesgo de equivocación, en el sentido de que pueden surgir en ese tiempo otras soluciones mejores y más aceptadas. De hecho, a la fecha de entrega de este trabajo[2], todavía no se termina la tramitación legislativa de la modificación de esta ley ingresada el 7 de abril de 2020 con el Mensaje n.º 032-368[3] (aunque procuraré considerar las propuestas de modificación que han avanzado con mayor consenso en la tramitación parlamentaria) y tampoco contamos con dictamen interpretativo de la Dirección del Trabajo, lo que me parece indispensable advertir al lector.

[1] Dado lo vertiginoso de los cambios de las últimas semanas, puede que, incluso, la denominación de la enfermedad haya cambiado cuando este trabajo sea publicado, pero esta es la denominación que emplea la Ley n.º 21227.

[2] Por razones de edición e impresión, este trabajo se termina durante la primera semana de mayo, lo que hago presente, puesto que determina el contenido del mismo, en un tema en constante modificación y ajuste.

[3] La última noticia de que dispongo es el retiro de indicaciones presidenciales anteriores y formula una nueva con fecha 29 de abril de 2020, que lleva en n.º 051-368 respecto del *Boletín* 13 401-13 y la posterior propuesta de la Comisión Mixta.

Pese a lo expuesto, me he atrevido a someter este trabajo a la consideración de la edición de esta revista, que es precisamente sobre "actualidad jurídica", pues, desde el punto de vista laboral, cuesta encontrar una normativa más contingente, de emergencia y de actualidad. Además, me ha parecido destacable el importante el esfuerzo legislativo de emergencia contenido en esta ley, con el propósito de poner de relieve las luces y sombras de esta legislación, como testimonio al trabajo de nuestros legisladores, confiado que, de llegar a ser necesario, la experiencia pueda ser útil en el futuro.

También creo conveniente dejar constancia que este trabajo es el resultado de intervenciones en charlas y seminarios sobre la materia, de modo que su estructura está condicionada por ser originalmente una exposición oral, pero también está enriquecido por las preguntas, comentarios y observaciones de colegas que aprovecho de agradecer, incluyendo algunos debates surgidos en el desarrollo de tales actividades.

Abordaré la normativa tratando primero el contexto jurídico (no sanitario ni social) en el que se dicta y situación de la que, bien o mal, se pretende hacer cargo. A continuación, veré los distintos mecanismos que ofrece la ley, para terminar con ciertas normas generales contenidas en ella, así como una conclusión general. Advierto desde ya, que no entraré en el análisis institucional de la normativa, esto es, su operatoria en las instituciones regladas por la Ley n.º 19728, esto es, la Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía de Chile II S.A. (AFC Chile), adelante AFC, ni su ente regulador, la Superintendencia de Pensiones, como tampoco en el financiamiento o gastos generados por la ley, ya que me interesa esencialmente revisar sus los efectos laborales, es decir, la relación de trabajador y empleador en el contexto de la normativa en análisis.

I. Contexto jurídico en que se inserta la Ley n.º 21227

A nadie escapan las dificultades que han tenido que enfrentar muchas áreas de la actividad económica y, por ende, los empresarios, empleadores y trabajadores a raíz de la pandemia de la enfermedad Convid-19. La rápida propagación de dicha enfermedad provocó la necesidad de proteger a la población, en un primer momento, con medidas urgentes y radicales de contención, como son las limitaciones en los desplazamientos –toque de queda y cordones sanitarios–, llegando a una máxima restricción de la libertad personal, al imponer cuarentenas en ciertos territorios, prohibiendo la salida de la población de sus domicilios. Después, se han dispuesto normas sobre distanciamiento, protecciones personales y otras en determinadas circunstancias. El efecto

laboral de tales decisiones sanitarias o de seguridad interior se dejó sentir en forma inmediata. Ya no se trataba de decisiones empresariales de proveer implementos de protección personal eficientes en función de la enfermedad que se estaba expandiendo, ni de limitar los contactos entre los trabajadores de una faena determinada, ni de disponer que no concurriesen a trabajar las personas que hubieren tenido contacto estrecho con quienes sufrieran la enfermedad. Esto iba mucho más allá, era la autoridad que disponía que grandes sectores de la población, partes de comunas, comunas enteras, provincias o regiones quedaran impedidas, salvo excepciones de actividades indispensables, de poder concurrir a sus trabajos.

En este escenario, de imposibilidad de presentarse a prestar los servicios convenidos, los trabajadores podían quedar en una situación de incumplimiento de sus obligaciones laborales y expuestos a sanciones del empleador que podían llegar, incluso, a la terminación del contrato de trabajo sin derecho a indemnización. Obviamente, la posibilidad de aplicar causales de terminación sancionatoria a los trabajadores resulta, por decir lo menos, discutible, si bien no cumplen de manera objetiva sus obligaciones, lo hacen por una causa justificada, como lo es la decisión de autoridad que se los impide. Sin embargo, un empleador cuyo negocio está impedido de operar, por las mismas razones por las que el trabajador no puede prestar el servicio, pudiera verse en la necesidad de tomar la drástica determinación de cerrar definitivamente o de poner término al contrato de trabajo, aun cuando la justificación de esa decisión pudiera ser discutida del punto de vista judicial en el futuro[4].

La emergencia provocada por la enfermedad a partir de marzo de 2020 y las restricciones decretadas por la autoridad a partir de ella, pudieran ser invocadas por los empleadores como justificativo de una terminación de contrato de trabajo por fuerza mayor, conforme a la causal contemplada en el art. 159 n.º 6 del *Código del Trabajo* (en adelante C*dT*). Si la situación de hecho, que sirve de fundamento a la causal, corresponde o no a una fuerza mayor, sería discutida luego en un juicio laboral, con posibilidades que el trabajador, en el mejor de los casos, accediera a una indemnización por años de servicios con recargo del 50% más preaviso. Mientras ello se resuelve, el trabajador quedaría cesante, con las dificultades de reubicación laboral en medio de la emergencia sanitaria y perdería, de paso, parte del nivel de protección de seguridad social, en particular de salud, que le provee el estar empleado.

[4] No se puede olvidar que conforme al art. 168 del C*dT*, el despido injustificado, indebido o improcedente no genera la reincorporación del trabajador, sino, por regla general, solo una indemnización que se determina en función de la antigüedad del trabajador, dejando en este caso en una muy precaria situación los trabajadores con poca antigüedad en el trabajo.

La doctrina laboral enseña que uno de los principios del derecho del trabajo es el de la continuidad, que obliga a hacer todos los esfuerzos por mantener la vigencia del contrato, pese a embates que pueden afectarlo y que en general llevarían a la terminación de otros tipos contractuales. Es así como frente a situaciones de imposibilidad temporal de cumplimiento, debe preferirse la continuación del contrato, aunque liberando a las partes de sus principales obligaciones, permitiendo la subsistencia del contrato de trabajo durante este periodo de imposibilidad temporal. Esto es lo que se conoce como suspensión de la relación laboral. Nuestra legislación no contiene una regulación sistemática de la suspensión de la relación laboral y solo la regula a propósito de ciertas situaciones concretas muy limitadas, aunque la doctrina ha procurado sistematizar sus posibles causas y efectos[5]. En general, se acepta que puedan pactarse suspensiones de relación laboral con o sin derecho a remuneración (este último caso, suele denominarse "interrupción" de la relación laboral). En estas situaciones, se procura cautelar que la voluntad del trabajador sea libre, pues siempre está más expuesto a presiones, por ejemplo, dejando constancia del beneficio que le reporta acceder a tal acuerdo de suspensión o interrupción; o cautelando que su concurrencia sea efectivamente coetánea con el pacto (impidiendo, *v. gr.*, preacuerdos sobre la materia en circunstancias que al trabajador le sería difícil, cuando no imposible, negarse). De lo que no hay duda es que resulta preferible una suspensión a una terminación, aunque aquella no dé derecho a remuneración al trabajador, ya que conserva antigüedad y la posibilidad de recuperar sus ingresos cuando retome sus funciones.

Por lo anterior, adelanto desde ya, que estimo acertadas la restricciones que esta ley impone al uso de la causal de terminación de contrato basada en la fuerza mayor, cuando se funda en la enfermedad de Convid-19, limitación que afectan a todos los empleadores y trabajadores, sea que puedan acogerse o no a los beneficios que considera la norma. No hemos tenido conocimiento de críticas a este aspecto de la ley. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el tratamiento que la ley que comento da a la misma situación fáctica, aceptando que pueda originar una suspensión de la relación laboral. Esto ha sido discutido por algunos por cuanto estiman que la calificación de los actos de autoridad como fuerza mayor, también debería ser revisado caso a caso, lo que supondría llevar el tema a juicio para, luego de una litigación, fuese un tribunal quien determine si corresponde o no la suspensión de la relación laboral. En este proceso se discutiría si de hecho constituyen o no fuerza mayor los actos de autoridad derivados de la enfermedad, tomando en cuen-

[5] Véase, por ejemplo, Lanata (2010), pp. 257-262; Gamonal y Guidi (2015), pp. 363-369; Rojas (2015), pp. 374-376.

ta todas las disquisiciones sobre los elementos que deben concurrir para la configuración de una fuerza mayor que de veras habilitara la suspensión de la relación laboral, que no es otra cosa que la liberación de las obligaciones recíprocas de las partes del contrato[6]. Por otra parte, y vale la pena tenerlo en cuenta, cabe recordar el carácter bilateral y conmutativo del contrato de trabajo, que son categorías aplicables a todo tipo de contrato, en virtud de las cuales la falta de cumplimiento de obligación por una de las partes libera de sus obligaciones a la otra (a falta de normativa en el C*dT*, conforme a los arts. 1547 inc. 3º, 1552 y 1558 inc. 2º del C*ódigo Civil*).

Sostener que se requiere de una decisión judicial a efecto de establecer si concurre o no una fuerza mayor que habilite la suspensión de la relación laboral, evidentemente protege al trabajador y acota las posibilidades de abuso de la situación por parte del empleador. Sin embargo, encierra un costo alternativo muy importante, puesto que se estima que son muchos los empleadores que no estarán en condiciones de poder aguardar a una decisión judicial que autorice la suspensión. En efecto, la mayoría de los empleadores necesitan tomar decisiones rápidas y con algún grado de certeza sobre sus efectos. Cabe recordar que la mayor parte de las empresas pequeñas y medianas (que, a su vez, son la mayoría de las organizaciones empresariales) de costumbre no tienen disponibilidad de caja para hacer frente a sus compromisos laborales sin producir durante varias semanas. En contraposición, la autorización judicial tomaría indudablemente más tiempo que el que podrían soportar estas empresas, incluso, en circunstancias normales, qué decir en circunstancias procesales anormales como las provocadas por la misma enfermedad[7].

Este punto demuestra la gran virtud de esta normativa. En una situación crítica, se actuó en forma rápida y valiente, asumiendo costos y, aun, sin un consenso doctrinario, se optó por tomar la decisión de regular los efectos laborales de la enfermedad, asumiendo que configura una fuerza mayor que permite la suspensión de la relación laboral, como una forma de entregar certeza al empresariado con un contexto normativo claro, que no existía. Al mismo tiempo, se plantea una fórmula para que el trabajador mantenga, pese a la suspensión, ciertos ingresos. Por otra parte, se reduce el espacio

[6] Habría mucho que decir sobre los elementos que se exigen a una determinada circunstancia para calificarla de fuerza mayor, conforme a la regulación contenida en el *Código Civil*. En este punto vale la pena revisar a Tapia (2019), p. 52 ss., a lo que cabría que agregar los criterios impuestos por la jurisprudencia laboral, un resumen de lo cual se contiene en el mismo texto citado pp. 217 a 262.

[7] Cabe recordar que debió dictarse la Ley n.º 21226 para establecer un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad Covid-19 en Chile.

de discusión sobre si el acto de autoridad o la situación general imperante configura o no, respecto de un empleador determinado, fuerza mayor para poder aplicar esta ley. Lo que no obsta a que, fuera del marco de esta normativa, sí pueda generarse controversia judicial sobre el punto.

Contribuyó a la toma de posición legislativa la doctrina de la Dirección del Trabajo, que en tres sucesivos dictámenes fijó su criterio en relación con los efectos jurídicos de la enfermedad en las relaciones laborales:

a. Dictamen 1116/004 del 6 de marzo de 2020 en que se pronuncia respecto de las obligaciones de información y prevención del empleador y de la empresa principal, en su caso; distingue situaciones de contagio y de contacto de trabajadores en relación con la enfermedad; considera la posibilidad de trabajo a distancia y reconoce las justificaciones para no concurrir al trabajo.
b. Dictamen 1239/005 del 19 de marzo de 2020 que, complementando el anterior, asume como posibles medidas que puede adoptar el empleador con acuerdo del trabajador el teletrabajo, modificaciones de jornada, feriado colectivo (que no requiere de acuerdo, pero sí el cumplimiento de las exigencias legales para ello), acordar feriado individual anticipado, pactar modificaciones de jornada para limitar los trabajadores que comparten en un mismo espacio; la posibilidad del trabajador de excusarse de trabajar por riesgo grave e inminente para la vida y salud de los trabajadores (conforme al art. 184 bis del C*dT*) y, por primera vez en relación directa con el Covid 19, se pronuncia sobre la posibilidad de suspensión de la relación laboral por fuerza mayor en caso de cierre de la empresa por decisión de la autoridad sanitaria, quedando liberadas las partes de sus obligaciones. Este punto, que es el más relevante como antecedente para la ley que se comenta, reitera la doctrina vigente que fue asentada durante el año 2010[8] (con ocasión de uno de los terremotos más grandes de que haya registro) y diciembre de 2019[9] (producto de las alteraciones al orden público que dificultaron la concurrencia a prestar los servicios a contar de octubre de ese año), pero no necesariamente aceptándolo como causal de terminación del contrato, lo que, por cierto, señala que debe analizarse caso a caso por los tribunales. Agrega que ello no aplicaría en caso de cierre voluntario del empleador, situación en la que debe seguir pagando la remuneración (pero lo libera de la obligación de otorgar trabajo convenido).

[8] Ordinario n.° 1412/021 de 19 de marzo de 2010.

[9] Ordinario n.° 5661/032 de 6 de diciembre de 2019.

c. El dictamen más famoso, al menos para los medios de comunicación nacionales, es quizá el menos novedoso. Se trata del dictamen 1283/006 de 26 de marzo de 2020, que simplemente reiteró y precisó la factibilidad de aplicación de la fuerza mayor, por ejemplo, en relación con el toque de queda y las distintas posibilidades de jornada que hayan tenido los trabajadores, revisa el alcance de los efectos liberatorios de la fuerza mayor, así como la situación de pagos o reembolsos especiales como la movilización.

En este contexto, y con o sin los dictámenes administrativos mencionados, el riesgo era que los empleadores, presionados por la imposibilidad de desarrollar su negocio o empresa, se vieran en la necesidad de terminar contratos de trabajo o, en el mejor de los casos, entender suspendida la relación laboral, independiente que esto fuera revisado y juzgado después por los Tribunales del Trabajo.

Difícilmente sabré qué habría ocurrido sin la Ley n.º 21227, pero es evidente que la necesidad de regular la situación, para poder ordenar el proceso, entregar algunas certezas a los empleadores y amparar de alguna forma a los trabajadores, era urgente. Así lo demuestra la información que se puede recoger de los medios[10].

II. Estructura del sistema implementado por la Ley n.º 21227

La ley recurre al instrumento preexistente del seguro de desempleo (Ley n.º 19728) usando elementos que contenía esta normativa de comienzos del presente siglo XXI, y emplea la estructura jurídica y operatividad de esa ley (a través de la AFC en tanto institución encargada de gestionar el llamado seguro de des-

[10] Según informaba *El Mercurio* en su edición del 28 de abril de 2020, al 23 de abril (a menos de tres semanas de la publicación de la ley) el Ministerio del Trabajo reportaba 66 573 empresas acogidas a suspensiones de la relación laboral, afectando a 516 826 trabajadores, duplicándose los casos en una semana. A lo anterior debe agregarse el efecto de las terminaciones de contrato en el trimestre móvil de diciembre a febrero, que sumaban 767 000 trabajadores. En cuanto al tipo de empresas, a esa fecha, el 92,4% eran micro y pequeñas empresas, aunque el porcentaje de trabajadores acogidos de este segmento de empresas es del orden del 54%. En este contexto también se generó en los medios una discusión sobre la pertinencia que se acojan a esta normativa empresas "grandes", aunque el Ministerio de Trabajo ha dejado en claro que la intención del gobierno es que se aplique a todas las empresas, sin distinción. En esto hay, a mi juicio, una gran confusión, pues la normativa no es primordialmente para ayudar o favorecer a empresas, del tamaño relativo que sean, sino a los trabajadores de esas empresas que pueden quedarse sin trabajo o con su relación laboral suspendida, de no mediar la posibilidad de acogerse a esta ley.

empleo). No haré una descripción del sistema del seguro de desempleo, pero hay que tener en cuenta que la Ley n.º 21227 se apoya en la Ley n.º 19728 para hacerse cargo de los efectos de la enfermedad en las relaciones laborales. Esto no es criticable en sí mismo, pues dada la urgencia de contar con respuestas y un sistema de protección a los trabajadores, no había posibilidad de generar un sistema especial para la emergencia y lo razonable era buscar y adaptar instituciones existentes, para adecuarlas a esta realidad, que indudablemente requería de atención inmediata.

Sin embargo, al recurrir al sistema de seguro de desempleo, se genera la necesidad de entender bien cómo funciona es normativa, diseñada e implementada con éxito para una situación de necesidad distinta: la cesantía, con la finalidad de apoyar económicamente al trabajador en su proceso de reubicación laboral. Se empleará la misma institucionalidad para hacerse cargo de otra situación, como es la falta temporal de ingresos del trabajador en una relación laboral que se mantiene vigente y que debería reanudarse en forma normal en un futuro más o menos próximo, pero pensando que esta situación podría durar meses. Esto tiene una indudable ventaja desde el punto de vista de la celeridad en implementar las soluciones, pero generará también algunos problemas, ya que quedarán espacios de "desajustes" entre ambas leyes que están diseñadas para abordar problemas distintos.

Al mismo tiempo, al utilizar la estructura de otra normativa se provocarán restricciones relevantes, aunque les sea aplicable la Ley n.º 21227, hay grupos de trabajadores que no podrán acceder a los beneficios de la Ley n.º 19728, pues estaban excluidos, por otras razones, de la protección del seguro de desempleo. Se trata de:

- Quienes no tienen contrato de trabajo
- Quienes tienen contrato anterior a la Ley n.º 19728 (que es del año 2001) y no han ingresado al sistema de seguro de desempleo
- Quienes estando en AFC no reúnan los requisitos especiales de cotización que esta ley exige
- Los trabajadores sujetos a contratos de aprendizaje
- Trabajadores menores de dieciocho años
- Trabajadores que estén pensionados (salvo por invalidez parcial)
- Trabajadores de casa particular, a quienes, sin embargo, se les ofrece cierto tratamiento especial.

A estas restricciones, que podría denominar estructurales (derivadas de la Ley n.º 19728) y que afectan a los trabajadores, se agregan otras, de tipo más bien políticas, que afectan a ciertos empleadores cuyos trabajadores no podrán beneficiarse de esta normativa y que se han ido planteando tanto en la tramitación legislativa de la Ley n.º 21227 como en la norma que pre-

tende aclarar y corregir algunos aspectos de esa ley[11]. De hecho, en el texto original de la legislación comentada, establecía que no pueden hacer uso de las prestaciones de la ley las empresas que habiendo contratado o celebrado convenios que se financien "integramente" con cargo a la ley de presupuestos del sector público, reciba de los servicios o instituciones los pagos correspondientes. Conforme a la disposición contenida en el art. 22, no queda del todo claro su alcance y pudiera restringir mucho la operatividad de la ley, si se interpreta en su sentido más amplio. Me parece que la interpretación de este artículo, extraordinario dentro de una ley excepción que pretende tener aplicación general, debiera ser restrictiva y, por tanto, debiera referirse a empresas que se financien en su totalidad con cargo a la ley de presupuestos del sector público, no bastando que solo tengan convenios o contratos que, en cuanto a dichos acuerdos, se financien completamente con cargo a la ley de presupuestos del sector público. Entenderlo de otra forma implicaría una distinción que podría ser arbitraria, al privar de acceso a esta normativa a empresas que, estando en la misma situación que otras que sí pueden acceder a la ley, se les priva de ello por el hecho de tener contratos o convenios financiados con la ley de presupuestos, aunque esto sólo represente una parte de su operación[12].

[11] Así, a la fecha de entrega de este trabajo se discutía en el Congreso, propiciado por algunas noticias del mercado sobre acuerdo de pago de dividendos en empresas acogidas al sistema de la ley (especial cobertura se ha dado al denominado "caso Cencosud"), impulsando la moción de impedir que las sociedades anónimas repartieran dividendos a sus accionistas (como tal o siendo parte de un grupo empresarial en que alguna lo haga) durante el ejercicio comercial en que tenga contratos de trabajo suspendidos. Espero que esto sea revisado o, al menos, considere un articulado transitorio para no sancionar conductas que, al ejecutarse, eran perfectamente lícitas. Además, implicaría un importante cambio en las reglas comerciales aplicables a la repartición de utilidades, afectando con ello a accionistas que no tuvieron ninguna ingerencia en las decisiones adoptadas respecto de la ley, vulnerando su derecho a repartición mínima legal de utilidades; también se buscaba impedir que pudieran acogerse a esta normativa las empresas controladas por sociedades que mantengan capitales o empresas relacionadas en territorios o jurisdicciones con régimen fiscal preferencial, lo que importa un cambio en las reglas de operación de empresas que pudieron haberse ya acogido a la legislación en cuestión; por último, se ha planteado restringir el acceso a dieta u honorarios a directores de sociedades anónimas abiertas que hubieren pactado suspensión de relación laboral con beneficio con la mayoría de su personal.

[12] El proyecto de modificación legal pretende aclarar que las empresas indicadas no pueden hacer uso de la ley respecto de los trabajadores –entiendo pagados– con cargo a dicho recursos, que pueden también ser subvenciones. Además, se precisaría que quedan excluidas de la excepción las empresas que contraten con el Estado para la ejecución de obras o proyectos de inversión y que se paguen según el estado de avance de obras. Finalmente, se dejaría explícito algo que había quedado en la fundamentación parlamentaria, cual es la no aplicabilidad de estas normas a las trabajadoras manipuladoras de alimentos del Programa de Alimentación Escolar, mientras se financie a las empresas por la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, lo que de aprobarse de este modo, parece ser una expresión de clientelismo político difícil de justificar.

III. Herramientas que incorpora la Ley n.º 21227

En vista del objetivo declarado de la norma de proteger el empleo, se generan instrumentos que no estaban disponibles entre las posibilidades jurídicas existentes antes de la Ley n.º 21227 y que abordaré separadamente a continuación:

3.1. Suspensión temporal legal

Hace procedente el seguro de desempleo ante lo que denomina "suspensión temporal de pleno derecho" de los efectos del contrato de trabajo, pero solo concurriendo los requisitos que se verán.

El efecto de ello es que se suspenden o, en gráfico lenguaje de la autoridad para explicar esta ley, "hibernan" las principales obligaciones emanadas del contrato de trabajo. El art. 3º de la ley señala que la consecuencia es el cese temporal, por el periodo de tiempo que el acto o declaración de autoridad determine, de la obligación de prestar servicios por parte del trabajador y de la obligación de pagar la remuneración y demás asignaciones que no constituyan remuneración, señaladas en el inciso segundo del art. 41 del C*dT*, por parte del empleador. Quizá habría sido más preciso señalar que cesa la obligación del trabajador de prestar los servicios en la jornada y lugar convenidos, clarificando de esta forma que si se cambia a una modalidad de trabajo a distancia o teletrabajo, no se produce la suspensión legal. En todo caso, parece un acierto incluir entre las obligaciones empresariales suspendidas la de pagar asignaciones no remuneracionales, para evitar cualquier duda al respecto.

3.1.1. Requisitos de la suspensión legal

Para que se produzca la suspensión temporal legal y de pleno derecho se requiere de:

1. Un acto o declaración de la autoridad competente que establezcan medidas sanitarias o de seguridad interior para el control de la enfermedad de Covid-19;
2. Que tal medida implique la paralización de actividades en todo o parte del país, lo que debe ser precisado por una resolución fundada de la subsecretaría de Hacienda[13] que determine la zona afectada y las actividades o establecimientos exceptuados de la paralización de actividades;

[13] La primera, pues pueden haber otras, fue el decreto n.º 88 de la autoridad indicada, del mismo día de publicación de la ley el 6 de abril de 2020.

3. Que lo anterior impida o prohíba totalmente la prestación de los servicios contratados.

Estos requisitos, que evidentemente son copulativos, generan algunos problemas y me detendré en dos:

A. ¿Deben concurrir respecto de empleador y trabajador o basta que sea respecto de una de las partes? ¿O, bien, solo respecto del empleador? Me parece que afectando a cualquiera de las partes, con que se cumpla el tercer requisito, esto es, que impida o prohíba totalmente la prestación de los servicios contratados, sea porque afecte al empleador o al trabajador, debiera operar. Entenderlo de otra forma resultaría injusto, pues podría dejar fuera a trabajadores que estando impedidos de trabajar, por el hecho de que el empleador no tiene restricciones de autoridad para hacerlo, los dejaría sin posibilidad de beneficio de AFC. Como la situación de fondo es una imposibilidad de prestar el servicio, si no opera la suspensión legal del contrato, igualmente el trabajador estará impedido de trabajar (por ejemplo, por vivir en una zona en cuarentena), lo cual justificará su inasistencia, pero no lo habilitará para cobrar una remuneración por un trabajo que no presta. Del mismo modo, si el acto de autoridad afectara solo al empleador y no al trabajador que está en condiciones de trabajar, este no podrá hacerlo, ya que la autoridad le impide el funcionamiento a la empresa, con lo que el empleador no podrá darle trabajo, por una situación que escapa a su control y, por lo mismo, no se le podrá obligar a poner al trabajador en condición de trabajar, ni a pagar la remuneración por un trabajo que no puede recibir. Así, este trabajador que no puede ser recibido por el empleador, quedará igualmente en situación de no percibir remuneración y no podría acceder a beneficios de la ley, quedando desamparado, que es lo que la ley quiere evitar.

B. La concurrencia de estos requisitos es evidentemente transitoria, pues estos actos de autoridad están necesariamente limitados en el tiempo. Sin embargo, en un sistema dinámico de decisiones restrictivas por parte de la autoridad, bien pueden producirse en forma sucesiva y discontinua, impidiendo y permitiendo en lo sucesivo la prestación de los servicios durante ciertos lapsos. Esto provocará un problema que la ley de seguro de desempleo no previó, ya que no está diseñada para situaciones temporales, breves y recurrentes. Se generará, luego, la dificultad de considerar si las prestaciones que se otorguen durante la vigencia de la ley, aunque sean discontinuas, corresponden o no a una misma secuencia de prestaciones. Si son una misma secuencia, entonces puede ser el que segundo mes de

prestación no sea inmediatamente a continuación del primero, habiendo entre ellos un tiempo de prestación efectiva de los servicios en que no hay suspensión legal de la relación laboral ni pagos de beneficio de AFC. Dado el sentido de la ley, de contribuir a sortear estos tiempos de suspensión derivados de distintos actos de autoridad, pero fundamentados en los mismos hechos, me parece que esta debiera ser la interpretación correcta. La otra opción sería que habiendo solución de continuidad entre una prestación y otra, la segunda vez que operara el beneficio debería ser de nuevo considerado como primer mes, lo que tiene importancia para los efectos del monto de la prestación y los límites mínimo y máximo de la operación del fondo solidario. Sin embargo, esta interpretación dejaría espacio para que las partes pudieran burlar el esfuerzo legislativo de brindar un apoyo sustancial, pero decreciente al trabajador, lo que me lleva a pensar que no corresponde a la forma correcta de interpretarlo.

3.1.2. Características de la suspensión legal

La suspensión temporal del contrato individual de trabajo dispuesta por la ley se caracteriza por lo siguiente:

A. Opera de pleno derecho, por el solo ministerio de la ley.

   Cabe preguntarse: ¿incluso si los trabajadores afectados no cumplen los requisitos para acceder los beneficios de la norma, por ejemplo, por no estar cubiertos por AFC? Me parece que la respuesta debe ser positiva, es decir, aun cuando no puedan acceder a los beneficios que contempla la norma, quedan afectos a la suspensión que ella determina, ya que se trata del reconocimiento de una situación calificada *a priori* por la ley como de fuerza mayor, que resulta ser la misma para todos, independientes que algunos puedan obtener ciertos beneficios y otros no. Quienes, por los motivos que sean, no puedan obtener al pago de parte de la AFC, quedarán en la precaria situación de no poder trabajar con su empleador ni cobrar remuneración, pero con una mínima ventaja, el empleador por aplicación de esta normativa quedaría obligado a seguir pagando cotizaciones, como explico en la letra C siguiente[14]. Este derecho a cotizaciones no lo conservarían en una suspensión de la relación laboral al margen de esta ley, porque al no pagarse remuneración,

[14] Cabe consignar que con la modificación proyectada al art. 3º inc. 3º, resultará complejo establecer el monto de cotización de un trabajador que no tienen beneficio de AFC.

tampoco habría cotización (al menos las que se descuentan de la remuneración).

Otro cuestionamiento es si las partes están habilitadas para sustraerse de la suspensión de pleno derecho. La respuesta es afirmativa, precisamente por el sentido de la ley, que es procurar cierto nivel de protección al trabajador. Si el empleador está dispuesto a brindar un nivel superior de protección al trabajador, por ejemplo, suspendiendo el contrato de trabajo con derecho a remuneración, o pactando otra forma de prestación de servicios como el teletrabajo, o el trabajo a distancia u otra modalidad, pueden hacerlo. De hecho se reconoce de forma expresa en la ley la posibilidad de pactos que aseguren la continuación de los servicios, en cuyo caso quedan fuera de la aplicación de la ley (art. 1° inc. 3°), así como la posibilidad de celebrar de manera convencional la suspensión, con acceso a los beneficios de la ley (art. 5°).

Si la suspensión se produce por otra razón como la enfermedad del trabajador que le dé derecho a licencia médica por enfermedad o accidente común, primará esta situación más "normal", no operará la norma de suspensión de pleno derecho (art. 3 inc. 3°) y tendrá derecho al pago de subsidio respectivo, interrumpiéndose el pago del beneficio establecido en esta ley (art. 2 inc. 5°). Estimo que por la misma razón, si hubiere una causal de interrupción, como el feriado o vacaciones individual o colectivo, se aplicarían de preferencia los efectos de este y no los de la suspensión del pleno derecho. Esto teniendo en cuenta la finalidad de la ley de proveer de una solución e ingresos para los trabajadores que, de otro modo, no podrían acceder a ellos, lo que no ocurriría en los casos indicados.

B. Si el empleador ha sido excluido de los efectos del acto o declaración de autoridad por la resolución de la Subsecretaría de Hacienda, no pueden acogerse a las prestaciones de la ley durante la duración del referido evento, ni rigen respecto de ellos los efectos suspensivos (art. 3° inciso final).

Esto genera un problema importante para empresas que deben seguir operando y que pueden tener dificultades de mercado para ello (bencineras, panaderías, etc.), pues igualmente se pueden ver afectadas por la situación general. En este sentido, me parece que lo primero es tener presente que por desarrollar actividades que están en una situación de excepción, en una norma que ya es excepcional, la calificación de cuáles son las empresas que quedan en tal situación, debe necesariamente ser restrictiva. De acuerdo con el tenor de la disposición legal, estas empresas no podrán acogerse "a las

prestaciones de esta ley", y ni siquiera podrían acceder al régimen de pacto de suspensión que se regula en el art. 5°, al menos "durante la duración del referido evento". Un argumento a favor de ello estaría constituido por el proyecto de ley que, entre otras cosas, buscaba eliminar el inciso final del art. 3° que establece esta restricción. De otra forma, ¿cuál sería el sentido de eliminar ese párrafo? Si ello no se aprueba, será difícil sostener que estas empresas puedan pactar la suspensión de la relación laboral con acceso de los beneficios de la AFC, por lo menos mientras esté vigente el acto o declaración de autoridad. Sin embargo, una interpretación desideologizada de la norma, entendiendo que lo pretendido no es perjudicar a trabajadores, sino, todo lo contrario, proveerles de algún beneficio en una situación de emergencia en que el empleador puede estar gravemente comprometido en su viabilidad, me debiera llevar a pensar que el pacto, en especial si es acordado con el sindicato que exista en tales empresas, debiera permitir el acceso a los beneficios de la ley. No se advierte la razón para perjudicar a estos trabajadores, negándoles el acceso consensuado a esta normativa, máxime si su consentimiento ha sido libre y voluntario, comprendiendo la situación de la empresa, lo que de alguna manera se protege mediante la intervención sindical en ello[15].

Como una contrapartida, aunque bastante limitada, para garantizar la prestación de servicios de utilidad pública, la atención de necesidades básicas de la población y la prevención de daños ambientales y sanitarios, estos empleadores excluidos del acto o declaración de autoridad, podrán alterar la naturaleza de las funciones de los trabajadores, con el límite de los derechos fundamentales de estos. Se trata, a mi juicio, de una forma especial de *ius variandi*, que opera por decisión unilateral del empleador, quedando en esta circunstancia excepcional y temporal, excluido de los requisitos del

[15] En la tramitación del proyecto de ley se estaría optando por no eliminar el inciso final del art. 3° y solo modificarlo para establecer que no podrán acogerse a los beneficios y efectos de la ley los trabajadores cuyos servicios sean necesarios para aquellas actividades excluidas de la paralización por parte de la autoridad, pudiendo, por el contrario, acogerse los trabajadores cuyos servicios no sean necesarios para la continuidad de dichas actividades, para cuyo efecto tendrán que suscribir el pacto entre el trabajador y el empleador mencionado en el art. 5. De esta forma se permitiría, al menos a los trabajadores no "esenciales" para el servicio excluido, acceder a esta normativa vía pacto. Sin embargo, no se haría distinción sobre si está o no vigente el evento provocado por la declaración de autoridad, por lo que podría interpretarse que este aspecto ya no es relevante para el legislador, subsistiendo, entonces, la duda sobre si pueden acogerse incluso los trabajadores "esenciales" mientras no haya acto o declaración de autoridad.

art. 12 del C*dT*. Interpretarlo de otra forma, haría que la norma no tuviese sentido, pues, respetando las restricciones del mencionado art. 12, no habría sido necesaria una norma especial como la contenida en el art. 20 de la ley. Cabe señalar que esta disposición especial establece otra exigencia, el respeto a los derechos fundamentales del trabajador, aunque no queda del todo claro la utilidad de esta restricción, considerando que es una limitante permanente a cualquier ejercicio de facultades por parte del empleador conforme al art. 5 dl C*dT*.

C. De acuerdo con el art. 3º inc. 3º, durante la vigencia de la suspensión temporal legal se mantiene la obligación del empleador de pagar las cotizaciones previsionales y de seguridad social, tanto de su cargo como aquellas del trabajador, con excepción de las cotizaciones del seguro social de la Ley n.° 16744, las que se calcularán sobre el 50% de la remuneración que sirve de base para el cálculo de la prestación establecida en ley. Se generan en este punto dudas sobre las cotizaciones que son voluntarias y de cargo del trabajador, puesto que la redacción parece indicar que debería hacerse cargo de ellas el empleador, viéndose de alguna manera beneficiados los trabajadores que tenían acordados sobrepagos de cotizaciones, como aquellos cuyo plan de salud excediera del 7% de su cotización, lo que no parece haber sido intención del legislador. El punto es relevante para la operación del sistema por parte del empleador, quien necesita saber qué cotizaciones debe pagar, por lo que sería muy útil una interpretación administrativa que lo aclarase. Por otra parte, está en discusión la base de cálculo de las referidas cotizaciones, ya que es sabido, desde pocos días después de la publicación de la ley, que se pretende que no sean sobre el 50% de la remuneración que sirve de base para el cálculo de las prestaciones, sino sobre la totalidad[16].

   En relación con las cotizaciones previsionales, y conforme al art. 28, se considerarán como registradas las cotizaciones que el empleador o la entidad pagadora de subsidio hubiere declarado

[16] A la fecha de este trabajo, está en discusión y probablemente sea modificada la norma en el sentido de que el empleador debe continuar pagando la totalidad de las cotizaciones, tanto de su cargo como aquellas del trabajador, las que se calcularían sobre el cien por ciento de las prestaciones establecidas en el mismo título para las cotizaciones de pensión a que se refieren el inciso primero del art. 17, inciso tercero del art. 29 y el art. 59 del decreto ley n.º 3500, de 1980; y sobre la última remuneración mensual percibida, para el resto de las cotizaciones de seguridad social y salud. Con ello se pagaría el 100% de la cotización, pero con una diferencia en la base de cálculo a considerar, según si se trata de las cotizaciones de AFP o del resto de las cotizaciones.

conforme a lo dispuesto en los incisos quinto y sexto del art. 19 del decreto ley n.º 3500, de 1980. Sin embargo, se acepta que el empleador no pague las cotizaciones de AFP en la oportunidad legal mientras dure el título I de la ley (seis meses desde el 6 de abril de 2020), en tanto las paguen dentro de los doce meses posteriores al término de esa vigencia, sin intereses, reajustes y multas, salvo la reajustabilidad nominal de los últimos doce meses de todos los fondos si fuere positiva[17].

D. Al acogerse al sistema de esta ley, no podrán ser descontadas de la indemnizaciones por años de servicios los aportes del empleador a la cuenta individual del trabajador en el finiquito, si el trabajador fuera despedido por necesidades de la empresa. Esta restricción contenida en el art. 6 de la ley se hizo necesaria, pues la normativa general de la Ley n.º 19728 sí permite tal descuento en el caso de terminación por necesidades de la empresa, conforme a su art. 13. Parece lógica la prevención del legislador: si los fondos que iban a ser destinados a paliar una cesantía del trabajador se utilizan para hacer frente a otra contingencia (suspensión de la relación laboral), cuando efectivamente se termine el contrato de trabajo no parece justo que se rebaje de su indemnización dineros que no va recibir por la terminación, puesto que ya los utilizó con ocasión de la suspensión. Por lo mismo, esta restricción alcanza solo aquellas cotizaciones que fueron parte de las prestaciones que se otorgan conforme a esta ley y se mantendría de manera indefinida respecto de esos aportes[18].

E. No podrán acceder al seguro de desempleo los trabajadores que al momento de dictarse el acto o declaración de autoridad hubieren suscrito un pacto que permita asegurar la continuidad de la prestación de los servicios en el periodo a que se refiere dicho acto o declaración de la autoridad (incluidos los pactos de reducción de jornada que se verán más adelante), en la medida que implique continuar recibiendo todo o parte su remuneración mensual. Esta restricción contenida en el art. 1º inc. 3º, es relevante en el diseño

[17] Está en discusión modificar esta norma para ampliar el plazo para pagar las cotizaciones en este caso, permitiéndolo dentro de la vigencia del título I de la ley o dentro de los veinticuatro meses posteriores a su término, pudiendo pagarse por parcialidades que no superen el antedicho plazo de veinticuatro meses.

[18] Se proyecta agregar una norma que precise que en caso de terminación del contrato de alguno de estos trabajadores, la indemnización por años de servicio a que pueda tener derecho se calculará sobre la base de la última remuneración mensual devengada del trabajador, lo que parece ser innecesario toda vez que las prestaciones que perciba de la AFC no son técnicamente remuneración conforme al art. 41 del C*dT*.

de la ley, pues se trata de evitar que "se aprovechen" de la ley empleadores que están en condiciones de seguir pagando remuneraciones a sus trabajadores, pese a la imposibilidad de la prestación de servicios. Dentro de la operación de la normativa, para acogerse a los beneficios de la ley debe hacerse declaración jurada simple de no tener vigente un pacto en este sentido, así lo exige el art. 2º inc. 3º, para la suspensión temporal legal, y el art. 5º inc. 3º, para el acuerdo convencional de suspensión.

Se entiende que sea de interés del legislador evitar que utilicen los beneficios de la norma quienes no lo necesitan, en especial porque hace uso de dineros del trabajador destinados originalmente para otro fin y porque, además, existen recursos públicos comprometidos por la vía del fondo solidario, que opera a falta de recursos en la cuenta del trabajador. Sin embargo, estimo que por las mismas razones ya expuestas, la interpretación y alcance que debe darse a esta restricción debe ser limitada. En este sentido, me parece que el pacto a que se refiere debe necesariamente constar por escrito, ya que es la forma de entender el uso de la expresión 'suscrito'. Esto parece ser confirmado en el primer inciso del art. 3º. Además, tal acuerdo escrito debe, conforme al texto, asegurar "la prestación de servicios" durante el acto o declaración de autoridad, entiendo con ello no solo la continuidad de la relación laboral desprovista de la prestación de servicios (aunque el primer párrafo del art. 3º refiere a un pacto "a efectos de dar continuidad a la relación laboral"). Así, si se acordó que el contrato siga vigente con pago de todo o parte de la remuneración, pero sin prestación de servicios, estimo que no entraría en la limitante, pues no se trataría de un acuerdo para mantener la prestación, como sí ocurriría en un pacto de prestación de servicios en modalidad de teletrabajo conforme a la Ley n.º 20220, por poner un ejemplo. Esta postura supone que el empleador actúa de buena fe comprometiendo un pago que, unido al beneficio de la AFC no supera la remuneración habitual del trabajador. La interpretación restrictiva de la limitante parece más conforme con el sentido general de la norma que establece que sí pueden acceder a los beneficios de la ley quienes trabajen para empresas que hayan paralizado sus actividades, sea por el acto o declaración de autoridad o por mutuo acuerdo, o, bien, que hayan pactado continuidad de la prestación de servicios, pero después del 18 de marzo, ello conforme al art. 1º inciso final, que no hace referencia a si hay o no remuneración completa o parcial en tal caso.

Tampoco pueden acogerse o se interrumpe respecto de quienes en ese momento estén percibiendo subsidio por licencia médica, art. 2º inc. 5º, lo que tienen lógica, pues en tal caso opera la normativa propia de las licencias médicas, como una forma general de suspensión laboral y sujeta a su propio estatuto[19].

3.1.3. Beneficios para el trabajador derivados de la suspensión legal

El beneficio que regula la ley frente a la suspensión de pleno derecho de la relación laboral, en su art. 2º, es el acceso a las prestaciones de los arts. 15 y 25 de la Ley n.º 19728, lo que obviamente excepcional, ya que accederán a ellas sin que se haya producido la terminación del contrato, que es el requisito general y normal.

El acceso a estas prestaciones tiene, sin embargo, ciertas particularidades cuando es en virtud de la Ley n.º 21227:

A. Se aplica excepcionalmente, sin encontrarse cesante ni cumplir las demás exigencias de la Ley n.º 19728, en los casos de suspensión legal de la relación laboral al trabajador afiliado al seguro de desempleo de la Ley n.º 19728. Esta excepcionalidad justifica, también en este aspecto, la interpretación restrictiva de estas normas y teniendo siempre presente el sentido y justificación de esta ley especial.
B. Para acceder a la prestación el trabajador debe tener tres cotizaciones continuas en los últimos tres meses inmediatamente anteriores al acto o declaración de autoridad. O, bien, debe tener seis cotizaciones mensuales continuas o discontinuas durante los últimos doce meses, siempre que a lo menos registre las últimas dos cotizaciones con el mismo empleador en los dos meses inmediatamente anteriores al acto o declaración de autoridad.
C. El empleador debe solicitar este pago respecto de los trabajadores que se hayan visto afectados por aquel acto o declaración de autoridad, mediante una declaración jurada simple ante la AFC (art. 2º inc. 3º) de que no tienen un pacto anterior de continuidad con todo o parte de remuneración (del art. 1 inc. 3º) y con la información necesaria para efectuar el pago al trabajador. Pero si un trabajador que se encuentra en la situación de suspensión de pleno derecho

[19] Se plantea precisar, mediante modificación legal, la forma que la AFC pueda estar en conocimiento que el trabajador goza de licencia médica de acuerdo con la información de que disponga la Superintendencia de Seguridad Social, como viceversa, para que el organismo contralor puede informar a los organismos administradores del seguro de la Ley n.º 16744 de los trabajadores que están acogidos al beneficio de AFC de esta ley.

prevista en la ley, no fue comprendido en esta solicitud empresarial, puede pedir de forma directa el pago de la prestación ante la AFC.

Además, conforme al art. 2 inciso final, el empleador debe informar a la Dirección del Trabajo electrónica y mensualmente la nómina de los trabajadores afectados por la suspensión, respecto de los cuales se hayan solicitado las prestaciones. Esto servirá para la función fiscalizadora de dicho servicio, así como para la conformación del registro público de los empleadores y el número de trabajadores que acceden a la norma, de acuerdo con el art. 27.

D. La prestación se pagará por mensualidades vencidas y se tendrá derecho a partir de la fecha en que comience a regir el acto de autoridad, de modo que puede ser proporcional al mes correspondiente. Esto debió considerarse, pues, como se indicó, el acto o declaración de autoridad puede ser por un periodo inferior a un mes y podría ser reestablecido después de haber sido dejado sin efecto[20].

E. Para determinar la prestación se considerará el promedio de las remuneraciones imponibles devengadas por el trabajador en los últimos tres meses inmediatamente anteriores a aquel en que se dictó el acto o declaración de autoridad.

Por otra parte, este beneficio es compatible con el subsidio a las bajas remuneraciones que puedan estar considerados en otras normas según se indica en el art. 25 de la ley[21].

F. La remuneración se pagará con cargo a la cuenta individual del trabajador (compuesta por los aportes que indica la ley en el art. 2 inc. 2º) y, cuando esta sea insuficiente, se pagará con cargo al Fondo de Cesantía Solidario, aumentando en este caso el valor inferior de lo que puede percibir por este fondo solidario: se fija el piso en $225 000 los primeros tres meses de cinco, si el contrato es indefinido, o el primero de tres, si el contrato a es plazo fijo, por obra o faena.

[20] Lo que no se consideró, pero sí surgió en la tramitación del proyecto de modificación, es la situación en que quedan los beneficiarios de pensiones alimenticias debidas por ley por el trabajador cuyo contrato se suspende. Se pretende que en el caso de haber sido decretadas judicialmente y notificadas al empleador, las prestaciones de la ley puedan ser retenidas o embargadas hasta en un 50% de las mismas, obligando al empleador, en las declaraciones juradas que deben presentar, a señalar de forma expresa los trabajadores respecto de los cuales está obligado a retener y pagar pensiones alimenticias, para que la AFC transfiera al empleador la totalidad de las prestaciones de los mencionados trabajadores, a fin de que este siga cumpliendo con su obligación de retención y pago de las pensiones y pague de manera directa el saldo que quedare de la prestación al trabajador.

[21] Además, en el proyecto de modificación se precisa aún más la operatoria en concurso de estas normas legales protectoras y subsidiarias del empleo.

> El pago de la prestación a cargo del seguro de cesantía se hace de acuerdo con las reglas de la Ley n.º 19728, esto es, no se recibe la totalidad de la remuneración, sino un porcentaje decreciente de esta de acuerdo con la tabla del art. 15 de la citada ley, es decir, primer mes 70%, segundo mes 55%, tercer mes 45%, cuarto mes 40%, quinto mes 35%, sexto mes 30%, séptimo mes 30%. Al menos en el primer mes, el monto que recibe el trabajador es muy cercano a su remuneración líquida habitual, en la medida que su remuneración sea igual o inferior al tope imponible, ya que el monto expresado en porcentaje no está afecto a los descuentos previsionales de la remuneración.

Cabe señalar que estos son los porcentajes de la prestación conforme a la Ley n.º 19728, en la medida que el trabajador posea fondos suficientes para los pagos respectivos. De no serlos, opera el Fondo de Cesantía Solidario que queda sujeto a mínimos y máximos que esta ley fija en especial para su operación y no son necesariamente (en particular los mínimos) los mismos de la aplicación general de la ley de seguro de desempleo.

El uso de los fondos solidarios se sujeta a los mismos porcentajes de la remuneración imponible, pero además a las tablas de mínimos que establece la Ley n.º 21227 y de máximos que contiene la Ley n.º 19728, lo que puede representar un problema importante para los trabajadores con remuneración relativamente alta. En efecto, conforme a ellas, para los contratos indefinidos, los mínimos son de $225000 los primeros tres meses, de $200000 el cuarto mes y de $175000 el quinto mes. Para los contratos a plazo fijo o por obra o faena el valor inferior es de $225000, $200000 y de $175000 para el primero, segundo y tercer mes en el orden mencionado respectivamente. Respecto de los máximos serían de $651078, $512057, $418954, $372404 y $325853 para los meses del primero al quinto, en el caso de los contratos indefinidos y de $465.506, $372.404 y de $325.853 para los meses del primero al tercero en los contratos a plazo o por obra o faena. Así, para un trabajador cuya remuneración imponible sea de $2000000 el primer mes obtendrá $1400000, si su cuenta individual es suficiente. Si al segundo mes su cuenta individual no alcanzare a cubrir el 55% de su remuneración ($1100000) operará el Fondo de Cesantía Solidario con tope de $512078, lo que representará un porcentaje relativamente bajo de su remuneración mensual habitual, sin encontrarse en situación de cesantía o de búsqueda de empleo, ya que mantiene vigente su relación laboral.

3.2. Pactos de suspensión

Esta herramienta, a diferencia de la anterior, supone un acuerdo entre las partes de suspender los efectos del contrato. Debo recordar que siempre se ha podido celebrar acuerdos de este tipo (ejemplo de ello son los permisos

sin goce de sueldo, o con goce de ello), pero ahora este acuerdo puede tener otros efectos dispuestos por la ley, accediendo el trabajador a los beneficios de la AFC, siempre y cuando cumpla con las exigencias que se establecen en ella.

3.2.1. Requisitos del pacto de suspensión de la Ley n.º 21227

A. Es posible respecto de empleadores "cuya actividad se vea afectada total o parcialmente", naturalmente, entiendo, por razones derivada directa o directamente de la crisis provocada por el Covid-19.

   La ley no establece parámetros objetivos para determinar la concurrencia o no de la exigencia legal de afectación total o parcial de la actividad (como sí lo hace con más detalle a propósito del pacto de reducción temporal de jornada en el art. 8). En consecuencia, y sin perjuicio de una eventual fiscalización sobre el punto, será el empleador quien determine si cumple o no la exigencia de afectación. Dadas las características que las decisiones de autoridad han tenido hasta ahora, aunque limitadas en el tiempo y lugar de aplicación, resulta relativamente difícil encontrar actividades que no se hayan visto "afectadas" de alguna manera, por lo que será difícil cuestionar la determinación del empleador[22]. Al parecer, esa es la intención del legislador, dada la amplitud de la redacción del requisito, buscando generar certezas para la toma de decisiones del empleador.

B. Corresponde a un acuerdo suscrito con el o los trabajadores, es decir, individual o colectivo, sea de manera personal o previa consulta con la organización sindical a la que se encuentre afiliado.

   De nuevo la norma utiliza la expresión 'suscrito' por lo que entiendo que debe haber un documento escrito que permita que sea firmado o aceptado formalmente para que pueda haber suscripción.

   Nos parece que la intervención del sindicato es optativa, pues señala que es de forma personal "o" previa consulta a la organización

[22] Sin embargo, habiendo surgido dudas al respecto, la modificación legal en trámite establece una presunción de afectación parcial, cuando en el mes anterior a la suscripción del pacto los ingresos por ventas o servicios netos del Impuesto al Valor Agregado del empleador hayan experimentado una caída igual o superior a un 20% respecto del mismo mes del año anterior. Esto representa una ventaja al establecer de manera objetiva la concurrencia del requisito, pero no debe olvidarse que no es más que una presunción solo legal, que serviría esencialmente al empleador, liberándolo en principio de más pruebas y que solo operaría para los contribuyentes de IVA. Al mismo tiempo, se pretende establecer de forma más clara la posibilidad de que el trabajador o el sindicato al que esté afiliado puedan denunciar vicios en el pacto o que no se cumplen las condiciones necesarias en la actividad de la empresa. Me parece que para que ello fuere posible no se requería de modificación legal e introducirá elementos de incerteza que la ley pretende despejar.

sindical. En todo caso la participación del sindicato es consultiva y no dirimente de la voluntad del trabajador, aunque en los hechos tsl vez tenga gran fuerza moral sobre la decisión del trabajador.

En todo caso, estimo que se trata del sindicato base y no de una organización superior (como federación o confederación) porque se trata de un tema cuya afectación se analiza y demuestra a nivel de la empresa.

Nos queda la duda si el o los trabajadores pudieran ser representados por el sindicato, sin requerimiento previo de aquellos. Pareciera necesario que el trabajador involucrado en el pacto al menos requiera ser representado por el sindicato al que pertenece, pues no estoy en las hipótesis en que la organización puede representar de pleno derecho al trabajador conforme al art. 220 n.º 2 del C*dT*. Sin embargo, el art. 5 inc. 3º reconoce de forma expresa la posibilidad de representación, por lo que me inclino por la factibilidad de la representación, pero con requerimiento o autorización del trabajador.

C. Este pacto solo puede celebrarse fuera de los periodos que comprende la paralización de actividades decretada por acto o declaración de la autoridad, que impidan o prohíban la prestación del servicio y durante la vigencia del título I (seis meses desde el 6 de abril de 2020).

Si durante la vigencia de este pacto se decretara un acto o declaración de autoridad en los términos señalados, se producirá la "interrupción" de la suspensión temporal convencional del contrato de trabajo, debiendo esta continuar una vez que cese la vigencia del mandato de la autoridad.

No queda claro el sentido de distinguir entre suspensión legal y la convencional, que se interrumpe por la primera, pues producen exactamente los mismos efectos, como se ve en el punto siguiente.

D. No es posible pactar que la suspensión temporal acordada produzca efectos en forma diferida: todos los efectos del pacto deben ejecutarse, al menos a partir del primer día del mes siguiente a la celebración del pacto, de lo que entiendo que también puede ser antes[23].

3.2.2. Efectos del pacto de suspensión de la Ley n.º 21227

Produce los mismos efectos de la suspensión temporal de pleno derecho, esto es, los trabajadores que cumplan los requisitos para ellos y cumpliendo

[23] Se precisa en el proyecto modificatorio de la ley que los efectos se producen a contar del día siguiente a su suscripción y puede diferirse, pero no más allá del primer día del mes siguiente a la fecha de la suscripción.

el empleador las exigencias administrativas, pueden acceder a los beneficios de la Ley n.º 19728.

En efecto, durante el periodo del pacto de suspensión temporal, el trabajador recibirá el beneficio excepcional de cesantía (prestaciones del art. 15 y 25 de la Ley n.º 19728) debiendo al efecto presentarse la declaración jurada, cumpliéndose los demás requisitos ya señalados, esto es, se solicita de la misma forma que para la suspensión de contrato de pleno derecho y deben declarar no tener un pacto de continuidad laboral que implique recibir todo o parte de la remuneración.

Aparece de nuevo el problema de factibilidad de aporte del empleador al trabajador pagando parte de la remuneración, salvo que la limitación se entendiera solo para los pactos que mantienen prestación efectiva de servicios y no para los que la suspenden totalmente.

En el caso del pacto de suspensión, la AFC debe informar a la Dirección del Trabajo la nómina de empleadores y trabajadores que hubieren suscrito el pacto, lo que de nuevo facilita a dicho servicio la fiscalización de la aplicación de la normativa y la publicidad de las empresas acogidas al mismo.

3.3. Pactos de reducción de jornada

Al igual que en el caso de suspensión por pacto, la reducción de jornada y de remuneración también es posible por acuerdo entre las partes sin necesidad de disposición legal[24]. Sin embargo, la Ley n.º 21227 lo contempla especialmente con ciertos requisitos y características que habilitan al trabajador a acceder a algunos beneficios conforme a esta legislación.

En este pacto de reducción de jornada no hay suspensión, pero se producen de manera parcial los efectos de la Ley n.º 21227, esto es, accediendo al beneficio parcial de prestaciones de AFC. Solo procede cuando el empleador se encuentre en determinadas y precisas circunstancias previstas en esta ley (contemplados en el art. 8) y los trabajadores estén afiliados al seguro de desempleo, previa consulta obligada a la organización sindical respectiva si la hubiere, o derechamente pactado con ella (art. 12 inc. 2º).

A diferencia del pacto de suspensión, en el de reducción de jornada la organización sindical debe ser al menos consultada, cosa que no es obligada en el pacto de suspensión. Asimismo, y a diferencia de la suspensión conven-

[24] Existe un antecedente de ello en el art. 40 bis D del C*dT* que regula la forma de calcular la indemnización por años de servicios en los casos de pacto de jornada parcial con trabajadores que tenían jornada completa. No obstante, la norma citada del C*ódigo del Trabajo*, no tendría aplicación en los casos regidos por la Ley n.º 21227 porque primaría el art. 13 de esta ley.

cional, pareciera ser que en el caso de reducción de jornada, la organización se encuentra habilitada para representar a sus socios por el solo ministerio de la ley, ya que pueden suscribirlo los trabajadores "personalmente o por medio de la organización sindical a la que se encuentren afiliados" (art. 7° inc. 1°). Sin embargo, parece aconsejable que también en este caso la organización cuente con el respaldo del requerimiento de sus socios.

3.3.1. Empleadores que pueden acceder al pacto de reducción de jornada.

Para poder celebrar el pacto de reducción con los efectos de la ley el empleador debe:

a) Tratarse de contribuyentes de IVA que a contar de octubre de 2019 hayan experimentado una disminución promedio de ventas declaradas por un periodo de tres meses consecutivos que sea superior al 20% respecto del promedio de ventas declaradas en el mismo periodo de tres meses del ejercicio anterior;
b) Encontrarse en un procedimiento concursal de reorganización.
c) Encontrarse en un procedimiento de asesoría económica de insolvencia.
d) Desarrollar en su empresa, establecimiento o faena una actividad que habiendo quedado fuera de los efectos del acto o declaración de autoridad (es decir, empresas, establecimientos o faenas que no puedan paralizar sus actividades) y necesiten reducir o redistribuir la jornada ordinaria para:
   – mantener su continuidad operacional o
   – para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores.

En este último caso, el trabajador de dicho empleador debe tener los mismos requisitos de cotizaciones de la suspensión temporal automática; en los otros casos, los requisitos son distintos, según diré.

La calificación de encontrarse en la situación de la letra d) corresponde efectuarla al empleador junto con el o los trabajadores respectivos, aunque obviamente puede ser fiscalizada la efectividad del cumplimiento de los requisitos. En todo caso, parece que el empleador es quien mejor conoce su operación y está en las mejores condiciones como para determinar la concurrencia o no de estos requisitos, lo que obviamente puede ser verificado por la parte trabajadora, en especial si actúa a través de sindicato[25].

[25] En la tramitación parlamentaria del proyecto de modificación legal, se pretende agregar una letra e) para empleadores domiciliados en Isla de Pascua o en el archipiélago de Juan Fernández y que realicen su actividad o presten sus servicios en los referidos territorios, que hayan tenido desde marzo pasado una disminución ventas promedio mensuales en un periodo

Cada caso debe ser acreditado de la forma que indica la ley y solo puede haber un pacto por cada relación laboral, esto es, por cada trabajador.

3.3.2. Efectos del pacto de reducción de jornada

Celebrado el acuerdo de reducción por un empleador habilitado para ello, se generan varias consecuencia en la relación laboral del o los trabajadores con que se pacte (art. 11):

A. Como implica una reducción de jornada, el trabajador tiene derecho a percibir su remuneración, de cargo del empleador, equivalente (proporcional) a la jornada reducida (sobre la base del promedio de las remuneraciones imponibles de los últimos tres meses anteriores al pacto).
   También tendrá derecho a las remuneraciones o beneficios cuyo pago corresponda durante la vigencia del pacto tales como: aguinaldos, asignaciones, bonos y otros conceptos excepcionales o esporádicos, y cualquier otra contraprestación que no constituya remuneración (de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del art. 41 del C*dT*), sin perjuicio de los descuentos que correspondieren conforme a lo establecido en el art. 58 del C*dT*.
B. El empleador debe cotizar las imposiciones previsionales conforme a la remuneración imponible del pacto.
C. Los trabajadores tendrán derecho a un complemento, de cargo de su cuenta individual por cesantía, y una vez agotado, con cargo al Fondo de Cesantía Solidario. Dicho complemento tiene las siguientes características:
   a. El complemento será de 25% del promedio de la remuneración imponible devengada en los últimos tres meses anteriores al pacto (o a los pactos, si fueren sucesivos), si la reducción de jornada es 50%. Si la jornada de trabajo se reduce en un porcentaje inferior al 50%, el complemento se determinará de manera proporcional[26].

      Se devenga a partir del primer día del mes siguiente a la celebración del pacto, conforme al art. 12 inc. 4º, pero se precisaría, con el proyecto de modificación, que es partir que comience a producir sus efectos, lo que parece de toda lógica.

cualquiera de dos meses consecutivos, que exceda del 20% calculado respecto del promedio de sus ventas mensuales en el mismo periodo del ejercicio anterior, precisándose también cómo ha de acreditarse lo anterior.

[26] Se pretende precisar mediante modificación legal que este complemento será proporcional a los días que se aplique la reducción, en caso que dure menos de un mes.

b. El complemento tendrá como límite máximo mensual la suma de $225 000 por cada trabajador afecto a un jornada ordinaria conforme al art. 22, el que se reducirá de manera proporcional en caso de jornadas inferiores a 45 horas semanales.

   En este punto se genera la duda sobre si pueden acceder al beneficio los trabajadores que no estén sujetos a control de jornada. La norma es poco clara, ya que el art. 22 contempla tanto los trabajadores sujetos a control de jornada y con tope de jornada ordinaria de 45 horas semanales como aquellos trabajadores que no están afectos a tope y están exentos de control de jornada. Esto último no implica que no tengan jornada de trabajo, solo que esta no tiene límite, ni es controlada por el empleador. Así, la referencia a trabajadores afectos a jornada ordinaria puede interpretarse como aquellos que están afectos a control de jornada, en cuyo caso quedarían excluidos de la posibilidad de acceder los trabajadores que no tienen control de jornada. Esta parece ser la interpretación más conservadora de la disposición.

   Sin embargo, me parece que cabe preguntarse si un trabajador que no tiene control de jornada, por ejemplo, por trabajar sin supervisión directa e inmediata del empleador, podría o no pactar una rebaja de su jornada o dedicación a la empresa. Estimo que ello es posible, ya que el no tener control de jornada no implica que el trabajador no tenga una dedicación determinada a su trabajo. Por ejemplo, podría ser que trabaje sin control de jornada de lunes a viernes y que pacte que rebajará su dedicación a lunes a miércoles, quedando liberado jueves y viernes; también podría ser que pacte que en lugar de tener una dedicación exclusiva de mañana y tarde de lunes a viernes, pacte que solo lo hará durante las mañanas en el mismo periodo. Evidentemente, no hay cómo controlarlo con un registro de asistencia, pero ello no implica que sea imposible acordar una reducción de jornada o de dedicación. Seguramente, se trató de asegurar que los trabajadores que accedieran a la rebaja de jornada no se vieran obligados a seguir trabajando lo mismo pese al pacto, pero se podría demostrar la rebaja de jornada de otra forma que no necesariamente sea mediante un registro de asistencia.

c. El complemento no se considera remuneración ni renta, no es imponible, ni es embargable[27]. Por otra parte, el complemento

[27] El proyecto de modificación se hace cargo de la situación de los acreedores del trabajador por pensiones alimenticias debidas por ley, postulando que el complemento pueda ser

es compatible con otros beneficios económicos que se otorguen u obtengan por otras leyes.

3.3.3. Contenido mínimo del pacto de reducción de jornada

Para que el pacto de reducción de jornada pueda generar los beneficios de la Ley n.º 21227 debe cumplir con ciertas exigencias mínimas y suscribirse preferentemente en forma electrónica a través de la plataforma que habilite la Dirección del Trabajo, que informará de ello a la AFC al menos de forma mensual (art. 12):

a. Individualización de las partes, con indicación del RUT del empleador, de la cédula nacional de identidad del trabajador e información necesaria para materializar el pago del complemento que realizará la AFC.
b. Duración del pacto.
c. Fecha de entrada en vigor del pacto[28].
d. Promedio de las remuneraciones imponibles fijas y variables devengadas por el trabajador en los últimos tres meses anteriores completos a la celebración del pacto.
e. Indicación de la jornada de trabajo reducida, porcentaje de la reducción de la jornada de trabajo convenida.
f. La remuneración correspondiente a dicha jornada.
g. Declaración jurada simple del empleador respecto a que se cumplen los requisitos establecidos en la ley para la celebración del pacto de reducción temporal de la jornada de trabajo.

3.3.4. Limitaciones del pacto de reducción de jornada

La ley dispone de ciertas restricciones que no pueden ser parte del pacto y, si lo fueran, entiendo que no cumpliría las exigencias legales, no permitiendo al trabajador acceder a los beneficios de la ley. Así, se establece:

a. No procede pactar una reducción temporal de jornada superior al 50% de la jornada de trabajo original, esto es, se permite reducción de hasta 50%.
b. No procede pactar reducción temporal de jornada respecto de trabajadores con fuero laboral (art. 9). Cabe preguntarse el motivo de

embargado o retenido hasta en un 50%, pero haciendo que sea el empleador quien retenga más del porcentaje habitual de la parte que paga de la remuneración de modo que el pago del complemento por AFC sea íntegro al trabajador.

[28] Se precisa con la modificación en trámite que produce sus efectos a partir del día siguiente a la suscripción del pacto y, a más tardar, el 1 del mes siguiente, lo que efectivamente no es claro en la actual redacción.

esta excepción y entiendo que sería para evitar que se ejerza una eventual presión sobre ellos para reducir la jornada en atención a su fuero. Sin embargo, si el trabajador tiene fuero, con mayor razón estará protegido en caso que no esté acuerdo con el pacto de reducción, de modo que la restricción parece no ser justificada[29].

c. Tratándose de trabajadores con contrato indefinido se requiere tener registradas al menos diez cotizaciones mensuales en AFC (continuas o discontinuas) y cinco cotizaciones mensuales (continuas o discontinuas) en caso de ser a plazo fijo o por obra o faena.

   Las cotizaciones deberán haberse registrado en los últimos veinticuatro meses anteriores a la fecha de la celebración del pacto respectivo.

   El trabajador debe registrar las tres últimas cotizaciones continuas con el mismo empleador con quien suscriba el pacto de reducción temporal de jornada (art. 9).

d. Se puede pactar por un máximo de cinco meses continuos (trabajadores con contrato indefinido) y máximo tres meses cuando es contrato a plazo fijo o por obra o faena (art. 10).

   El mínimo plazo de vigencia del pacto es de un mes, pero pueden ser sucesivos, lo que hace extraña la limitación temporal, que se puede sortear con nuevos pactos, pero siempre dentro de la vigencia de la norma, lo que se desprende del art. 11 inc. 5.

e. Durante la vigencia del pacto el empleador debe pagar la remuneración, así como declarar y pagar las cotizaciones previsionales y de seguridad social proporcionales a la jornada reducida.

f. No es posible pactar que la reducción temporal produzca efectos en forma diferida, todos los efectos del pacto pueden ejecutarse en lo inmediato o, al menos el primer día del mes siguiente a la celebración del pacto.

g. Expirado el plazo pactado se restablecen de pleno derecho las condiciones contractuales originales, no pudiendo pactarse restricciones a ello.

h. El empleador que haya celebrado estos pactos no puede contratar nuevos trabajadores "que realicen iguales o similares funciones" a quienes hayan suscrito el pacto (art. 7º inciso final). La restricción se limita al número de trabajadores con pacto y, si va a contratar nuevo personal, debe ofrecerlo primero a los afectos al pacto, en la

[29] No obstante, esta norma hizo que algunos se preguntaran por qué no había una limitación similar para los casos de suspensión del título I, tanto que en la tramitación del proyecto de reforma se postula agregar un artículo que reproduzca esta limitación para los casos de suspensión, aunque probablemente quede limitado a las trabajadoras que tengan fuero maternal.

medida que tengan las capacidades, calificaciones e idoneidad para desempeñar el o los cargos que se buscan cubrir. Se considera una multa especial para infracción a esta disposición.

Parece lógico intentar impedir que un empleador utilice esta reducción temporal para obtener un apoyo en la remuneración del o los trabajadores afectos, mientras contrata otros trabajadores. No obstante, no está claro que se justifique todo el andamiaje jurídico que importa imponer esta restricción a la libertad de contratación, ya que lo lógico y probable es que si el empleador recurre al pacto de reducción de jornada, no buscará contratar más personal, pues al contrario, le sobra; y si le llegare a hacer falta, lo más probable le resultará más eficiente contar con personal entrenado y que conoce la organización, terminando la rebaja de jornada, en lugar de traer a nuevos trabajadores. Sin embargo, efectivamente es un resguardo que tiende a impedir o desincentivar acuerdos abusivos.

i. En el evento de ponerse término al contrato durante la vigencia del pacto o una vez concluido este, las indemnizaciones legales o convencionales se calcularán según la situación contractual previa al pacto. Así lo indica el art. 13 de la ley, que no contiene una norma similar a la establecida en el art. 6º para la suspensión, sobre la imposibilidad de imputar las cotizaciones del empleador utilizadas para solventar el beneficio a una futura indemnización por años de servicios conforme al art. 13 de la Ley n.º 19728[30].

IV. Situación de los trabajadores de casa particular en la Ley n.º 21227

Estos trabajadores no tienen acceso al sistema de seguro de desempleo de la Ley n.º 19728, pero sí tienen un sistema de indemnización "a todo evento" equivalente aproximadamente a quince días de remuneración por cada año de servicio con dineros que se depositan en una cuenta especial de AFP con cotización del empleador de 4,11% de la remuneración mensual (art. 163 inciso final del C*dT*).

En el evento del art. 1º de la Ley n.º 20227, esto es un acto o declaración de autoridad que impida o prohíba en su totalidad la prestación de los servicios, estos trabajadores pueden impetrar la indemnización a todo evento que tienen acumulada en AFP, formada con la cotización mensual del 4,11%

[30] Esto se corregiría en la modificación legal para impedir, también en el caso de la prestación por reducción parcial de jornada, la imposibilidad de imputar de los aportes empresariales a la indemnización por años de servicios que deban pagarse.

de la remuneración de cargo del empleador, pero no de una vez, como en el caso de la terminación del contrato por cualquier causal, sino que:

- 70% de la remuneración mensual imponible o el saldo si fuere inferior.
- Si se mantiene la situación, la AFP girará el 55%, 45%, 40% y 35% de la remuneración imponible en los meses siguiente: se entiende, en la medida que haya saldo.

El trabajador debe presentar declaración jurada simple en la AFP declarando que no tiene un pacto de continuidad de los servicios con pago de todo parte de la remuneración.

También pueden acordar la suspensión con el empleador conforme al art. 5º de la nueva ley, aplicándose todas las reglas de ese artículo, pero no tienen acceso a los beneficios del seguro de desempleo, pues nunca han cotizado para el mismo. En tal caso, el empleador debe continuar pagando cotización de salud, invalidez y sobrevivencia[31].

V. Restricciones a la terminación de los contratos de trabajo establecidas en la Ley n.º 21227

Como dije al comienzo, aceptada que sea la concurrencia de fuerza mayor, esta puede dar lugar a un efecto moderado, cual es la suspensión de la relación laboral o, bien, a una consecuencia más drástica, como sería la terminación del contrato del trabajo. Esta ley, en forma pragmática, reconoce que la pandemia de Covid-19 puede generar la suspensión de la relación laboral, sea por aplicación de la ley, sea por acuerdo entre las partes, regulando en uno y otro caso la posibilidad de acceso a ciertos beneficios para el trabajador afectado. Como en sus consecuencias más radicales, esta fuerza mayor también podría generar la terminación del contrato de trabajo, se optó por limitarla, sobre la base de que el empleador no debiera tener que recurrir a ella, ya que dispone de las herramientas suspensivas o limitativas de jornada antes desarrolladas.

Limitaciones a la terminación del contrato de trabajo

1) Durante seis meses desde la vigencia de la ley, esto es desde el 6 de abril de 2020 y hasta el 6 de octubre de 2020, o existiendo decla-

[31] Aunque la modificación en trámite busca precisar que el empleador debe pagar todas las cotizaciones previsionales y de seguridad social, tanto de su cargo como las del trabajador, como en los demás casos de suspensión, incluyendo la cotización del 4,11% para fondo de indemnización y se aplicaría la posibilidad de diferir el pago conforme al art. 28.

ración de Estado de Catástrofe, no podrá despedirse a trabajadores invocando como motivo la causal de fuerza mayor o caso fortuito basada en los efectos de la pandemia de Covid-19, lo que se dispone en el art. 26.

Estimo que esta restricción es de aplicación general, se trate o no de casos amparados o con acceso a los beneficios de la ley. De esta forma, pueden haber trabajadores que no accedan a los beneficios de la ley, pero sí a los efectos restrictivos respecto de la aplicación de esta causal basada en la enfermedad.

Cabe preguntarse por el efecto de una decisión del empleador de despedir por la causal de fuerza mayor, basada en el Covid-19 durante la vigencia de la restricción. Estimo que se trataría de un despido nulo por estar prohibido por la ley, cuya consecuencia debiera ser la reincorporación del trabajador y el pago de las remuneraciones del tiempo en que estuvo impedido de trabajar por el despido nulo.

2) Durante la suspensión temporal legal de la relación laboral el empleador solo podrá poner término a la relación laboral por aplicación de la causal establecida en el art. 161 del C*ódigo del Trabajo* (art. 3 inc. 3º).

Se refiere indudablemente a la causal de necesidades de la empresa. En efecto, su referencia es en singular a "la causal", por lo que estimo que la limitante o imposibilidad también abarca a la terminación por desahucio, que se permite por el mismo art. 161. Se podría argumentar que el desahucio no es, en realidad, una causal de terminación, ya que precisamente supone no invocar ninguna, sino, más bien, una forma excepcional de poner término al contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador. Sin embargo, como se trata de establecer una forma única de poner término al contrato de trabajo, debiera entenderse que esta es por necesidades de la empresa. De todas formas, siendo similares en sus efectos, lo prudente es que si el empleador estima necesario poner término al contrato de trabajo, lo haga por la causal de necesidades de la empresa, lo que supone expresar las razones que lo justifican y luego demostrarlas, si fueren controvertidas por el trabajador, y no arriesgarse a invocar el desahucio como fundamento de la terminación, aunque se encuentre en las hipótesis de esta.

Se ha planteado el problema de la factibilidad de poner término al contrato por alguna de las causales del art. 159 del C*dT*. Aparentemente, tampoco podrían invocarse para poner término al contrato de trabajo, dada lo imperativo de la norma. Sin embargo, en estos casos, no es el empleador quien pone término, que es el

sujeto limitado, ya que es este quien "sólo podrá" poner término por aplicación de la causal del art. 161 del C*dT*. Por ello, tratándose de causales objetivas de terminación (como indudablemente lo es la muerte del trabajador) o expresiones de la libertad de trabajo (como lo es la terminación por renuncia del trabajador o por mutuo acuerdo), deberían poder invocarse. En la misma situación quedan el vencimiento del plazo o la conclusión del trabajo o servicio, pues se trata de situaciones previstas de antemano y que tienen carácter objetivo. Solo sería discutible que el empleador invoque la fuerza mayor, pero ello no resultará posible, por la restricción mencionada en el numeral anterior[32].

Resta analizar qué ocurriría con las causales sancionatorias del art. 160 del C*dT*. Parece absurdo limitarlas debido a la pandemia de Covid-19, puesto que no existe ninguna razón para que, producto de ella, deban quedar impunes faltas graves y que merecen sanción, como las contempladas en este artículo. Buscando una interpretación que permita invocarlas, algunos sostienen que tratándose de causales que la doctrina califica de "caducidad", que no es otra cosa que una sanción al trabajador, debieran poder aplicarse. Pero la ley pareciera no permitir ninguna otra que no sea la de necesidades de la empresa. En consecuencia, encierra riesgos utilizarlas porque el despido pudiera llegar a ser estimado nulo, con el costo que sus efectos representaría para el empleador. Como la limitante es mientras está vigente la suspensión temporal legal y ello requiere del acto o declaración de autoridad, en realidad el trabajador no debiera estar prestando los servicios, de modo que al menos el trabajador no estará concurriendo a la empresa. Por su parte, el empleador tendría la opción, sea arriesgarse a un despido nulo, sea esperar para invocar la causal, pero al menos tomando las medidas para evitar que en el futuro se considere que operó de su parte un perdón de la causal.

[32] Pese a lo expuesto, la modificación legal en trámite precisa que esta restricción aplicaría solo respecto de los trabajadores no afectos a los beneficios de esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 159 números 1 al 5 del C*dT*, con lo que se aclara la aplicabilidad de las causales del art. 159, salvo la fuerza mayor, como se había concluido. Sin embargo, al redactarse de esta forma, introduce otros problemas, ya que la limitante estaría, a partir de la aprobación de esta modificación, referida solamente a los trabajadores no afectos a los beneficios de la ley y mientras dure la suspensión. Con ello abre la duda sobre si los trabajadores afectos a los beneficios quedan en una situación de imposibilidad de ser despedidos, mientras que los otros en una condición de restricción de despido. Todo ello, mientras esté vigente el acto o declaración de autoridad en el territorio respectivo.

3) Si durante el periodo comprendido entre la declaración de Estado de Catástrofe (lo que ocurrió el 18 de marzo de 2020, a través del decreto supremo n.º 104 del Ministerio del Interior y de Seguridad Pública) y la entrada en vigencia de la ley (con su publicación el 6 de abril de 2020), las partes hubieren dado término a la relación laboral, cualquiera fuere la causal, se podrá resciliar dicho término, en cuyo caso podrán acogerse a las disposiciones de esta ley (art. 26 inc. 2º).

Me parece que pese a su tenor literal no es solo para las causales convenidas, aunque diga "las partes hubieren dado término", ya que su aplicación quedaría restringida en la práctica al mutuo acuerdo, en cuyo caso no sería en rigor necesaria una norma para que las partes, de la misma forma, decidan dejarla sin efecto. En consecuencia, estimo que necesariamente aplica para cualquier causal, empero haya sido producto de una decisión unilateral del empleador o del trabajador.

Por otra parte, también me parece que debe interpretarse que para que opere esta norma se requiere de acuerdo de trabajador y empleador para dejarla sin efecto, pues emplea "resciliar", lo que supone mutuo consentimiento (art. 1567 del *Código Civil*). Esta interpretación permite certeza, puesto que de otra forma podría cuestionarse cualquier terminación producida en el lapso indicado por el trabajador, incluso, habiendo finiquito de por medio, lo que no me parece haya sido la intención de la ley.

VI. Otras normas de la ley

La ley en comento contiene otras disposiciones relacionadas con el tema que solo enunciaré, pues un análisis pormenorizado de las mismas excede los límites que me impuse en orden a tratar los efectos en la relación laboral de la Ley n.º 21227.

Entre estas normas se cuentan las siguientes:

A. Sanción penal en caso de obtención tanto de complementos como prestaciones mediante simulación o engaño (art. 14), así como a quienes faciliten los medios para la comisión de tales delitos, además de restitución de las sumas percibidas de forma indebida. Se considera, también, una eventual responsabilidad penal de personas jurídicas cuyos dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión comentan los delitos indicados directa e inmediatamente en su interés o para su provecho. No puedo calificar desde el punto de vista penal la técnica para la

tipificación del delito, pero llama la atención que el sujeto activo principal sean las personas que obtuvieren, mediante simulación o engaño, complemento, prestaciones o ambos, o un beneficio mayor al que les corresponda, puesto que estos serían en lo fundamental trabajadores.

B. Normas sobre financiamiento del sistema en el art. 18 y de retribución a la AFC en el art. 24.

C. Posibilidad de los trabajadores de hacer efectivos seguros de cesantía acordados antes de la ley con bancos, instituciones financieras, casas comerciales y similares, por haber hecho uso de los beneficios del art. 1 o 7, aunque no estén cesantes, conforme al art. 21. Esto consagra, a mi juicio, una modificación legal de contratos suscritos con anterioridad por las partes. Se ha cuestionado si esta norma opera tanto en el caso de la suspensión temporal de pleno derecho como en la suspensión convencional. Esto porque seguramente la segunda puede prestarse para algún acuerdo fraudulento entre las partes. Sin embargo, al parecer opera en ambos casos, ya que la suspensión convencional también produce el efecto de acceder al beneficio del art. 1º [33].

D. Registro público de los empleadores cuyos trabajadores hayan sido beneficiarios de las prestaciones de la ley y número de trabajadores que accedieron (art. 27).

E. Vigencia: La Ley n.º 21227 (publicada en el *Diario Oficial* con fecha 6 de abril de 2020) dispuso que su entrada en vigencia es de inmediato a la fecha de su publicación, y mantendrá vigencia por un plazo de seis meses en cuanto a sus disposiciones sobre suspensión temporal del contrato de trabajo (sea de pleno derecho o por pacto entre las partes) y también en cuanto al pacto de reducción temporal de jornada que se funda en la causal de la letra d) de su art. 8. Es decir, hasta el 6 de octubre 2020.

Con respecto al pacto de reducción temporal de jornada fundado en las demás causales (que no sea letra d) del art. 8), las disposiciones del título II que lo regula mantendrán vigencia hasta el último día del mes décimo desde su entrada en vigencia. Es decir, hasta el 28 de febrero de 2021.

[33] Se proyecta modificar la norma aclarando, innecesariamente, a mi juicio, que opera también en los casos del art. 5º. Aunque la propuesta en trámite también precisaría que el trabajador debe acreditar la condición de beneficiario mediante certificado del empleador, para que la compañía aseguradora pague la cuota que venza en la proporción que disminuyan los ingresos del trabajador.

VII. Conclusiones

En el contexto en que dicta la Ley n.º 21227 está claro que los empleadores, con o sin razón, estaban en posición de poner término a los contratos de trabajo invocando la causal de terminación sin derecho a indemnización de fuerza mayor, provocada por la pandemia de Covid-19, considerando los efectos de los actos o declaraciones de autoridad que dificultan o impedían totalmente el funcionamiento. Como mínimo, también con o sin razón, podrían haber sostenido la suspensión de la relación laboral, con efectos en la remuneración del trabajador que quedaría sin ella y sin las cotizaciones correspondientes.

Esta ley se anticipa a este posible escenario y establece una situación de suspensión de pleno derecho de la relación laboral cuando se dan ciertos requisitos derivados de actos de autoridad y, en tal caso, habilita a los trabajadores afiliados al sistema del seguro de desempleo, a acceder a los beneficios de este, como si su relación laboral hubiere cesado. Del mismo modo, posibilita este acceso en caso de pacto de suspensión de la relación laboral acordada entre las partes, cumplidos ciertos requisitos. También permite un pacto de rebaja de jornada de trabajo para empleadores en ciertas situaciones, posibilitando a los trabajadores que convengan en ello acceder a un beneficio parcial por cuenta del sistema de seguro de desempleo. Al mismo tiempo, procura una solución basada en los mismos principios para los trabajadores de casa particular que se financia con sus fondos de indemnización, toda vez que no tienen seguro de desempleo. Junto con todo lo anterior, la norma establece restricciones a la terminación del contrato del trabajo imposibilitando desde luego la causal de fuerza mayor basada en los efectos de la enfermedad denominada Covid-19.

La normativa procura amortiguar los problemas derivados de la afectación a las relaciones laborales provocadas por la pandemia, empleando los recursos e institucionalidad existentes para una situación de necesidad más intensa, pero de naturaleza semejante. Está por verse el éxito de esta normativa, pero no cabe duda que constituye un esfuerzo legislativo encomiable para hacerse cargo de una situación que amenazaba muchas fuentes de empleo. Es cierto que recurre primeramente a fondos de los trabajadores, pero que habían sido aportados tanto por ellos como por el empleador y que tenían por objetivo apoyar al trabajador en caso de cesantía. Ahora serán utilizados con un fin distinto, pero cuya necesidad resulta incuestionable, ya que la situación que aborda puede fácilmente ser un preámbulo de la cesantía, con la esperanza de que esta no llegue a producirse. Con ello, al menos, se abre la posibilidad que dichos fondos se reintegren en el tiempo y, más importante, permite que el trabajador pueda sobrellevar de mejor forma

los efectos laborales de la crisis y, una vez pasada la emergencia, la empresa pueda retomar su actividad en forma más rápida y eficiente.

Bibliografía

Gamonal Contreras, Sergio y Caterina Guidi Moggia (2015). *Manual del contrato de trabajo*, 4ª ed., Santiago: Legal Publishing.

Lanata Fuenzalida, Gabriela (2010). *Contrato individual de trabajo*, 4ª ed., Santiago: Legal Publishing.

Rojas Miño, Irene (2015). *Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo*, Santiago: Legal Publishing.

Tapia, Mauricio (2019). *Caso fortuito o fuerza mayor*, 2ª ed., Santiago: Legal Publishing.

LA LIMITACIÓN DE LAS FUENTES DE CREACIÓN DE DERECHOS REALES

THE LIMITATION OF THE SOURCES OF CREATION OF REAL RIGHTS

Hugo Rosende Álvarez[*]
Isabel Warnier Readi[**]

Resumen: En el presente ensayo analizamos si en nuestro derecho es aplicable el sistema *numerus apertus*, el cual sostiene que pueden crearse derechos reales por la autonomía privada. Abordamos argumentos a favor y en contra de esta tesis por diversos autores, junto con la doctrina nacional y publicista. En términos generales dichas doctrinas sostienen que el dominio es el derecho real más completo, por lo cual, dichos derechos debiesen estar especificados por ley, ya que todo lo relativo a la propiedad son normas de orden público y la Constitución ha reservado esta materia solo al legislador. Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional expresa los criterios que ha adoptado para tolerar y legitimar las limitaciones y cargas del dominio, concluyendo que estas solo pueden ser creadas por ley.

I. Introducción

Se ha planteado en Francia y en España especialmente, si es posible la creación de derechos reales mediante la autonomía privada. Esa misma discusión la ha traído a colación en Chile Rodrigo Barcia Lehmann en sucesivos trabajos publicados en diversas jornadas nacionales de derecho civil[1].

[*] Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile.

[**] Profesora de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad del Desarrollo.

[1] Barcia (2007), p. 222 ss.; (2008), p. 263 ss.; (2009) p. 147 ss..

II. La controversia

El meollo de la discusión consiste en saber si en el derecho chileno, en cuanto al origen de los derechos reales, tiene cabida el denominado sistema de *numerus clausus* o el de *numerus apertus*. En otras palabras, se trata de resolver si en el ordenamiento jurídico nacional los derechos reales tienen por única fuente la ley o si es admisible que los particulares puedan crearlos y de esta manera permita la existencia de derechos reales atípicos.

La doctrina mayoritaria[2] en Chile afirma que en el derecho chileno impera el sistema de *numerus clausus*, en términos tales que no habría otros derechos reales que aquellos contemplados en la ley, no obstante que el *Código Civil* chileno no contempla una enumeración taxativa de los derechos reales ni hace una declaración expresa en orden a que estos solo pueden tener como fuente la ley.

En favor del *numerus apertus* se pronuncia Rodrigo Barcia, haciendo referencia al derecho español y en cierta medida al francés. En tiempos más remotos, Alejandro Borzutzky Arditi[3] escribió su memoria de prueba postulando que en el sistema legal chileno impera el *numerus apertus* y es perfectamente posible que los particulares configuren un derecho de superficie con el carácter de derecho real.

III. Los principales argumentos de los defensores en Chile de las tesis en controversia

A. La tesis del numerus apertus *y los motivos en que se sustenta*

1. Rodrogo Barcia Lehmann en sus distintos artículos publicados en las jornadas de derecho civil, exige analizar diversos aspectos para admitir la tesis del *numerus apertus*. Entre ellos examina la extensión del sistema de derechos reales típicos, que en el caso chileno es más reducido que en el derecho comparado, donde se reconocen los derechos de *enfiteusis*, superficie, multipropiedad, etc. También considera que el contenido del derecho real atípico debe estar clara y por completo definido por el negocio jurídico que lo constituye.

[2] Claro (1979), n.° 25, p. 35;. Alessandri, Somarriva, Vodanovic (2001), pp. 27-28; Pescio (1958), n.° 588, p. 212. Peñailillo (2009), n.° 17, p. 33 ss.

[3] Borzutzky (1972), p. 195 ss..

Asimismo, ha de estarse al estatuto general de los derechos reales, el cual debe satisfacer las siguientes exigencias: el nuevo derecho real debe ser conocido por los terceros, lo cual exige su publicidad. Finalmente, el nuevo derecho real no puede alterar la naturaleza de las cosas, por lo que debe respetar la estructura de los derechos reales, desde dos perspectivas. El derecho real emergente, que recae sobre una cosa corporal e incorporal, no puede desdibujar los elementos de la esencia del derecho de dominio y debe respetar las categorías conceptuales propias de la teoría de los bienes, principalmente en lo tocante a la clasificación de las cosas. El naciente derecho real no puede violentar las normas de orden público, que respecto de estas nuevas figuras son más exigentes que en relación con otras materias. Por otro lado, en los casos en que el interés de las partes pueda de igual forma protegerse a través de derechos personales, se debe desechar la creación de un derecho real atípico. Por último, en los casos dudosos o en los derechos en los cuales no sea posible determinar el estatuto específico aplicable al nuevo derecho no debe dársele la calidad de derecho real[4].

El mismo autor plantea las premisas que configuran el estatuto regulatorio para la constitución de derechos reales atípicos, las cuales se reducen a las siguientes:

a) solo un título oneroso puede dar lugar a un derecho real atípico, porque de lo contrario se generaría una inseguridad en el tráfico y, además, en razón de que en derecho privado se distingue entre los estatutos regulatorios onerosos y gratuitos;
b) el adquirente del derecho real atípico debe acreditar que se encuentra de buena fe, debido a que, si bien la buena fe se presume y es un principio general en la teoría de los bienes, la exigencia de su prueba se desprende de la excepcionalidad que tienen los derechos reales atípicos,
c) se deben cumplir los requisitos de publicidad respecto de terceros que exige el estatuto regulatorio de los derechos reales, para lo cual es necesario distinguir entre cosas muebles e inmuebles[5].

Finalmente, este tratadista sostiene que la única forma de crear derechos reales atípicos es mediante una sentencia judicial. Agrega, además, que los derechos reales atípicos deben sujetarse al estatuto regulatorio de los bienes y no pueden alterar los elementos esenciales de la propiedad. Refiriéndose al art. 19 n.º 24 de la *Carta Política*

[4] Barcia (2007).
[5] Barcia (2008).

manifiesta que ella no es un límite para la aplicación del sistema de *numerus apertus* por cuanto esta teoría se basa en los modos de adquirir el dominio y la concepción de derechos reales que tiene la ley civil. La norma constitucional, en su opinión, limita la teoría causal del estatuto, y que el derecho real atípico no puede afectar los elementos de la esencia que constituyen el derecho de propiedad civil, ni afectar un derecho real ya adquirido, salvo que se cumpla con la regulación del derecho afectado. Concluye diciendo que el sistema de acciones reales que protegen el dominio, la posesión y la tenencia de los derechos reales opera del mismo modo que respecto de los derechos reales típicos[6].

2. Alejandro Borzutzky Arditi[7] piensa que en Chile impera el *numerus apertus* y señala que pueden los particulares crear ciertas figuras de derechos reales que no sean tipificadas en la ley. Al decir "ciertos" derechos reales, este autor limita la autonomía privada en la creación de esta clase de derechos porque cree que es indispensable que el nuevo derecho real reúna no solamente los caracteres institucionales que caracterizan la "realidad", sino que, además, es preciso que este deba cumplir una función económico-social que no esté ya cumplida por otro tipo de derecho real o que no pueda alcanzarse mediante una combinación de figuras típicas de derechos reales y de obligación.
3. Se aduce, finalmente, que no es aceptable ir a la zaga del legislador esperando que dicte leyes que vayan ajustándose a la realidad dinámica del tráfico jurídico y económico. Por lo tanto, resulta aconsejable dar paso a la autonomía privada para la creación de derechos reales.

[6] Barcia (2009).

[7] Borzutzky (1972) quien cita a Vicente Font Boix, en su artículo "Posibilidad de nuevos tipos de derechos reales: posición de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia en anuario de Derecho Civil año V", *Revista de Derecho Español y Americano*, n.° 24, Madrid, octubre-diciembre, 1960, p. 377 ss., quien señala que es un hecho cierto de que el cuadro de tipos de derechos reales acuñado por el legislador es insuficiente, porque no prevé todos los supuestos de poderes ejercitables sobre cosas dignas de reconocimiento legal y tutela jurídica. Ante este hecho se impone, según este autor, por lo menos un criterio transaccional: libertad creadora para los particulares, pero mayor exigencia de límites en el disfrute de esa autonomía privada, a fin de que solo las situaciones jurídicas que cumplan una verdadera función social no prevista en el cuadro de la ley, puedan ser impuestas a la comunidad bajo la fórmula de un derecho real creado al amparo de la confianza que esa misma comunidad puso en su titular.

IV. Base argumental que se plantea en Chile en contra de la tesis del *numerus apertus* fundada en las razones dadas por la doctrina civilista de nuestro país y en aquellas dadas por la doctrina publicista de nuestro medio

1. *La doctrina civilista chilena mayoritaria señala los siguientes argumentos en defensa del* numerus clausus

a) La influencia que tuvo el derecho romano en Andrés Bello[8], que contemplaba el sistema de *numerus clausus* respecto de los derechos reales. En la historia del *Código Civil* chileno, y en particular de su art. 577. La versión más antigua del primer proyecto de libro de los bienes aparecía el siguiente texto: "Derecho real es el que tenemos sobre las cosas sin respecto a determinada persona". Además, aparecía un inciso que expresaba:

> "No hay más derechos reales que el de dominio, el de servidumbre, el de censo y el de prenda o de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales".

En el Proyecto de 1853 se cambió la redacción precedente, por la que sigue: "Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas y los de prenda o hipoteca".

Tras la revisión del texto por la comisión, se sustituyó la expresión "y los de prenda o hipoteca" por la de el de prenda y el de hipoteca. En tales términos fue recibido en el Proyecto Inédito y, ya sin variaciones, pasó al Proyecto de 1855 y a la edición oficial del *Código Civil* de 1856[9].

b) Los antecedentes históricos reseñados dan cuenta que para Andrés Bello los derechos reales deben estar establecidos en el *Código Civil* o más ampliamente en la ley, mas no se divisa antecedente alguno que haga pensar que nuestro codificador tuviera en mente la idea de que los particulares pudieran crean derechos reales. Por eso, aunque no existe una disposición formal de que entre nosotros solo la ley puede fijar los derechos reales, no se ha dudado de ello en nuestra mayoritaria doctrina nacional[10].

---

[8] Guzmán (1982), p. 391 ss.; Barrientos (2014), pp. 575-576.

[9] Barrientos (2014).

[10] Alessandri, Somarriva, Vodanovic (2001); Pescio (1958); Peñailillo (2009).

c) En favor del criterio de que solo la ley puede determinar la existencia de derechos reales se arguye que

"la organización y modalidades de la propiedad, derecho real-tronco, interesa al orden público; y, por lo demás, si resulta comprensible que las partes puedan a su antojo establecer relaciones jurídicas que solo a ellas liguen, más difícil resultaría explicar que estuviesen autorizadas para, a su manera, instituir derechos que, pudiendo oponerse a todos, constituyen una molestia para la colectividad"[11].

d) Se justifica, según esta corriente de opinión, que la ley sea única fuente creadora de derechos reales debido al alto grado de determinación de contenido que ellos tienen, a diferencia de los derechos personales, y por afectar y ser oponibles a terceros. Pero los derechos reales no solo exigen una determinación de contenido, sino que, además, de ellos emanan acciones reales, que necesariamente deben estar precisadas como, por ejemplo, la acción reivindicatoria o la de petición de herencia.
e) Andrés Bello, a diferencia del curso de Claudio Delvincourt, no consideró como único eje de los derechos reales el dominio y su desmembramiento, porque además incluyó dentro de ellos al derecho real de herencia, que es distinto del dominio. Sin embargo, no puede dejarse de considerar que el derecho de propiedad es el más completo de los derechos reales y tiene dos vías para limitarlo: por una parte, mediante el desmembramiento de sus atributos de uso, goce y disposición y, por la otra, las cosas objeto de dominio pueden ser gravadas mediante la constitución de garantías reales, como lo son la prenda y la hipoteca, sin perjuicio de la constitución del censo.
f) Los derechos reales deben estar especificados en la ley porque todo lo relativo a la propiedad es una cuestión de orden público y la constitución no da cabida a la autonomía privada para crear otros modos de adquirir que los establecidos en la ley, ni admite que los particulares creen atributos del dominio o lo desmembren de una manera distinta a lo establecido por la normativa legal.
g) Tampoco pueden los particulares crear garantías reales distintas a la prenda o hipoteca reconocidas por la ley, porque estas gozan de preferencia y los privilegios y preferencias solo pueden ser establecidos por la ley.

[11] Alessandri, Somarriva, Vodanovic (2001).

h) Los derechos reales atípicos no pueden nacer de la voluntad de los particulares o de la autonomía privada, porque los contratos generan como efectos derechos personales u obligaciones, pero de ellos no emanan derechos reales.

2. *La doctrina de los publicistas y diversos antecedentes que revelan la historia de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, dan cuenta de razones adicionales para acoger el sistema de* numerus clausus *en la creación de derechos reales.*

a) La C*arta Política* establece una reserva legal para la creación de los modos de adquirir el dominio; para el establecimiento de los atributos del dominio, y para la constitución de limitaciones u obligaciones que pesen sobre el dominio ya constituido. En consecuencia, la C*onstitución Política* no admite la autonomía privada en estas materias.

b) A su vez, el amparo del derecho de propiedad comprende la cosa misma, los atributos del dominio y el respeto de este derecho en su esencia, lo cual representa una restricción a la potestad legislativa en cuanto a limitar o gravar el derecho de propiedad o sus atributos. Esto significa, además, que el legislador no puede limitar o gravar arbitrariamente la propiedad sobre la cosa, sus atributos o este derecho en lo que le es esencial. De allí, entonces, que las limitaciones u obligaciones que se establezcan deben estar justificadas por la función social del dominio, señalando la Constitución que esta comprende cuanto exija los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental. En consecuencia, la creación de derechos reales que importen desmembración del dominio, de sus atributos o la imposición de limitaciones o cargas tienen una doble restricción: por una parte, solo las puede establecer la ley y, por la otra, debe ser racional y fundada en alguno de las justificaciones de la función social del dominio. Ello excluye la autonomía privada como fuente de limitaciones del dominio mediante la creación de derechos reales atípicos y además porque no le corresponde a los particulares intervenir en la función social de la propiedad, pues esta calificación le compete de manera exclusiva y excluyente al legislador.

c) José Luis Cea[12] explica que es una atribución privativa del legislador imponer limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad

[12] Cea (1988), p. 191 ss..

adquirido, pudiéndolo afectar en sus diversas especies y sobre todo los bienes a él sometidos.

d) Ángela Vivanco[13] enfatiza que lo más relevante es que el Constituyente de 1980 estableció que la función social, en cuanto a sus restricciones y limitaciones, solo puede ser determinada por el legislador. En su calidad de ponderador de las necesidades públicas, esta radicación de potestad en él es un rasgo muy importante del tratamiento que la C*onstitución* de 1980 realiza de la protección al derecho de propiedad, pues impide que cualquier otra autoridad imponga limitaciones al dominio, justificando su resolución en la función social. Así, por ejemplo, no se da pie a las requisiciones de empresas por decisión administrativa, basada en la función social, situación que ha sido muy recurrente en ciertas épocas de nuestra vida independiente.

e) Enrique Evans[14] recoge la discusión habida en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución de 1980, respecto del derecho de propiedad, su función social, las limitaciones y cargas que pueden imponerse, y la protección de los derechos en su esencia.
También[15] explica la función social del dominio, y las limitaciones y obligaciones que puede imponerle la ley al tenor del art. 19 n.° 24, inc. 2° de la C*onstitución* de 1980.

e.1. El derecho de propiedad examinado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.

– Enrique Ortúzar[16] manifestó que piensa que *el derecho de propiedad es el fundamento de todas las libertades políticas y que sin él no hay capacidad personal de subsistencia*, ya que si esta depende de la voluntad omnímoda del Estado, no hay quien pueda vivir en libertad.

Gustavo Lorca[17] señala que la preceptiva del derecho de propiedad significa la base fundamental en la cual se asienta todo el proceso de proyección económica de un país. Por eso, debe reforzarse en la forma más genuina y amplia todo lo que tiene relación con la garantía de derecho de dominio.

– La C*onstitución* de 1980 reduce el ámbito en que pueden imponerse por ley *limitaciones u obligaciones al dominio*.

[13] Vivanco (2006), pp. 458 ss.; 460 ss. y 485 ss.
[14] Evans (1986), pp. 377, 381, 383, 400, 404, 412-431, 447.
[15] *Op. cit.*, p. 377.
[16] *Op. cit.*, p. 381.
[17] *Op. cit.*, p. 413.

Ello *solo procede cuando estén en juego los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental*.

Todo otro bien jurídico, cualquiera sea su importancia o trascendencia, como la difusión de la propiedad, el interés puramente patrimonial del Estado, el interés social, el interés de ahorrantes, de afiliados previsionales, u otros, podrán ser cautelados por preceptos legales que otorguen a organismos estatales facultades fiscalizadoras, de control o de sanción; pero *la* Constitución *solo ha previsto la procedencia de limitaciones u obligaciones para las muy determinadas expresiones de la función social del dominio que se citan en lo precedente. Toda otra restricción es inconstitucional*.

e.2. *Ninguna limitación u obligación impuesta por ley a la propiedad privada produce para el afectado derecho a indemnización*, pero esa garantía *no puede*, en caso alguno, *afectar la esencia del derecho* con medidas como: privar, o reducir gravemente, del derecho de uso, del de goce, del de disposición; restringir alguno de ellos con medidas de tal envergadura que el dueño pase a ser un dependiente de la autoridad pública; privar de la capacidad de administrar, llegar a la efectiva privación del dominio o de alguno de sus tres atributos, como consecuencia de actos de autoridad no aceptados ni consentidos por los propietarios y que no están comprendidos en los bienes jurídicos que conforma la función social del dominio.

e.3. No puede transformarse el concepto de intereses generales de la nación en un pozo sin fondo donde caben todas las restricciones que el legislador quiera imponer a la propiedad. *Los intereses generales de la nación expresan un bien jurídico que se relaciona de manera directa con la nación toda*, y jamás, por importante que sea, con un sector de ella, y que se relaciona, básicamente, con el beneficio superior de la sociedad política considerada de manera global (...).

e.4. Por último, el inciso segundo del art. 19 señala que la *función social de la propiedad comprende* también *la seguridad nacional y la utilidad y salubridad públicas, y la conservación del patrimonio ambiental*. Para proteger el ambiente, la ley puede restringir el ejercicio del derecho; para cautelar la conservación del patrimonio ambiental, la ley puede imponer limitaciones y obligaciones a la propiedad.

e.5. Por otro lado, José Eyzaguirre García de la Huerta[18] manifiesta que deben considerarse dos *estatutos mayores*, a saber: el de la propiedad privada y el de la propiedad pública.

e.6. En lo relativo a la *esencia del derecho*, Alejandro Silva Bascuñán[19] explicó que la expresión esencial del derecho de propiedad significa, en el fondo, una invocación para que la ley no abuse, para que no se produzca un abuso del derecho y se respete la intención del constituyente. Agrega que la esencia del derecho está referida a la necesidad de salvaguardarlo, que es el fondo del derecho cautelado lo que significa un resguardo que el constituyente toma para que ni el legislador ni la Administración, recurriendo esta última a los resquicios legales, puedan atropellar, sin romper formalmente la garantía, lo que es fundamental en el derecho, en lo que es y tiene de permanente.

e.7. Enrique Ortúzar[20], precisa que cree que todos deben estar de acuerdo en *que el legislador no puede de manera arbitraria señalar o establecer los modos de adquirir, usar, gozar y disponer de la propiedad*. Si pudiera hacer con libertad absoluta, le sería posible, por ejemplo, estimar que la única manera de adquirir la propiedad es el uso o que el uso y el goce solo puede ejercerlos el titular del derecho de propiedad y no sus familiares. Y es evidente que eso implicaría una flagrante violación del derecho mencionado.

e.8. Gustavo Lorca[21], respecto al significado de *la garantía de respetar el derecho en su esencia*, manifiesta que el legislador tiene competencia para regular la adquisición, el uso, goce y disposición, y establecer limitaciones a la propiedad, con la exigencia de respetar la esencia del derecho se impide que una regulación abusiva haga ilusorio el derecho de propiedad, y al expresarse que el derecho de propiedad debe ser respetado en su esencia, en realidad, el legislador no puede de manera alguna hacer ilusorio este derecho en ninguno de sus aspectos.

e.9. En cuanto al alcance de esta garantía, Gustavo Lorca expresa que la garantía de *no afectar el derecho de dominio en su esencia*,

[18] Evans (1986), p. 383.
[19] *Op. cit.*, p. 400.
[20] *Op. cit.*, p. 404.
[21] *Op. cit.*, p. 414.

debe entenderse en cuanto a la perpetuidad de este derecho sobre las cosas corporales. Pero hay otras propiedades que tienen regímenes o estatutos distintos, o pudieran tenerlos, como es el caso de las concesiones y propiedades especiales, las cuales son susceptibles de caducidad y, por ende, ser temporales.

Considera que también sería *la esencia del derecho de propiedad un grado de disfrute suficiente que no puede ser coartado por servidumbres y tributos excesivos.*

De igual forma, piensa que *la garantía expresada a través de la esencia constituye una libertad para destinarla a sus posibles usos naturales, y una libertad de disposición que no puede ser restringida hasta el extremo de hacerla ilusoria*.

Finalmente, que *la esencia del derecho debe ser resguardada no solo respecto del dominio, sino, también, de las demás garantías constitucionales*.

e.10. Alejandro Guzmán[22], plantea que un problema delicado consiste en cubrir la posibilidad de que, a través de leyes manifiestamente arbitrarias, se puedan establecer exigencias de distribución que, apareciendo de revestidas de conveniencia, sean por completo inconvenientes, y a través de ellas se esté privando al propietario de su derecho de dominio.

V. Jurisprudencia

1. Criterios del Tribunal Constitucional para tolerar las limitaciones a la propiedad

a) Se ha validado por el Tribunal Constitucional la franja televisiva que se impone en tiempos electorales, gravamen que recae en los canales de televisión de libre recepción. Ello se reiteró con ocasión de la legislación sobre primarias de modo más reciente.

b) Se ha aceptado la obligación legal o servidumbre que se impone a los propietarios colindantes con las playas con el objetivo de otorgar de manera gratuita una vía de acceso a estas, aunque ello puede dar derecho, en definitiva, a compensaciones, las que determinará el juez respectivo. Ciertamente, las decisiones de mediados de la década de 1990 fueron más inequívocas en este último aspecto.

[22] Evans (1986), p. 447.

c) Se ha considerado que se ajustan a la C*onstitución* la exigencia que se impone en ciertos porcentajes de terreno que el urbanizador de un determinado loteo debe destinar y donar gratuitamente para áreas verdes y equipamiento comunitario, lo que se enmarca en la normativa urbanística.
d) Se ha sentenciado por el TC que el cambio legislativo que se efectúa en relación con el precio de un contrato eléctrico, que pasa de ser libre a regulado, también corresponde a una limitación con caracteres de legítima, vinculado a las características que presenta un servicio público.
e) También se ha validado desde el punto de vista constitucional, el financiamiento al que deben concurrir las compañías de seguros respecto de Bomberos de Chile.
f) En una acción de inaplicabilidad, se concluyó que el soterramiento de redes eléctricas que exige una determinada municipalidad en su ordenanza comuna es una limitación legítima, que tiene su fundamento en el legislador.
g) Se ha establecido como legítimo la existencia de determinados mecanismos de caducidad, fijación de plazos fatales y un papel activo de las partes, en el procedimiento de concesión minera, todo ellos destinado a asegurar el interés público comprometido en la realización efectiva de actividades mineras.

2. *Criterios para legitimar limitaciones*

a) Para definir la legitimidad de determinadas limitaciones establecidas por la legislación en consideración a las normas, principios y valores constitucionales, en primer lugar ha determinado el criterio de que estas deben ser mesuradas y razonable.
b) Un criterio legítimo es que las limitaciones no desnaturalicen otros bienes jurídicos que se estiman relevantes preservar.
c) El Tribunal Constitucional ha considerado como criterio la función pública o relevancia que cumple la actividad económica sujeta a la limitación.
d) Si la actividad que soporta la limitación tiene privilegios, como ocurre, por ejemplo, con relación al régimen selectivo o restrictivo de acceso a las concesiones de televisión.
e) También se ha considerado como criterio el que la actividad reciba beneficios, como ocurre en cesiones gratuitas o las compañías de seguros respecto de la actividad de bomberos.
f) Finalmente, ha considerado que estas limitaciones no pueden importar privaciones o afectar el núcleo del derecho.

3. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fallos del Tribunal Constitucional sobre limitaciones y cargas del dominio*

a) Por sentencia del Tribunal Constitucional fechada el 15 de abril de 1997 (rol 253) se desestimó que exista daño patrimonial causado en el caso de cesiones de terrenos gratuitas y razonables inherentes a toda urbanización, porque el valor de los terrenos urbanizados es superior al valor de dichos terrenos sin urbanizar. Por otra parte, entran en escena la libre voluntad del titular del dominio que resuelve urbanizar y ella se concilia, en forma prudente y justa con los intereses de la sociedad, arbitrando los medios necesarios para que el Estado cumpla con su fin primordial de velar por el bien común. Ello mediante la creación de las condiciones sociales que permitan a los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos que la constitución aseguran.

b) Por sentencia del Tribunal Constitucional dictada el 2 de diciembre de 1996 (roles 245 y 246) se hizo la distinción entre delimitación y privación del dominio.

Se señaló que el interés nacional y la utilidad pública constituyen el fundamento de la expropiación; en cambio, el de las limitaciones al dominio lo constituye la función social que debe cumplir la propiedad.

Por otro lado, la privación supone "despojar a uno de una cosa que poseía"[23]. Se ha fallado que privar a alguien de un derecho consiste en "apartar a uno de algo o despojarlo de una cosa que poseía"[24]. Limitar, en cambio, importa "acortar, cerrar, restringir"[25].

Por consiguiente, las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales.

c) Por sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de abril de 1992 (rol Nº 146) se decidió que las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad impuestas por una norma reglamentaria a los dueños de fajas adyacentes de los caminos, impidiéndole usar de las mismas y gozar de los legítimos beneficios que podrían aportarles los contratos de arriendo u otras convenciones que celebraran para los

[23] Real Academia Española (1992), p. 1969.
[24] Corte Suprema, 27 de marzo de 1983, p. 244.
[25] Real Academia Española (1992), p. 1258.

> efectos de propaganda comercial o publicidad caminera, invaden el ámbito propio del legislador, a quien corresponde exclusivamente determinar el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, conforme a los números 24 y 26 del art. 19 de la *Constitución*.

En la misma sentencia se afirma que la función social de la propiedad significa que esta tiene un valor individual y social por lo que debe estar al servicio de la persona y de la sociedad. Los deberes y responsabilidades del propietario armonizan los intereses del dueño y de la sociedad lo que constituye la función social de la propiedad. El constituyente chileno no ha definido el concepto de función social solo ha señalado cuáles son sus elementos.

Las playas son bienes nacionales de uso público y su uso pertenece a la nación toda. En razón de la función social que debe cumplir el ejercicio del derecho de dominio la autoridad, en este caso, el legislador, puede regular el acceso a dichos bienes, a través de los predios colindantes, para que no se desnaturalice el concepto de que son de la nación toda. Lo que no puede hacer es privar del derecho de dominio y de sus atributos esenciales o hacer ilusorio el ejercicio del derecho por las limitaciones que impone.

El decreto supremo n.° 1, de 1996, establece limitaciones de tal naturaleza que constituirían servidumbre que permitirían verdaderos caminos, para peatones, o buses, o automóviles u otros vehículos motorizados por terrenos de propietarios que tendrían que soportar esta carga. El mencionado decreto dispone que en los terrenos de los propietarios colindantes a los bienes nacionales de uso público, la autoridad fijará los deslindes, dimensiones y superficie de la vía, lo que evidentemente causará un daño, pues se trataría una limitación al dominio consistente en una servidumbre de tránsito, tanto para personas como vehículos, sin pago de indemnización alguna. Esta vía de acceso causaría una privación parcial significativa de los atributos del ejercicio del derecho de propiedad, como son e especial el uso y goce del terreno.

4. *Las limitaciones del dominio solo puede crearlas la ley*

Así acontece con las limitaciones urbanísticas, la declaración de monumentos históricos, nacionales, etcétera.

El tribunal se ha pronunciado sobre "si las limitaciones al dominio deben tener como fuente la ley". La sentencia pertinente es STC rol 2684[26]. El

[26] Tribunal Constitucional de Chile (2015), cons. 18-20.

motivo de la relevancia de la sentencia es que el requerimiento fue acogido y es reciente. Además el TC acude a clásicos conceptos constitucionales y civiles para definir el derecho de propiedad, y establece que solo la ley puede fijar sus límites.

De igual modo es importante la sentencia STC 2299[27], donde queda claro que hay dos visiones dentro del TC y que la colaboración reglamentaria en la materia (la ley convoca al reglamento, pero el Presidente de la República –en aquella época– no lo había emitido) es insuficiente.

VI. Conclusiones

1. La doctrina mayoritaria de derecho civil sostiene que en Chile solo puede reconocerse como fuente de los derechos reales a la ley, fundada en que las normas relativas a la organización del derecho de propiedad son de orden público y escapan a la autonomía privada.
2. La doctrina publicista, comentando la C*onstitución Polític*a de 1980, sostiene que por mandato del constituyente las limitaciones al dominio deben ajustarse a la función social de la propiedad y el único poder autorizado para establecerlas es el legislador.
3. La circunstancia que solo competa al legislador imponer limitaciones al dominio u obligaciones a la propiedad no significa que pueda actuar de forma arbitraria o sin una razón que lo justifique. Por eso, es el propio constituyente el que señala cuáles son los motivos justificativos para imponer limitaciones u obligaciones al derecho de propiedad, a la cosa sobre que recae o a los atributos del dominio.
4. Además, el constituyente impone una restricción a las facultades que le concede al legislador para limitar el dominio o gravarlo con obligaciones o cargas, porque exige que se respete el derecho de propiedad en su esencia como igualmente en sus atributos de uso, goce y disposición.
5. Por otro lado, los modos de adquirir el dominio y los demás derechos reales solo pueden establecerlos la ley por expreso mandato del constituyente y no es posible a los particulares crearlos cualquiera sea la razón que se invoque para justificarlo.
6. En cuanto a la privación del dominio, la C*arta Política* señala que ello solo se puede producir mediante la expropiación y la justificación de esta debe estar dada por una ley general o especial

[27] Tribunal Constitucional de Chile (2014), pp. 13-61.

que la autorice y fundada en los motivos específicos que señala el constituyente, esto es, por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.

7. Respecto de los derechos reales de garantía, estos se caracterizan por otorgar una preferencia al titular de esta clase de cauciones, como acontece por el derecho de prenda y el de hipoteca. No podrían los particulares crear derechos reales de garantía con la respectiva preferencia, porque solo la ley está autorizada para crear preferencias en favor de ciertos créditos.
8. En mérito de las consideraciones precedentes, no tiene cabida la autonomía privada para la creación de derechos reales porque su aceptación significaría invadir la esfera exclusiva que el constituyente ha reservado al legislador en esta materia.

Bibliografía

Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga, Antonio Vodanovic H. (2001). *Tratado de los derechos reales. Bienes*, 6ª ed., Santiago: Editorial Temis S.A.-Editorial Jurídica de Chile, tomo I.

Barcia Lehmann, Rodrigo (2007). *Estudios de Derecho Civil III, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, organizadas por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso: LegalPublishing.

Barcia Lehmann, Rodrigo (2008). *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Olmué, organizadas por la Universidad Diego Portales, Santiago: LegalPublishing.

Barcia Lehmann, Rodrigo (2009). *Estudios de Derecho Civil V,* Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, organizadas por la Universidad de Concepción, Santiago: Abeledo Perrot -LegalPublishing.

Barrientos Grandón, Javier (2014), *Código Civil*, 3ª ed. actualizada, Santiago: Editorial Thomson Reuters, La Ley, tomo I.

Borzutzky Arditi, Alejandro (1972). *El derecho de superficie*, Universidad de Chile, Santiago: Editorial Andrés Bello.

Cea Egaña, José Luis (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Claro Solar, Luis (1979). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, vol. III, tomo sexto: De los bienes.

Evans De La Cuadra, Enrique (1986). *Los derechos constitucionales*, Santiago: omo II, Editorial Jurídica de Chile, tomo II.

Guzmán Brito, Alejandro (1982). *Andrés Bello Codificador*, Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, tomo I.

Pescio Vargas, Victorio (1958). *Manual de derecho civil (De las personas-De los bienes y De la propiedad)*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo III.

Peñailillo Arévalo, Daniel (2009). *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*, reimpresión de la primera edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Real Academia Española (1992). *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª ed.,Madrid: Espasa Calpe S.A., tomo II.

Vivanco Martínez, Ángela (2006). *Curso de derecho constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, tomo II.

Tribunal Constitucional de Chile (2014), rol n.º 2299-12-INA.

Tribunal Constitucional de Chile (2015), rol n.º 2684-14-INA, de 10 de septiembre de 2015.

Corte Suprema, 27 de marzo de 1983, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 80, sección 5ª.

EL AUGE Y CAÍDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 1970 LA IRONÍA DE UNA PREDICCIÓN ELECTORAL EQUIVOCADA*

BIRTH AND DECAY OF THE CHILEAN CONSTITUTIONAL TRIBUNAL OF 1970 THE IRONY OF A WRONG ELECTORAL PREDICTION

*Sergio Verdugo***

RESUMEN: La literatura ha discutido acerca de las razones por las cuales los constituyentes crean cortes constitucionales, y cuáles son las condiciones para que dichas cortes se vuelvan relevantes o influyentes. Este artículo revisa cómo la experiencia del poco estudiado tribunal constitucional chileno que operó entre los años 1971–1973 (TC), puede contribuir esta discusión. El TC fue creado en el año 1970, en parte, debido a un error de cálculo electoral cometido por constituyentes que creían que otro candidato presidencial sería electo. Una vez constituido, el TC generalmente benefició al Presidente que fue sorpresivamente electo (Salvador Allende). Finalmente, el TC perdió su relevancia debido a su negativa a intervenir en un conflicto político-constitucional que fue crucial para los actores políticos de la época. El autor argumenta que las teorías de la revisión judicial basadas en los derechos y

* Este trabajo es una versión traducida y revisada de un artículo publicado originalmente en inglés: I•CON (2017), Vol. 15 No. 2, 469–494. Agradezco a Jaime Verdugo por su ayuda con la traducción, y a Paloma Pérez por su colaboración revisando las notas al pie de página. Agradezco los comentarios a la versión original de este trabajo, de John Ferejohn, Wojciech Sadurski, Daniel Brinks, Patricio Navia, José Francisco García, Fernando Muñoz, Daniel Francis y Felipe Jiménez.

** Profesor Asociado de Derecho, Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho (JSD), Universidad de Nueva York (NYU). Máster en Derecho (LL.M), Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, P. Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Email: sverdugor@udd.cl

en la competencia política no explican el nacimiento y desarrollo de dicho TC. La teoría de la separación de poderes, que sostiene que las cortes constitucionales surgen debido a la necesidad de resolver conflictos entre fuerzas políticas o instituciones que compiten entre sí, puede parcialmente explicar la razón por la cual TC fue creado. No obstante, el funcionamiento de dicho TC sugiere que esta teoría puede no ser capaz de explicar el empoderamiento de las cortes en contextos altamente controversiales.

Palabras clave: Tribunal Constitucional – Chile – Salvador Allende – Control Constitucional

Abstract: Scholars debate about why constitution-makers create constitutional courts, and what the conditions are for making these tribunals relevant. This article examines how the understudied Chilean 1970–1973 Constitutional Tribunal has contributed to this discussion. That Tribunal was created in 1970, through an error made by constitution-amenders who believed that someone else was going to be elected president. Although the Tribunal generally benefited the unexpectedly elected president (Allende), it finally lost its relevance because of its refusal to alleviate a significant political conflict. Judicial review theories based on rights and political competition are not applicable to the Chilean case. The separation of powers theory, which claims that constitutional courts develop because of their function in solving inter-branch disputes, partly explains the creation of the Tribunal. However, the Chilean example suggests that that theory does not apply in highly controversial contexts.

Keywords: Constitutional Tribunal – Chile – Salvador Allende – Judicial Review

1. Introducción

¿Por qué los constituyentes crean cortes con el poder de revisar la constitucionalidad de una ley? ¿Qué es lo que explica que dichas cortes puedan volverse relevantes o influyentes en el sistema político? Para efectos de este artículo, una corte exitosa es aquella que puede alcanzar las metas propuestas por los constituyentes que la crearon (independientemente de si dichas metas son deseables o no), mantener su relevancia dentro del sistema político y ser capaz de dictar sentencias controvertibles sin que los jueces puedan temer que actores políticos los amenacen a ellos o a la corte. Como se explicará, la literatura comparada ha elaborado distintas teorías para responder estas

preguntas, pero no existe consenso académico respecto de cuál de ellas tiene un poder explicativo más fuerte. Este artículo contribuye a dicha discusión analizando la experiencia del Tribunal Constitucional chileno creado en 1970 (en adelante, el "TC") mediante una reforma constitucional impulsada por el ex Presidente Eduardo Frei Montalva.

Es común encontrar cortes cuyo comportamiento no fue originalmente previsto o esperado por los constituyentes. Entre ellas, se encuentra la experiencia del *Conseil Constitutionnel* francés, el que se alejó de las metas que Michel Debré y Charles de Gaulle le habrían asignado originalmente cuando incluyeron dicho tribunal en la Constitución de 1958[1]. En lugar de proteger los poderes del Presidente de la República, el *Conseil*, especialmente a partir de un giro jurisprudencial en 1971, se habría convertido en un poderoso instrumento de control capaz de proteger derechos fundamentales en contra de los planes del gobierno de turno. Como el ejemplo del caso francés lo sugiere, es posible observar una asimetría entre los objetivos que los constituyentes le asignan a las cortes, y el funcionamiento de las mismas. Si los tribunales tienen suficiente independencia, ellos pueden empoderarse más allá de las condiciones previstas por los constituyentes.

No obstante, y como se verá en este trabajo, la historia del TC chileno es diferente. Aunque en un comienzo el TC sirvió a los objetivos inicialmente previstos por los constituyentes (proteger los poderes legislativos del Presidente de la República), dicha misión curiosamente contradijo las expectativas políticas de los mismos constituyentes. Explicar esta paradoja (un TC que cumple su misión en contra de las expectativas de sus creadores) es uno de los objetivos de este artículo.

Varios de los autores de la reforma constitucional del año 1970, esperaban que el TC beneficiara al Presidente de la República que sucedería a Eduardo Frei Montalva una vez terminado el mandato de este último. El objetivo de dicha reforma, aprobada con votos de la derecha y de la Democracia Cristiana ("DC"), era proteger los poderes legislativos del futuro Presidente, de manera que tuviera herramientas para enfrentar los problemas que el propio Presidente Frei había experimentado durante su mandato. En esa época, el pronóstico electoral predominante, tanto en la izquierda como en la derecha, favorecía a la candidatura presidencial de Jorge Alessandri. Sin embargo, las encuestas no fueron capaces de predecir que sería el candidato de la izquierda, Salvador Allende, quien resultaría victorioso. Así, entonces, el TC se encontraría en una posición compleja: para cumplir sus objetivos institucionales, debería favorecer los intereses de la coalición política que se

[1] Stone Sweet (1992)

opuso a su creación. Esto, por supuesto, iría en contra de los intereses de la oposición mayoritaria (la DC y la derecha), quienes habían originalmente promovido y aprobado la reforma de 1970.

Aunque en un comienzo el TC cumplió la misión institucional que le asignaba la reforma de 1970, fue luego incapaz de darle un cause institucional a un conflicto constitucional que amenazaba críticamente el programa de la Unidad Popular. En otras palabras, aunque el TC normalmente operó de manera consistente con los objetivos institucionales asignados, dicho tribunal perdió relevancia cuando se negó a resolver un caso crítico que ponía en peligro toda estructura constitucional. Finalmente, el TC fue disuelto poco después del golpe de Estado de 1973. Si bien el TC no fue responsable por el polarizado ambiente político en existía en Chile en esa época, en definitiva, el TC fracasó en su misión de canalizar pacífica y jurídicamente el grave conflicto que tenía a la oposición enfrentada con el gobierno de la Unidad Popular.

La curiosa experiencia del TC es una oportunidad para revisar las teorías sobre el nacimiento y el empoderamiento de las cortes constitucionales. En este artículo, argumentaré que la creación del TC es consistente con la teoría que sostiene que la teoría separación de poderes (y la posibilidad de conflicto entre fuerzas políticas e instituciones), en los términos planteados por Martin Shapiro. Sin embargo, si bien esta teoría parece explicar (a lo menos parcialmente) la creación del TC, ella no es capaz de esclarecer las razones por las cuales el TC finalmente perdió influencia.

Otro tipo de literatura, como lo explicaré en el capítulo siguiente, sostiene que las cortes constitucionales suelen empoderarse cuando las dinámicas del sistema político observan altos niveles de competencia. No obstante, si bien la democracia chilena de esa época era muy competitiva, el TC no fue capaz de convertirse en un actor relevante dentro del sistema, ni fue idóneo para canalizar el conflicto político-constitucional al que me referí. De esta manera, el caso chileno es una excepción a la tesis de la competencia política. La experiencia del TC sugiere que, si los niveles de competencia y polarización hacen que la violencia sea factible y probable, de manera que las estructuras constitucionales pueden verse sobrepasadas, entonces la teoría de la competencia política pierde su capacidad explicativa. Así, la tesis de la competencia política no es una condición suficiente para explicar el empoderamiento de una corte constitucional.

La siguiente sección resume brevemente algunas teorías explicativas sobre las cortes constitucionales. La Sección 3 describe el contexto institucional del TC chileno e identifica un vacío relevante en la literatura chilena. La Sección 4 explora el origen y el diseño del TC, identificando su misión institucional. La Sección 5 examina la manera como fueron nombrados los jueces constitucionales de esa época e identifica sus perfiles. La Sección 6

analiza los casos sometidos a la decisión del TC, y la manera como votaron los jueces. La Sección 7 evalúa el desempeño del TC sobre la base de sus metas institucionales, y la Sección 8 discute las posibles aplicaciones de las teorías sobre el origen y empoderamiento de las cortes constitucionales.

2. Notas sobre las Teoría Explicativas del Control Constitucional

¿Por qué diferentes actores políticos que tienen incentivos para maximizar sus posiciones de poder querrían crear una corte constitucional capaz de limitar sus poderes?

La literatura ha ofrecido diferentes respuestas a esta pregunta, normalmente a partir de la creación de las cortes constitucionales europeas después de la segunda guerra mundial, y de los procesos constituyentes post-autoritarios que tuvieron lugar en América Latina, Asia y Europa del Este durante o después del término de la guerra fría. Entre estas respuestas, algunas teorías vinculan el nacimiento de las cortes constitucionales con experiencias sociales traumáticas, como la existencia de violaciones masivas a los derechos humanos cometidas por regímenes autoritarios[2]. Complementando lo anterior, también se ha sostenido que las cortes constitucionales son creadas como parte de una suerte de "nuevo comienzo" (*new beginning*) que sociedades buscan para dejar atrás una experiencia autoritaria[3]. También, se ha sostenido que estas cortes pueden formar parte de un esfuerzo por prevenir abusos[4], y que su empoderamiento se explicaría por su rol respecto de la protección de los derechos. Así, por ejemplo, se ha sostenido que, una vez creadas, estas cortes pueden fortalecerse a través de la resolución de casos que involucran desacuerdos morales sobre derechos fundamentales[5]. En la medida en que las cortes resuelven esos desacuerdos morales, van encontrando espacios para hacer valer su autoridad dentro del sistema constitucional, convirtiéndose en actores relevantes que pueden construir una narrativa legitimadora sobre la base de los derechos que protegen. Otros autores van más allá, y sostienen que el empoderamiento puede estar asociado a la existencia de litigios impulsados por sofisticadas y organizadas redes jurídico-sociales[6]. Sin perjuicio de que estas teorías que asocian la creación y el poder de las

[2] Ferejohn y Pasquino (2004) pp. 1671 - 1674
[3] Ackerman (1997) p. 771
[4] Cappelletti (1985) pp. 1-6
[5] Sadurski (2009) p. 500; Sadurski (2008)
[6] Ver, por ejemplo, Epp (1998)

cortes con los derechos, puedan explicar la creación y desarrollo de las cortes en otros países, ellas son difícilmente aplicables al TC de 1970. Como veremos, la creación y el funcionamiento de dicho TC se relacionaba más con la necesidad de corregir defectos del proceso legislativo que con la protección de derechos fundamentales. Además, el TC de esa época no desarrolló una jurisprudencia que tuviera a los derechos fundamentales en su centro.

Otros autores han vinculado la creación de las cortes constitucionales a la tradición legal. Así, los países que siguen la tradición del derecho continental europeo parecen ser más propensos a crear cortes centralizadas[7] y a rechazar el modelo descentralizado estadounidense.[8] Aunque estas teorías pueden ser parcialmente consistentes con la práctica chilena (para el TC de 1970, pero no para el recurso de inaplicabilidad creado el año 1925), ellas no logran explicar las razones por las cuales se desarrolla la voluntad política necesaria capaz de convencer a los constituyentes de dar vida a dichos tribunales y de respetar sus sentencias. Así, estas teorías parecen asociarse más con la elección del tipo de control constitucional que se crea, que con las causas previas que determinan que un tribunal sea creado o empoderado. También, existe evidencia que sugiere que las élites académicas son capaces de promover la creación de instituciones de revisión judicial con éxito[9], cuestión que, como veremos, parece haber incidido, a lo menos parcialmente, en la práctica chilena

La creación de una corte también puede depender de la existencia de un sistema de separación de poderes que estimule la competencia entre dichos instituciones o fuerzas políticas rivales. En estas condiciones, los actores tienen incentivos para crear y mantener un árbitro institucional que pueda ayudar a canalizar el conflicto por una vía jurídica y pacífica, reduciendo los costos de dicho conflicto[10]. Ello puede tener para los conflictos posibles entre instituciones (por ej., Presidente vs Congreso) o entre las fuerzas políticas que integran dichas instituciones (por ej., coalición de gobierno vs minoría parlamentaria). Aunque la teoría de la separación de poderes suele asociarse más a sistemas presidenciales o semi-presidenciales, es importante considerar que ella también puede tener lugar en aquellos modelos parlamentarios que ofrecen dinámicas de conflicto[11]. Lo que caracteriza a esta tesis, en definitiva, es la necesidad de resolver conflictos.

[7] Tushnet (2014) p. 51

[8] Schor (2008) p. 535; Stone Sweet (2003) p. 2744

[9] Garlicki (2009) pp. 13–39, 15; Parau (2013) p. 267

[10] En líneas similares, estas ideas han sido desarrolladas por Shapiro (1999) p. 193; Shapiro (2003) p. 7

[11] Gardbaum (2014) pp. 613–640 .

Una vez creado el tribunal, dicho tribunal podría convertirse en un actor relevante al arbitrar los conflictos que se presenten. Dependiendo de la manera como los conflictos tengan lugar, un tribunal estratégico siempre podría encontrar a una parte vencedora que lo respalde. En un sistema democrático que tenga alternancia en el poder, adjudicar conflictos en favor de distintos sectores, puede ayudar a que la autoridad del tribunal vaya creciendo gracias a una suerte de "doble seguro"[12]. Formulada de esta manera, la teoría de la separación de poderes podría explicar las condiciones necesarias para el empoderamiento de dicha corte. La teoría de la separación de poderes puede, sin embargo, fallar[13]. Aunque dicha teoría parece ser una condición suficiente para explicar el desarrollo del control constitucional, ella no siempre es una condición necesaria[14]. Aunque identificar dichas condiciones en términos universales puede estar "fuera de nuestro alcance"[15], como lo explicaré más adelante, esta teoría puede servir para explicar el nacimiento del TC y la reforma de 1970, pero no el declive del TC.

Siguiendo una línea de pensamiento complementaria a la teoría de la separación de poderes, algunos académicos sostienen que lo que estimula la existencia y relevancia del control constitucional de la ley, es la competencia política. Ramseyer, por ejemplo, observa a Japón y a EE.UU. para explicar que es más probable que el control constitucional exista cuando políticos rivales esperan que las elecciones futuras continúen de forma indefinida[16], en tanto ellos esperan que dicha competencia se mantenga en el tiempo. De manera similar, Stephenson sugiere que las cortes constitucionales son más independientes cuando políticos de partidos opuestos se imponen restricciones mutuas[17]. En otras palabras, la fragmentación política y la competencia electoral hace más probable que los jueces puedan ejercer y expandir sus poderes de control porque ellos tendrán más oportunidades de arbitrar controversias entre diferentes facciones sin el riesgo de reacciones desfavorables por parte de organizaciones políticas hegemónicas. Este tipo de reflexión parece ser popular en el análisis económico de las constituciones[18].

Posiblemente la más popular de las explicaciones contemporáneas del *judicial review*, asociadas también a la idea de competencia política, es la *teoría del seguro* ("insurance theory"), impulsada originalmente por Tom

[12] Dixon y Ginsburg (2018) pp. 988–1012
[13] Shapiro (2013) pp. 380-382
[14] Shapiro (2013) p. 395
[15] Shapiro (2013) p. 397
[16] Ramseyer (1994) p. 721
[17] Stephenson (2003) p. 59
[18] Cooter (2000) pp. 195–198; Mueller (1996) pp. 279–296

Ginsburg observando algunos países en Asia. Dicha teoría, complementaria a la tesis de la competencia política y a la teoría de la separación de poderes, sostiene que las cortes constitucionales son creadas para asegurar la existencia e influencia de constituyentes que creen que perder elecciones futuras[19] o a otro tipo de riesgos políticos[20]. La explicación causal, para la formulación original de esta teoría, es la incertidumbre electoral. A diferencia de Ramseyer, quien valora la existencia de elecciones periódicas y continuas, Ginsburg sostiene que la incertidumbre acerca de quién ganará las elecciones, es lo que determina que constituyentes tengan incentivos para crear cortes constitucionales que vayan a proteger los derechos de las minorías políticas derrotadas en las elecciones. En otras palabras, ya que los constituyentes no tienen seguridad respecto del resultado de los procesos electorales futuros, ellos crean cortes constitucionales a modo de *seguro* en caso de que pierdan las elecciones. Este seguro haría más costoso que los ganadores electorales puedan dañar a los derrotados[21]. Pese a que la teoría del seguro parece una explicación plausible para ciertos países[22], algunos trabajos muestran que ella no es universal[23]. Aunque existen otros trabajos cuantitativos que defienden el valor explicativo de esta teoría[24], este tipo de investigaciones tiene limitaciones metodológicas importantes que no son capaces de sustituir estudios cualitativos de casos[25]. Así, por ejemplo, un estudio del proceso constituyente boliviano muestra que el *seguro* puede tener lugar incluso si falta incertidumbre electoral[26], un trabajo que se enfoca en gobiernos autoritarios muestra que este tipo de gobiernos también puede imponer seguros de manera unilateral[27], otro artículo sugiere que las condiciones ideológicas también son relevantes[28], y otro estudio en América Latina muestra que, más allá de las condiciones electorales, lo relevante parece estar en la composición (unilateral o multilateral) del órgano constituyente[29].

[19] Ginsburg, (2002) p. 49; Ginsburg (2003)

[20] Dixon y Ginsburg (2018)

[21] Ver algunas ideas similares en: Pasquino (1998) pp. 38-47; Horowitz (2008) pp. 1213–1228; Ríos-Figueroa y Pozas-Loyo (2010) p. 293

[22] Ginsburg (2002) p. 49; Finkel (2008)

[23] Pasquino y Billi (2009)

[24] Ginsburg y Versteeg (2013) p. 587

[25] Tushnet (2014) pp. 6–7. También, ver Garoupa (2010) pp. 1-5

[26] Verdugo (2019)

[27] Epperly (2013)

[28] Nunes (2010)

[29] Ríos-Figueroa y Pozas-Loyo (2010)

3. El Contexto Político-Institucional del TC de 1970

La Constitución de 1925 buscó establecer un régimen presidencial que pudiera poner término a las prácticas pseudo-parlamentarias que tuvieron lugar en el período previo. Las dinámicas políticas luego de la implementación de la Carta de 1925 el año 1932, se caracterizaron por la distribución del poder en coaliciones que buscaban el control de la presidencia y del Congreso, mientras que la Corte Suprema era políticamente poco relevante[30]. En efecto, aunque dicha Corte poseía formalmente el poder de controlar la ley, desarrolló una jurisprudencia deferente y no usó sus poderes de control de manera significativa.[31] Así, dicha Corte no desarrolló mecanismos idóneos para controlar ni al legislador ni a la Administración del Estado. La "purga" judicial de Ibáñez había debilitado fuertemente al Poder Judicial[32], y la Corte no pareció recuperarse prontamente. Durante varios años, el constitucionalismo chileno consistió en una "legalidad sin cortes"[33], donde la Contraloría General de la República era el principal órgano de control. Esta situación sería diferente luego de que Allende asumiera como Presidente. Durante dicho gobierno, las cortes se vieron reiteradamente forzadas a tomar partido en causas que incidían en planes del gobierno de la Unidad Popular, y muchas veces defendieron posiciones que favorecían a los intereses o doctrinas defendidas por la oposición[34].

Bajo la Carta de 1925, el Presidente era electo por voto directo y tenía un mandato de 6 años no renovables. El Presidente tenía poderes legislativos relevantes, como iniciar y vetar proyectos de ley. Si ningún candidato presidencial recibiere más de la mitad de los votos, una situación posible dentro del sistema multipartidista que existía en esos años, el Congreso debía decidir quién sería Presidente dentro de los dos candidatos que hubiesen obtenido más votos en la elección popular. El Congreso solía favorecer al candidato que tenía la mayor cantidad de votos, como ocurrió, por ejemplo, con las elecciones de 1946, 1952 y 1958. Los miembros del Congreso, por su parte, eran parcialmente electos cada cuatro años mediante un sistema electoral proporcional. Utilizando la herramienta de la acusación constitucional, una mayoría simple del Congreso podía destituir a ciertos funcionarios designados por el Presidente. Si se lograban dos tercios de los votos del Congreso, podría destituir al Presidente.

[30] Bertelsen (1969), Zúñiga (2002), Gómez (2003)
[31] Desarrollo más estas ideas en mi trabajo Verdugo (2021)
[32] De Ramón (1989)
[33] Faúndez (2010) p. 34
[34] Maira (1977) pp. 243-254, Valenzuela (1978) p. 81, Hilbink (2007).

Existían tres coaliciones políticas rivales importantes en esa época, aunque la composición de dichas coaliciones no era estable, y el Congreso carecía de disciplina partidaria. Esto hacía frecuente que el Presidente perdiera control sobre el Congreso, dando lugar a una suerte de *presidencialismo minoritario*. Ello elevaba los costos para conformar coaliciones legislativas que permitieran implementar los programas de gobierno.

Para reformar la Constitución, se requería la mayoría de votos todos los parlamentarios en ejercicio de ambas cámaras, además de una aprobación adicional por parte del Congreso Pleno. El Presidente podía vetar las reforma constitucionales, pero el Congreso podía insistir en su proyecto. En ese caso, el Presidente tendría que elegir entre dos opciones: aprobar la reforma o llamar a plebiscito para que la ciudadanía decida el conflicto. Debido al multipartidismo y al presidencialismo minoritario existente, aprobar reformas constitucionales requería, en la práctica, de acuerdos políticos entre partidos o coaliciones rivales, incluyendo al oficialismo y a parte de la oposición.

Varios académicos han idealizado las credenciales democráticas del sistema político de dicha[35]. Dichos autores suelen observar la existencia de procesos electorales competitivos donde los candidatos perdedores solían aceptar sus derrotas y continuos cambios de mando realizados de manera razonablemente pacífica. Después de que terminaron los gobiernos del Partido Radical—un partido que se fue desplazando a la izquierda y terminó integrando la Unidad Popular a finales de los 1960s—(1938–1952), los presidentes Carlos Ibáñez del Campo (1952–1958), Jorge Alessandri (1958–1964), Eduardo Frei Montalva (1964–1970) y Salvador Allende (1970–1973), gobernaron con el apoyo de coaliciones políticas diferentes. En otras palabras, la alternancia en el poder era frecuente. Por supuesto, aunque es efectivo que el sistema democrático chileno era razonablemente competitivo, ello no significa que haya estado exento de polarización. La polarización que se observaba condujo a situaciones difícilmente aceptables para una democracia saludable. Entre ellas, se cuenta el retorno al poder del ex dictador Carlos Ibáñez del Campo (1952-1958), y la aprobación de la "Ley de Defensa Permanente de la Democracia" (Ley Nº 8987, de 1948), impulsada bajo el gobierno de Gabriel González Videla, que dañó seriamente derechos políticos esenciales en una democracia.

Al final de su periodo, el Presidente Frei Montalva (de la Democracia Cristiana) promovió la aprobación de la reforma constitucional de 1970 (aprobada por la Ley N° 17.284). Dicha reforma creó al TC que comenzó

[35] Ver, por ejemplo, la descripción de Faúndez (2010) p. 34

a operar bajo la administración de la Unidad Popular. El relato político de Allende, el líder de la Unidad Popular, buscaba reconciliar el marxismo con la democracia e iniciar un camino pacífico hacia el socialismo. A pesar de ello, durante su gobierno los niveles de violencia y polarización crecieron. Allende ganó las elecciones contra Alessandri y Radomiro Tomic (PDC), los que obtuvieron 35,27% y 28,11%, respectivamente. Allende intentó implementar su programa transformando las instituciones sociales y políticas de la época, pese a no poseer una mayoría parlamentaria que lo respaldara.

Como Allende solo había recibido el 36,61% de los votos, el resultado final de la elección presidencial fue decidido por el Congreso. El Partido Nacional (PN) apoyó la nominación de Jorge Alessandri (el principal competidor de Allende), la UP respaldó a Allende, y el PDC se mantuvo indecisa en un comienzo. Alessandri prometió a los legisladores del PDC que, de ser electo, renunciaría a la presidencia y llamaría a nuevas elecciones, dándole al ex Presidente Frei la oportunidad de presentarse otra vez[36]. A pesar de esta oferta, el PDC se inclinó por votar por Allende. Aunque la posición del PDC puede ser difícil de comprender, su decisión se puede justificar en la supuesta necesidad de honrar la tradición por cual el candidato con más votos debía ser Presidente. A cambio del apoyo del PDC, Allende habría aceptado aprobar una modificación constitucional asegurando algunos derechos considerados elementales para la oposición. Al ser elegido con poco más de un tercio de los votos, y no tener mayoría en el Congreso, el gobierno de Allende enfrentaría problemas de legitimidad importantes[37].

El Gobierno de la UP fue muy polarizado. Muchos eventos violentos, como el asesinato del general René Schneider—quien dirigía las fuerzas armadas y había prometido neutralidad militar para el gobierno de Allende[38]—, amenazaban la estabilidad del país. Además, Estados Unidos, liderado por el Presidente Richard Nixon y utilizando los medios de la C*entral Intelligence Agency* (CIA), habría intervenido el país en múltiples ocasiones para promover la desestabilización del gobierno de la UP[39]. Mientras tanto, Allende estrechaba lazos diplomáticos con Estados gobernados por partidos socialistas o comunistas, y algunos grupos violentos de izquierda intentaban radicalizar el programa de la UP e imponer sus posiciones. Sin perjuicio de eso, Allende fue incapaz de moderar las divisiones internas de la UP[40].

[36] Sigmund (1977) p. 111; Corvalán (2003) p. 114
[37] Tapia (1977) p. 43
[38] Tomic (1977) pp. 215-224
[39] Tomic (1977) pp. 240–243, Sigmund (1977) pp. 103–105
[40] Tapia (1977) pp. 52–53

Allende no controlaba instituciones cruciales como la Contraloría o el Congreso. En un principio, la UP buscó un entendimiento con el PDC en torno a su agenda económica socialista[41]. No obstante, luego del homicidio de uno de los líderes de dicho partido en manos de una organización de izquierda[42] (entre otras razones), el PDC se volvió hostil con el gobierno de Allende. La oposición, compuesta por la derecha y el PDC, tenía los votos para impedir reformas cruciales del programa de Allende, y poseía la mayoría requerida para acusar a algunos funcionarios relevantes de su gobierno, incluyendo a ministros de Estado e intendentes.

Al carecer de mayoría en el Congreso, Allende implementó su agenda exacerbando los poderes regulatorios presidenciales[43], utilizando los denominados "resquicios legales"[44] y beneficiándose de una fuerte movilización política y social que serviría para presionar por la imposición del programa de la UP[45]. Entre otras medidas que produjeron alta resistencia en la oposición, Allende expandió la reforma agraria, redistribuyó tierras, expropió industrias y nacionalizó el cobre. También, la UP tuvo la ambición de reemplazar la constitución,[46] sustituir al Congreso por una asamblea popular[47] y crear un sistema monopartidista[48]. Además, en un esfuerzo por terminar con la creciente violencia, Allende designó a oficiales militares como ministros de Estado[49].

La Cámara de Diputados declaró que la administración de Allende estaba fuera del Estado de Derecho[50], y la Corte Suprema se quejó de que el Poder Ejecutivo había infringido órdenes judiciales y obstruido la labor de la policía[51]. Algunos académicos han argumentado que el Poder Judicial parecía haberse aliado con la oposición[52] desatando una "disputa institucional severa" con el Gobierno[53]. Finalmente, el conflicto terminó con la intervención de los militares. Un golpe de estado encabezado por el General

[41] Corvalán (2003) pp. 103–104

[42] Corvalán (2003) pp. 190–193

[43] Sigmund (1977) pp. 133–134

[44] Aunque rechazó el lenguaje de los resquicios legales, es útil ver el trabajo de Novoa (1978) y Novoa (2007). Eduardo Novoa era un profesor de Derecho y uno de los arquitectos de la estrategia jurídica del gobierno de Allende.

[45] Faúndez (2007) p. 174

[46] Corvalán (2003) pp. 39–63

[47] Tapia (1977) p. 59

[48] Tapia (1977) p. 60.

[49] Bitar (1977), Sigmund (1977) pp. 116 - 123

[50] Acuerdo de la Cámara de Diputados, 23 de Agosto de 1973

[51] Cristi y Ruiz-Tagle (2006) p. 12.

[52] Hilbink (2007) p. 74

[53] Gargarella (2013) p. 128

Pinochet puso fin al experimento socialista, estableció una Junta militar, e inició una dictadura que duraría 17 años.

La mayoría de la literatura histórica de la época, trata al TC de manera breve. Sin perjuicio de la existencia de algunos trabajos aislados, la literatura jurídica también ha prestado poca atención al TC que operó durante la UP. Este vacío es sorprendente, en tanto dicho TC fue la primera corte de tipo centralizada fundada en Chile, y una de las más antiguas de este tipo en Latinoamérica[54]. Además, las lecciones que dejó funcionamiento de dicho TC fueron relevantes para quienes diseñaron al Tribunal Constitucional que se implementaría bajo la Constitución de 1980[55].

Un primer artículo sobre el TC de 1970 fue escrito por Alejandro Silva Bascuñan, quien previamente habría promovido la creación de esta institución[56]. El trabajo de Silva Bascuñán es esencialmente descriptivo, se limita a identificar y explicar las características centrales del TC, y trata algunas de sus sentencias más importantes[57]. En otra obra temprana, también de naturaleza descriptiva, Guillermo Piedrabuena sistematizó la historia legislativa de la reforma de 1970[58] y reprodujo algunos debates parlamentarios relevantes para entender el proceso de creación del TC[59]. El libro de Enrique Silva Cimma, quien presidió dicho TC, es el único que aborda con relativa profundidad las doctrinas judiciales contenidas en las sentencias del TC. En dicho libro, Silva Cimma argumenta que el TC operó como un órgano judicial imparcial que careció de polarización interna[60]. Como veremos más adelante, la defensa de Silva Cimma al TC no da cuenta de las divisiones existentes ni de los conflictos que existieron durante los nombramientos de los ministros. Hay que tener presente que Silva Cimma no solamente fue Presidente del TC, sino

[54] Dentro de los países que han seguido el modelo centralizado de control constitucional, originalmente propuesto por Hans Kelsen, el TC chileno, en conjunto con el de Guatemala (1965), es uno de los más antiguos de América Latina. El Tribunal peruano fue creado originalmente en 1979, la Corte colombiana en 1991, y los tribunales de Ecuador y Bolivia fueron creados en 1994. Otros países de la región tienen otro tipo de modelo, distinto al centralizado. Ver, por ejemplo, los casos de Argentina, Brasil, Venezuela, Costa Rica, México, El Salvador, Honduras, Paraguay, Uruguay, Panamá, y Nicaragua. Ver Nogueira (2000) p. 243, Navia y Ríos-Figueroa (2005) p.189, Frosini y Pregoraro (2008) p. 39

[55] Algunos académicos de fines de los 1970's, promovieron crear un tribunal constitucional que pudiera superar los problemas del TC de 1970. Ver, por ejemplo, Cea (1977) pp. 162-177, Guzmán (1979) pp. 53 - 68. Esta idea también fue influyente durante el proceso de redacción de la Constitución de 1980. Ver Ribera (1987) pp. 77, 86–87.

[56] Silva Bascuñán (1964) p. 105

[57] Silva Bascuñán (1970) p. 199

[58] Piedrabuena (1970)

[59] Piedrabuena (1970) p. 115

[60] Silva Cimma (2008) p. 159

que también era miembro del Partido Radical (que era parte de la UP) y sus opiniones solían ser funcionales a la agenda de la UP.[61]

El resto de los estudios jurídicos relevantes de la época suelen describir algunos aspectos ya incluidos en estos tres trabajos ya citados[62]. Otros trabajos más recientes tratan brevemente al TC como tema secundario[63], o se enfocan en asuntos doctrinales acotados[64]. Complementando esta literatura, la investigación histórica y los libros escritos por políticos ayudan a entender el contexto de los casos decididos por el TC[65].

4. La Reforma Constitucional de 1970

¿Por qué fue los constituyentes de 1970 crearon al TC? ¿Qué problemas estaban intentando solucionar? ¿Cuáles eran sus motivaciones políticas o institucionales?

La explicación más común en la literatura se basa en gran parte en el trabajo de Alejandro Silva Bascuñán[66], y sugiere que el TC fue diseñado para resolver disputas legislativas entre el Congreso y el Presidente[67]. Antes del año 1970, Chile había carecido de un árbitro institucional que pudiera mediar y resolver este tipo de conflictos[68], ya que la Corte Suprema había evitado asumir dicho rol[69]. Así, por ejemplo, la Corte había desarrollado doctrinas que le impedían corregir los vicios de forma de los proyectos de ley aprobados, revisar la constitucionalidad de los decretos leyes y decretos con fuerza de ley, y corregir aquellas leyes que, durante su tramitación, habían infringido las potestades legislativas del Presidente de la República[70]. Además, la Corte fracasó en su misión de proteger los derechos fundamentales frente a la Administra-

[61] Novoa (1978) p. 48

[62] Lagos (1970) p. 53, Andrade (1971), Zúñiga (2002) pp. 39–59

[63] Tapia (1977), Maira (1977), Novoa (1978), Ribera (1987) pp. 86–87, Navia (1999), Hilbink (2007), Couso (2011) p. 89, Mac-Clure (2011) p. 274, Meléndez (2017).

[64] Fermandois y García (2009) p. 281

[65] Utilizaré, en especial, los trabajos de Sigmund (1977), Faúndez (2010), Faúndez (1988), Boeninger (1997), Corvalán (2003).

[66] Silva Bascuñán (1970) p. 201

[67] Silva Cimma (2008) p. 157, Cea (2001) p. 107-112, Ríos (2005) pp. 627-630 Couso (2011) p. 1529

[68] Letelier (2007) pp. 539-552, Peña (2011) p. 58; Mac-Clure (2011) p. 195, Figueroa (2013) pp. 387- 396

[69] Ribera (1987) pp. 85–86, Friedler (2000) pp. 321 -330. También, ver Ribera (1984) pp. 339-340

[70] Todas estas materias las desarrollo con mayor profundidad en otro trabajo. Ver Verdugo (2021)

ción del Estado e, incluso, había declarado la constitucionalidad de la denominada "Ley Maldita" (la "Ley de Defensa Permanente de la Democracia").

Varios profesores de Derecho habían sugerido crear un tribunal constitucional para llenar el vacío dejado por la Corte Suprema[71]. Con ello, los académicos seguían la tendencia europeo-continental de la postguerra, que promovía el modelo centralizado de justicia constitucional por sobre el modelo norteamericano. Aunque dicho modelo estaba parcialmente inspirado en la propuesta de Hans Kelsen, es importante tener presente que los tribunales constitucionales europeos de la post-guerra, a diferencia del modelo kelseniano, buscaron proteger derechos fundamentales.[72] Si bien no es claro quién fue el primer chileno en proponer esta idea[73], varios constitucionalistas apoyaron la propuesta o elaboraron otras similares, como puede observarse en las actas de las Jornadas de Derecho Público que tuvieron lugar en la Universidad de Concepción en 1964[74]. Los académicos de ese entonces observaron algunas jurisdicciones europeas como modelo, entre las que se encontraban el *Conseil* francés y el Tribunal Constitucional italiano[75].

Estas propuestas académicas eran consistentes con otras ideas promovidas por algunos presidentes chilenos de esa época, quienes se habían quejado de los problemas legislativos que se suscitaban por el presidencialismo minoritario y las prácticas parlamentarias. Así, dichos presidentes promovieron la creación de un árbitro institucional que pudiera defender sus facultades legislativas frente al Congreso[76]. Siguiendo esta línea, por ejemplo, en 1964 el Presidente Alessandri sugirió fortalecer a la Corte Suprema[77]. Dicha idea ya existía en la academia[78], y había sido promovida por otros políticos en los años 1950s[79]. En 1965, el Presidente Frei presentó sin éxito un proyecto para establecer un tribunal constitucional[80]. Poco antes de terminar su periodo presidencial, Frei volvió a insistir e impulsó un proyecto de reforma

[71] Silva Bascuñán (1970) pp. 105–106

[72] Kelsen rechazaba esta función de los tribunales. En su propuesta, los tribunales constitucionales deberían resolver cuestiones de tipo orgánica. Ver, entre otros, Kelsen (1928)

[73] Existen antecedentes que sugieren que Francisco Cumplido habría sugerido la idea antes que Alejandro Silva Bascuñán. Zúñiga (2002) p. 40, Ríos (2005) pp. 627–628, Navarro (2011) p. 28. No obstante, la autoría parece controvertida.

[74] Ver un resumen de la conferencia en *Crónica*: *Terceras Jornadas Chilenas de Derecho Público* (1965) pp. 113-114. También, ver Guzmán (1979) pp. 238-242

[75] Silva Bascuñán (1970) pp. 105–106

[76] Evans (1973) p. 64

[77] Carrasco y Morrison (1979) pp. 149, 152–153

[78] Hales (1964) pp.192–193

[79] Navarro (2010) pp. 1231-1239, Zúñiga (2002) p. 40

[80] Ribera (1987) p. 85, Couso (2011) p. 1528.

constitucional que buscaba fortalecer los poderes legislativos del Presidente. Dentro de este proyecto, se incluía la creación de un tribunal constitucional cercano al modelo kelseniano. La reforma constitucional del Presidente Frei fue publicada el año 1970.

Además de resolver disputas específicas entre el Congreso y el Presidente, existe un cierto consenso en la literatura respecto de la expectativa que los constituyentes poseían respecto del rol que debía desempeñar el TC. Ellos esperaba que el TC pudiera defender los poderes legislativos del Presidente frente a algunas prácticas parlamentarias que los amenazaban[81]. Así, y como sostiene un autor, el TC debía convertirse en una suerte de "perro guardián" del legislador[82]. Algunos académicos indican que el C*onseil Constitutionnel* francés fue usado como modelo[83]. Ello es posible, en tanto el C*onseil* también tiene controles preventivos para revisar los proyectos de ley antes de que ellos entren en vigencia. Asimismo, el C*onseil* también fue diseñado en 1958 para proteger los poderes del Presidente frente al parlamento francés[84]. Sin perjuicio de ello, las importantes diferencias de diseño entre el TC de 1970 y el C*onseil*, hacen poco plausible que el C*onseil* fuera el modelo seguido por los constituyentes. El sistema de nombramientos era distinto, las formas en que los controles podían activarse eran diferentes, y en esa época no existió en Chile el sistema de control de las leyes orgánicas que el constituyente de 1980 implementaría siguiendo parcialmente el modelo francés. Además, el control preventivo activado por una minoría legislativa fue recién introducido en Francia el año 1974, cuatro años después de que la reforma constitucional chilena de 1970 implementara esta manera de activar el control preventivo. De esto no se sigue, por supuesto, que el modelo francés careciera de influencia entre los académicos chilenos. No obstante, la evidencia sugiere que, al menos, la influencia del sistema francés (de ser cierta) fue menos relevante de lo que los autores citados asumen.

Otro autor afirma que la creación del TC fue parte de la expansión global del control constitucional de la ley (el *judicial review*)[85], un fenómeno ampliamente reconocido en mundo[86]. Sin embargo, este tipo de argumentos que identifican tendencias globales, aunque pueden ser correctos, no son úti-

[81] Silva Cimma (2008) pp. 159–160; Zúñiga (2002) p. 52, Couso (2011) p. 1529

[82] Zúñiga (2002) p. 55

[83] Couso (2011) p. 1528, Figueroa (2013) pp. 396–397, Couso (2013) p. 122. También, ver Meléndez (2017)

[84] Stone Sweet (2003) pp. 46–50

[85] Mac-Clure (2011) p. 191

[86] Tate y Vallinder (1995)

les para identificar las razones que hicieron nacer la voluntad política tanto del Presidente Frei como de la derecha, para dar vida al TC.

Es posible sostener que los académicos locales fueron relevantes para la creación del tribunal constitucional, en tanto los constituyentes estaban intentando solucionar problemas que ya habían sido tratados en la literatura[87]. A ello, podría agregarse que algunas características del TC eran similares a las sugeridas por los académicos. No obstante, si bien estos hechos pueden ser útiles para entender mejor el modelo de tribunal elegido, ellos son insuficientes para explicar la causa de dicha voluntad política. Esta causa, como desarrollaré en los apartados que siguen, se asocia más a las dinámicas políticas existentes en la época que en razones académicas.

4.1. La Justificación de la Reforma de 1970

El *Mensaje* de Eduardo Frei Montalva sostenía que los propósitos del proyecto de reforma constitucional eran: establecer mecanismos de resolución de conflictos políticos, acelerar procedimientos legislativos y dar al Presidente control sobre la planificación económica[88]. Entre las herramientas de resolución de conflictos, el proyecto consideraba la creación de un tribunal constitucional[89]. El *Mensaje* también mencionaba los problemas existentes en el proceso legislativo, los cuales estaban generando una legislación defectuosa y desorganizada. El Presidente era responsable por asuntos que involucraran ingresos y gastos públicos, pero solía perder el control de dichos asunto cuando se enfrentaba a un Congreso hostil. La reforma de 1970 fortaleció la facultad presidencial de iniciar exclusivamente algunos proyectos de ley y la regla de las "ideas matrices", que protegía dichos proyectos contra indicaciones que pudieran desnaturalizarlos. Así, el proyecto buscaba controlar el problema de las denominadas "leyes misceláneas" y elevó los costos de una práctica parlamentaria estimada como negativa: la obtención de votos parlamentarios a cambio de la incorporación de normas no relacionadas que beneficiaran los intereses de parlamentarios individuales (*logrolling*). Con la reforma de 1970, los legisladores perdieron influencia en el proceso legislativo, aunque mantuvieron un poder de veto[90]. Debido a que los legisladores podrían infringir estas nuevas normas, y considerando que la Corte Suprema no había asumido un rol de árbitro del proceso legislativo, la reforma estableció un

[87] Ribera (1984) p. 340

[88] Ver "Mensaje del Presidente Frei" en Historia de la Ley Nº 17.284. Modifica la Constitución Política del Estado, 14 de abril de 1970

[89] Piedrabuena (1970) pp. 66

[90] Maira (1977) p. 259

nuevo tribunal llamado a resolver los conflictos legislativos y proteger las potestades presidenciales[91]. El Presidente Frei reiteró estas razones en otros documentos y discursos[92], y también en un ensayo de su autoría[93].

Durante la tramitación de la reforma de 1970, los legisladores que apoyaban la reforma constitucional entendieron que el proyecto beneficiaba al Presidente[94]. Incluso senadores de partidos rivales como Francisco Bulnes (PN) y Rafael Gumucio (UP) estuvieron de acuerdo en que la reforma de 1970 fortalecía y beneficiaba al Presidente[95].

La reforma de 1970 no limitaba la autoridad del TC a cuestiones de naturaleza orgánica, por lo que el TC podría, en teoría, tener la posibilidad de proteger derechos fundamentales cuando revisara proyectos de ley. No obstante, ni los constituyentes esperaron que el TC se convirtiera en un protector de derechos fundamentales (no era parte de los objetivos de la reforma), ni el TC desarrolló una jurisprudencia de derechos. Esto hizo que el TC fuera distinto a los tribunales europeos de la postguerra, en tanto dichos tribunales se encontraban desarrollando doctrinas que fortalecían la protección de los derechos y varios de ellos habían sido creados precisamente para asegurar que las importantes violaciones a los derechos humanos del pasado no se volverían a cometer[96], tal vez con la excepción del C*onseil* francés, creado en 1958 para proteger el nuevo modelo semipresidencial de la V República[97]. Si la función del TC chileno de 1970 pudo parecerse a la del C*ounseil* francés, solo lo fue hasta el año 1971, año en el cual el C*ounseil* comenzó a desarrollar una jurisprudencia de derechos[98]. Además, hay que tener presente que el diseño del TC de 1970 impedía a particulares a presentar acciones protectoras de derechos, y solo los legisladores y el Presidente podían presentar requerimientos. Como dichos requerimientos solo

[91] Cumplido (1970) pp. 179-180

[92] Algunos de esos documentos están reproducidos en Silva Bascuñán (1970) p. 220, Piedrabuena (1970) pp. 141–152

[93] Frei (1970) p. 19

[94] Historia de la Ley N° 17.284, Modifica la Constitución Política del Estado, p. 281

[95] Ver sus intervenciones en Sesión 11, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, 848–851 (1971)

[96] Como los dicen dos autores revisando la literatura: "According to the common narrative, it was the experience of the war and totalitarian regimes which led people to lose their faith in the legislature and in unconstrained parliaments parliaments. This loss of faith paved the way to the endorsement of judicial review as a balancing and checking mechanism on the power of elected officials. (…) Human rights became a central feature in the introduction of new constitutions in this process." Weiler y Lustig (2018) pp. 322-323.

[97] Ver, por ejemplo, Morton (1991) p. 134-136, Bell (1992) pp. 19–20, Stone (1992) pp. 46–57, Provine (1996) p. 184, Pasquino (2009) pp. 106–7, Ponthoreau y Hourquebie (2009) p. 84, Boyron (2013) p. 37,

[98] Boyron (2013) p. 39, Ponthoreau and Hourquebie (2009) p. 83

podían impugnar proyectos de ley (y no leyes vigentes), era esperable que el TC recibiera causas que tuvieran una connotación política[99].

4.2. Los Incentivos Electorales y la Discusión Legislativa de la Reforma de 1970

Del hecho que los constituyentes quisieran llenar el vacío dejado por la Corte Suprema y crear un tribunal constitucional que pudiera proteger los poderes legislativos del Presidente de la República frente al Congreso, no se infiere (por sí solo) un mecanismo causal que pudiera explicar la voluntad política existente para aprobar la reforma. Después de todo, el Presidente Frei estaba finalizando su gobierno y las posibilidades del PDC de permanecer en el Ejecutivo eran inciertas. ¿A quién beneficiaba la reforma de 1970? ¿Por qué la derecha apoyó el proyecto de Frei?

Una respuesta existente en la literatura sugiere que tanto la derecha como el PDC habrían creado al tribunal para limitar al futuro gobierno de Allende[100]. No obstante, esta explicación no es consistente con el hecho de que la UP se opuso a la creación del TC. ¿Por qué la UP se opuso a la creación de un tribunal que podría beneficiar a su gobierno? En los párrafos que siguen, ofreceré una explicación alternativa.

Mientras los partidarios de la reforma de 1970 (incluyendo a miembros del PDC y de la derecha) fueron consistentes con los argumentos del *Mensaje* durante los debates legislativos, los legisladores de la UP—con la excepción de unos pocos senadores del Partido Radical—argumentaron en contra de la creación de un tribunal constitucional. Hay dos perspectivas para posibles para entender este rechazo. La primera está basada en los argumentos que los legisladores dieron durante los debates legislativos. La segunda vincula dichos argumentos a los incentivos político-electorales de la época.

Durante los debates legislativos, los parlamentarios de la UP invocaron razones asociadas a la pérdida del poder del Congreso: Luis Enrique Tejeda (del Partido Comunista) afirmó que la creación de un tribunal constitucional no beneficiaría al país y que los legisladores terminarían renunciando a parte de sus poderes[101]. Orlando Millas (también del Partido Comunista) argumentó que la creación de un tribunal constitucional podría dificultar las transformaciones que Chile necesitaba, y promovió en su lugar un pro-

[99] La literatura suele asociar la existencia de controles preventivos con la judicialización del proceso legislativo. Ver, por ejemplo, Garoupa (2010) p. 9

[100] Entre otros que han sostenido esta posición, ver, por ejemplo, Navia (1999) p. 19

[101] Sesión 30, Cámara de Diputados, 1969

ceso legislativo más eficiente mediante el establecimiento de un Congreso unicameral[102]. Carlos Altamirano (senador socialista) manifestó que el tribunal representaría los intereses del Presidente y de la Corte Suprema, y que restringiría los poderes del Congreso[103]. El senador Luis Fernando Luengo observó que el tribunal podría beneficiar al Presidente y poner al Congreso "de rodillas"[104]. Volodia Teitelboim (parlamentario comunista) indicó que dicho tribunal sería un mito incapaz de asegurar imparcialidad[105].

Después de que la reforma de 1970 fue aprobada, los debates tendrían lugar a propósito de los nombramientos de los jueces. Durante dichas discusiones, el senador de la UP, Tomás Chadwick, sostuvo que el TC no tendría un verdadero carácter judicial[106], y Teitelboim agregó que sería imposible que el TC no actuara de manera política[107].

¿Por qué a los parlamentarios de la UP les preocupaba que el TC pudiera reducir la influencia legislativa del Congreso y proteger los poderes legislativos del Presidente? Probablemente porque no esperaban que Allende ganase las elecciones presidenciales. Si esto es correcto, entonces el TC podría haber sido creado porque la mayoría de los legisladores, independientemente de sus afiliaciones políticas, creían que Allende iba a perder las elecciones, siendo Alessandri el candidato con mayores posibilidades. Como los parlamentarios de la UP esperaban ser oposición, mantener sus facultades legislativas y fiscalizadoras en el Congreso era importante para sus intereses.

Esta explicación es consistente con la idea de que la reforma de 1970 buscaba favorecer al Presidente que sucedería a Frei. Cuando los constituyentes discutieron la reforma de 1970, los candidatos respectivos todavía no estaban plenamente confirmados. La prensa y la opinión pública no prestaron mucha atención a los debates de la reforma, ya que una insurrección militar no relacionada, conocida como *Tacnazno*, dominó la agenda noticiosa de la época[108]. Luego de este evento, la atención de la prensa se concentró más en los candidatos presidenciales que en la reforma impulsada por Frei. Si asumimos que los legisladores actúan de manera racional, motivados por maximizar sus posiciones de poder, entonces es plausible sostener que los parlamentarios deberían haber votado de una manera beneficiosa para las posiciones futuras que esperaban ocupar en el futuro. Por ello, sus predic-

[102] Historia de la Ley N° 17.284, Modifica la Constitución Política. P. 47–48
[103] Mac-Clure (2011) pp. 196
[104] Andrade (1971) p. 604
[105] Andrade (1971) p. 604
[106] Sesión 11, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, 1971, p. 858
[107] Sesión 13, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, 1971, p. 961
[108] Sigmund (1977) p. 87.

ciones electorales eran probablemente determinantes para comprender la voluntad política existente. Así, si creían que su candidato preferido sería electo Presidente, entonces ellos habrían tenido un fuerte incentivo para apoyar la reforma. Si, por otro lado, hubieran pensado que su candidato preferido iba a perder, ellos tendrían un incentivo para rechazarla.

Las predicciones electorales dominantes de la época estaban equivocadas. Casi todas las encuestas se enfocaron casi por completo en los votantes de Santiago, donde Alessandri tenía ventajas sobre los otros candidatos[109]. Como resultado, los legisladores del PN estaban "felices de apoyar" la reforma de Frei[110] y los legisladores de la UP rechazaron dicha reforma[111]. Varios no estimaban que Allende fuera un candidato suficientemente competitivo, en tanto Allende apenas había logrado la nominación de la UP[112]. Así, la victoria de Allende, al tiempo de aprobación de la reforma, no era predecible.

Luego del triunfo presidencial de Allende, y durante los debates sobre las designaciones de los ministros al TC, el senador Teitelboim reconoció que el Congreso no había anticipado que Allende ganaría las elecciones[113]. Además, agregó que, aunque los parlamentarios de la UP habían originalmente votado en contra de la creación del TC, ellos ahora tenían el deber de apoyar a los ministros propuestos por Allende[114].

Las predicciones políticas también podrían explicar por qué los legisladores del PN y del PDC, habiendo apoyado la creación del TC, terminaron criticando dicho tribunal cuando algunas sentencias los desfavorecieron. Así, una mala predicción electoral habría influido en la creación de un TC que terminaría dañando parcialmente los intereses de quienes originalmente le dieron vida.

4.3. El Diseño Institucional del TC

De acuerdo con el Capítulo VI de la Constitución de 1925—Artículos 78 a), 78 b) y 78 c)—aprobado por la reforma constitucional de 1970, el diseño del TC combinó el nombramiento de ministros con experiencia judicial y ministros nombrados por el Presidente con acuerdo del Senado. Los jueces

[109] Las encuestas de Eduardo Hamuy, o de CEDOP (la empresa encuestadora de Hamuy), de mayo, julio y agosto de 1970, consistentemente mostraron que Alessandri ganaría la elección. Ver un resumen de estas encuestas y otras en el trabajo Navia y Osorio (2015) pp. 117, 124–126.

[110] Sigmund (1977) p. 88.

[111] Sigmund (1977) p. 88, Valenzuela (1978) p. 37, Mac-Clure (2011) p. 196

[112] Tapia (1977) p. 43

[113] Sesión 13, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, 1971, p. 962

[114] Sesión 13, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, 1971, p. 963

constitucionales debían ser elegidos por un periodo de cuatro años renovables. Dicho período era más breve que la duración del mandato presidencial. Este diseño, sumado a la publicidad de los votos judiciales que se emitan, permitió que las autoridades que nombrasen a los ministros pudieran, si así lo quisieran, utilizar la herramienta de la renovación para castigar o recompensar a aquellos ministros que votaren en contra o a favor de sus intereses. Así, este diseño hacía que la independencia formal del TC fuera débil.

El TC estaba compuesto por cinco miembros y no era parte del Poder Judicial. El propósito explícito del tribunal era aplicar la Constitución a las controversias suscitadas por requerimientos presentados. La jurisdicción del tribunal estaba restringida a los poderes enumerados por la reforma constitucional. Solo el Presidente, la Cámara de Diputados, el Senado o un tercio de cualquiera de las cámaras, podían presentar dichos requerimientos. El Presidente nombraba, con el acuerdo del Senado, a tres ministros. La Corte Suprema elegía a los otros dos ministros de entre sus propios miembros. Los ministros nombrados por la Corte Suprema eran jueces de carrera, mientras que los nombrados por el Presidente debían ser abogados con un mínimo de doce años de ejercicio profesional y carecer de los impedimentos para ser juez. Uno de los tres ministros propuestos por el Presidente debía, además, haber sido titular, durante diez años, de una cátedra de Derecho Administrativo o Derecho Constitucional.

A pesar del hecho de que los ministros propuestos por el Presidente eran mayoría, y que el TC era un instrumento para proteger los poderes legislativos del Presidente, varios legisladores parecían esperar que el TC actuara de una manera más parecida a un tribunal imparcial de naturaleza judicial. Dentro de los debates de la reforma de 1970, algunos defendieron este enfoque legalista, mientras que otros reconocieron los incentivos políticos inherentes en su diseño. Atendido el diseño del TC, un autor sostiene que dicho tribunal era una institución "intermedia" o mixta[115], mientras que otros argumentaron que era más conveniente asegurar una "mayoría judicial" de ministros por sobre una "mayoría política"[116].

El diseño final del TC estuvo influenciado por una propuesta de Anselmo Sule, senador del Partido Radical. Aunque el Partido Radical era parte de la UP, y la UP se opuso a la creación del TC, algunos radicales en el Senado aceptaron negociar con la derecha y el PDC. Así, la propuesta de Anselmo Sule, quien promovió una opción intermedia, fue escuchada. Para Sule, había que mantener la "mayoría política" de ministros, pero solicitar que uno de los jueces propuestos por el Presidente, tuviera una formación aca-

[115] Andrade (1971) p. 588

[116] Historia de la Ley N° 17.284, Modifica la Constitución Política de Chile p. 362

démica destacada. Así, se esperaba que este académico pudiera aliarse con la "minoría judicial" para producir una suerte de mayoría *legal*[117]. El ministro propuesto por Allende, que cumplía con este requisito, era Enrique Silva Cimma, un político y profesor de Derecho Administrativo que también era miembro del Partido Radical.

La idea de que los jueces de la Corte Suprema unieran fuerzas con un académico para formar una mayoría *legal* contra una minoría *política* demostró ser ingenua en la práctica, como se verá en los apartados siguientes.

5. Los Ministros del TC

Una breve revisión de los antecedentes y nombramientos de los ministros sugiere que el TC estaba dividido en dos grupos: por un lado, tres jueces que, siendo cercanos al gobierno de la UP, tenían credenciales académicas (Adolfo Veloso, Enrique Silva Cimma y Jacobo Schaulsohn); y, por el otro lado, dos ministros nombrados por la Corte Suprema que poseían una carrera judicial previa y solían asociarse o defender posiciones más conservadoras (Ramiro Méndez y Rafael Retamal). El ministro Méndez jubiló tempranamente y fue reemplazado por otro juez que poseía características similares (Israel Bórquez). La cuestión de si estos dos grupos se dividieron en sus votaciones, será estudiada en la sexta sección. Esta sección se enfoca en sus perfiles y en sus procesos de nombramiento.

5.1. Los Nombramientos Realizados por la Corte Suprema

Los dos ministros nombrados por la Corte Suprema debían trabajar en ambas cortes (el TC y la Corte Suprema) de manera simultánea y sin dedicación exclusiva en ninguna de ellas. Cada miembro de la Corte Suprema tenía un voto, la elección se producía mediante una votación única y secreta, y resultaban seleccionados los dos ministros que hubieran obtenido las mayorías más altas. En caso de empate, la decisión se adoptaría por sorteo.

Ramiro Méndez, quien había sido Presidente de la Corte Suprema, fue nombrado al TC sabiendo que se retiraría dentro de poco tiempo. Como dicho ministro cumpliría 75 años y debía dejar la Corte Suprema, automáticamente dejaría también de servir en el TC. Si bien participó de algunas votaciones, el ministro Méndez no redactó ninguna de las sentencias. En todo caso, como Presidente de la Corte Suprema, Méndez había acusado

[117] Piedrabuena (1970) p. 115

a la izquierda de intentar politizar al Poder Judicial[118] y había promovido filosofías jurídicas que favorecían a la oposición[119]. Rafael Retamal e Israel Bósquez, por su parte, también eran conocidos por poseer posiciones más cercanas a la oposición[120], como lo sostuvieron algunos parlamentarios[121]. Una autora considera que Bórquez era, derechamente, un juez de derecha[122]. Estos datos son consistentes con otras afirmaciones sostenidas por académicos que estiman que la Corte Suprema de esa época, en general, se oponía a los intereses del gobierno de Allende[123].

5.2. Los Nombramientos Propuestos por el Presidente Allende

Para ser aprobados, los candidatos propuestos por Allende debían obtener el acuerdo mayoritario del Senado. Así, aunque Allende decidía la identidad de los candidatos, la oposición podía rechazar los nombramientos si ella pudiera actuar con suficiente unidad. La naturaleza del proceso de confirmación generó un debate. Mientras algunos senadores argumentaron que el nombramiento era de un poder *compartido* entre el Presidente y el Senado, lo que aseguraría el nombramiento de un juez independiente e imparcial[124], los senadores de la UP sostuvieron que el rol del Senado era una mera función de control formal sobre los requisitos de los candidatos[125]. Para la primera posición, un acuerdo entre el Presidente y el Senado eran una condición necesaria para el nombramiento[126]. Para la segunda posición, no obstante, no podrían ser rechazados aquellos candidatos cuyas posiciones jurídicas se estimen inadmisibles o cuya imparcialidad esté en discusión. Por el contrario, el Senado solo podría rechazar a aquellos candidatos que, por ejemplo, carezcan del título de abogado.

Allende envió al Senado una lista con tres candidatos: Manual Sanhueza, Adolfo Veloso (socialista) y Enrique Silva Cimma (del Partido Radical). Una comisión del Senado sugirió rechazar las tres propuestas de Allende, argumentando que el Presidente no había consultado previamente a los

[118] Hilbink (2007) p. 99

[119] Hilbink (2007) p. 99

[120] Sesión 11, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, 1971, p. 853

[121] Sesión 13, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, 1971, p. 961

[122] Hilbink (2007) p. 89

[123] Tapia (1977) p. 75, Valenzuela (1978) p. 81, Hilbink (2007) p. 83–88

[124] Ver, por ejemplo, los argumentos del senador Francisco Bulnes en: Sesión 11, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, 1971, pp. 848–850

[125] Sesión 11, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, 1971, pp. 856–857; Sesión 13, Senado, Legislatura 313, 1971, p. 963

[126] Sesión 61, Senado, Legislatura 312, Extraordinaria, 1971, p. 3198

senadores[127]. El asunto fue debatido pero no resuelto. El senador Teitelboim reconoció que los candidatos tenían inclinaciones políticas[128] pero defendió su honestidad y competencia[129]; mientras, el senador Rafael Gumucio argumentó que, ya que la reforma de 1970 favorecía al Presidente, no tenía sentido nominar a jueces que no lo favorecieran también[130]. Al final, el Senado confirmó los nombramientos de Veloso y Silva Cimma, y rechazó el nombramiento de Sanhueza (ver Tabla 1).

Tabla 1
Votos de senadores sobre candidatos judiciales de Allende

Candidato	Aprueba	Rechaza	Otro
Sanhueza	15	18	0
Silva C.	21	9	3
Veloso	19	11	3

Fuente: Elaboración propia con datos de Sesión 13, Senado, Legislatura 313, Ordinaria (1971).

Como reemplazo de Sanhueza, Allende propuso a un candidato que parecía más moderado: Jacobo Schaulsohn, un académico y político de centroizquierda que pertenecía al Partido Radical. Luego, Allende designaría a Sanhueza como ministro de Justicia.

Los políticos de la oposición se mantuvieron escépticos respecto de las inclinaciones políticas de los tres ministros propuestos por Allende, aunque algunos de ellos valoraron sus credenciales académicas[131]. Dichas credenciales, sumado al hecho de que dos de los tres ministros pertenecían al Partido Radical—el más moderado de los partidos de la UP—tal vez puede explicar el modo en que la UP logró conseguir algunos votos de la oposición para que los nombramientos propuestos por Allende no fueran rechazados.

5.3. ¿Una Mayoría de Izquierda con una Autocomprensión "Judicial" de su Rol?

En su libro sobre la democracia en Chile, Edgardo Boeninger, un político y académico del PDC, señaló que Allende tenía una mayoría de tres a dos en el

[127] Sesión 61, Senado, Legislatura 312, Extraordinaria, pp. 3197–3200
[128] Sesión 13, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, p. 961
[129] Sesión 13, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, p. 963
[130] Sesión 13, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, p. 963
[131] Ver Sesión 11, Senado, Legislatura 313, Ordinaria, 1971, pp. 848–873

TC.[132] Aunque esta observación podría parecer demasiado simplista, en tanto ella no considera los comportamientos de votación de los jueces, ella coincide con los antecedentes de los ministros, resumidos en la Tabla 2.

Tabla 2
El Perfil de los Ministros

Nombre	Autoridad que nombró/ propuso	Perfil	Carrera luego de servir en el TC
Silva Cimma	Allende	P. Radical, politico, académico	Ministro de Estado y Senador en los 90's.
Schaulsohn	Allende	P. Radical, politico, académico	Académico, miembro directorio de U. de Tel Aviv y de *Inter-American Bar Association*.
Veloso	Allende	Político socialista, académico	Exiliado durante dictadura, Intendente del Presidente Aylwin.
Méndez	Corte Suprema	Carrera judicial	Retirado
Retamal	Corte Suprema	Carrera judicial	Ministro y Presidente de la Corte Suprema.
Bórquez	Corte Suprema	Carrera judicial	Ministro Corte Suprema. Nombrado al Tribunal Constitucional (1981–1985).

Durante la primera sesión del TC, los ministros debían elegir a su Presidente por un período de dos años renovables.[133] Schaulsohn propuso a Silva Cimma como candidato, sugerencia que fue aprobada por Veloso. Por su parte, Retamal recomendó a Méndez. Luego de algunos intentos fallidos por lograr una decisión unánime, los ministros terminaron eligiendo Enrique Silva Cimma como Presidente. El año 1973, vencido el período de Silva Cimma, sus pares votaron nuevamente por él.[134] Así, a pesar de que los ministros tenían diferencias relevantes, existía disposición para dar señales de unidad mediante una exigencia informal de unanimidad.

Los ministros también parecían compartir un compromiso con la tradición judicial y legal chilena. Ello se ve reflejado en las reglas que dictaron para organizar sus tareas y precisar sus procedimientos,[135] las que buscaban que el TC funcione como un verdadero órgano judicial. Por ejemplo, los ministros recibirían el mismo trato que reciben los jueces de la Corte Supre-

[132] Boeninger (1997) p. 201

[133] Ver Actas del Tribunal Constitucional 1971–1973, p. 1

[134] Actas del Tribunal Constitucional 1971–1973, p. 58

[135] Ver el AutoAcordado del Tribunal Constitucional: "AutoAcordado: Estatuto Jurídico Sobre Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional", Diario Oficial, 23 de noviembre de 1971

ma, solo se permitiría que los ministros expresaran sus opiniones mediante sus sentencias o votos particulares, y ellos no estaban autorizados a participar en eventos políticos. Además, las reglas constantemente aludían a las regulaciones sobre el estatuto y procedimientos de los jueces ordinarios. El TC mantuvo esta orientación al regular sus procedimientos[136]. Dichas reglas incluían normas sobre las notificaciones, la manera de presentar escritos y los plazos. Todos estos aspectos fueron influenciados por los procedimientos establecidos para el Poder Judicial.

6. El Funcionamiento del TC

Llegaron 17 casos al TC, todos los cuales fueron el resultado de conflictos entre el gobierno de Allende y la oposición. Dados los limitados y taxativos poderes del TC y el tiempo en que funcionó, 17 casos no es un número bajo. Dicho número representa una época caracterizada por conflictos entre poderes[137].

Todos los casos fueron casos "de primera impresión"—esto es, casos que presentaban situaciones nuevas que no habían sido resueltas previamente por otras sentencias judiciales. Muchas de las normas constitucionales pertinentes nunca habían sido aplicadas por jueces, y algunas tenían un contenido poco preciso[138]. Así, varios casos podían ser resueltos mediante más de una interpretación.

Allende presentó nueve requerimientos y la oposición ocho. Dos causas fueron acumuladas y decididas en conjunto[139], mientras que otras tres finalizaron antes de que el TC dictara sentencia definitiva[140]. En consecuencia, el TC dictó trece sentencias. Cuatro de ellas abordaron más de una pregunta constitucional[141], por lo que los jueces votaron más de una vez. Para efectos de este artículo, lo relevante son las votaciones existentes, y no la cantidad de sentencias[142], como lo muestra la Tabla 3.

---

[136] AutoAcordado: Estatuto Jurídico Sobre Procedimiento, Diario Oficial, 11 de diciembre de 1971

[137] Silva Cimma (2008) p. 56

[138] Silva Cimma (2008) pp. 156–157

[139] Tribunal Constitucional (1973) Rol: 16–17

[140] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 10, Tribunal Constitucional (1972) Rol: 11, Tribunal Constitucional (1973) Rol: 14

[141] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 4, Tribunal Constitucional (1973) Rol: 12, Tribunal Constitucional (1973) Rol: 14; Tribunal Constitucional (1973) Rol: 16–17

[142] Así, este estudio solo considera *votos*, tanto de mayoría como de minoría. Se excluyen las prevenciones. Si las prevenciones forman parte del voto de mayoría, se las considera como tal. Si dichas prevenciones forman parte de un voto de minoría, se las considera como tal. No

Tabla 3.
Votaciones

Total	Decisiones unánimes	Favorecen a Allende	Favorecen a la Oposición
21	10	12	9

Fuente: Elaboración propia con datos del Tribunal Constitucional

La mayoría de los votos favorecía a Allende, lo cual no es sorprendente[143], aunque el número de votos que favorecían al Congreso no era sustancialmente menor. Cualquier aproximación estadística debe ser acompañada por un análisis cualitativo de los casos más importantes, como se verá más adelante, en tanto los puntos votados por los ministros variaban en relevancia.

La Tabla 4 muestra las votaciones individuales de los ministros. Con la excepción del ministro Méndez, todos los jueces votaron en al menos 15 puntos (de un total de 21).

Tabla 4
Las votaciones de los ministros

Ministro	Cercanía ideológica	Nombrado o propuesto por	Votos totales	Apoyo Allende	Contra Allende	% apoyo a Allende
Méndez	Sin Partido, conservador	Corte Suprema	6	5	1	83.33
Veloso	Partido Socialista, UP	Allende	21	16	5	76.19
Silva Cimma	Partido Radical, UP	Allende	20	14	6	70
Schaulsohn	Partido Radical, UP	Allende	21	10	11	47.61
Bórquez	Sin Partido, conservador	Corte Suprema	15	5	10	33.33
Retamal	Sin Partido, conservador	Corte Suprema	20	6	14	30

Las diferencias entre los ministros son significativas. Veloso, quien favoreció a Allende un 76,19% del tiempo, y Silva Cimma, quien lo favoreció un 70%, parecen haberse aliado en contra de Retamal y Bórquez, quienes favorecieron al Presidente un 30% y un 33,33% del tiempo, respectivamente. Si no se considera a Méndez, quien solo votó seis veces, los ministros nombrados por la Corte Suprema votaron consistentemente en contra de Allende. Veloso y Silva Cimma. apoyaron las preferencias de Allende más de

se consideran las votaciones sobre puntos procedimentales de índole formal, como cuando el TC evalúa si un documento presentado cumple con requisitos formales. Ello se debe a que puede asumirse que la gran mayoría de dichos votos (sino todos) no obedecen a divisiones sustantivas, ideológicas o de filosofía jurídica. Este artículo se limita a examinar los votos recaídos en puntos sustantivos de discusión.

[143] Silva Cimma (2008) pp. 159–160

un 70% de las veces, mientras que Schaulsohn tuvo un moderado 47,61%. El comportamiento de votación de Schaulsohn coincide con la historia de su nombramiento. Como él fue nombrado luego de que el Senado rechazara la candidatura de Sanhueza, podría haberse esperado que su comportamiento fuera más moderado y menos partidista.

Estos datos, sumados al hecho que el TC resolvió casi la mitad de los casos con al menos un voto disidente, sugieren que el TC no funcionaba con el nivel de consenso asumido por autores como Silva Cimma[144]. Es posible, entonces, que, como dice un autor, las motivaciones políticas de algunos de sus miembros haya sido influyente a la hora de tomar decisiones[145].

6.1. Los Casos Sometidos a la Decisión del TC

Algunos casos fueron iniciados por Allende con el objeto de proteger sus poderes legislativos en lo relativo a proyectos que incidían en gasto público e impuestos. La reforma de 1970 le había entregado al Presidente de la República la iniciativa exclusiva en estos asuntos, dejando al Congreso con poder de veto. El propósito de la regla que establecía la iniciativa exclusiva era organizar las finanzas públicas de mejor manera, hacer el proceso legislativo más ordenado[146] y mejorar la calidad de los debates legislativos[147]. Fermandois y García (2009) sostienen que el TC favoreció a Allende en este tipo de casos, afirmación que es consistente con mi investigación. En efecto, el TC impidió que el Congreso añadiera normas a la ley de presupuestos de Allende[148], imposibilitó que el Congreso modificara un veto presidencial que adicionaba normas a un proyecto de ley en materia tributaria[149] y prohibió al Senado extender los beneficios de un proyecto presentado por Allende para beneficiarios adicionales.[150]

También hubo sentencias mixtas: el TC permitió al Congreso expandir el presupuesto parcialmente e incluir una cláusula de no discriminación, pero evitó que redistribuyera un financiamiento previamente asignado[151]. En otro caso, el TC declaró la inconstitucionalidad de dos de cinco normas cuestionadas por Allende[152].

---

[144] Ver Silva Cimma (2008). También, ver Nogueira y Cumplido (2001) p. 210
[145] Guzmán (1979) p. 68
[146] Frei (1970); Cumplido (1970), Silva Cimma (2008) pp. 64–65
[147] Buchheister y Soto (2005) pp. 125- 127
[148] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 1
[149] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 6
[150] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 7
[151] Tribunal Constitucional (1973) Rol: 12
[152] Tribunal Constitucional (1973) Rol: 14

Sobre el conflicto generado respecto de la negativa del Presidente Allende de promulgar proyectos aprobados por el Congreso, el TC dictó fallos a favor de Allende en dos oportunidades[153] y desestimó otros dos casos porque Allende había promulgado los estatutos en el intertanto[154].

Durante otro conflicto suscitado durante el proceso legislativo, el TC rechazó una un acto del Congreso que perseguía dejar sin efecto un veto del Presidente Allende, argumentando que el Congreso no había alcanzado el quórum respectivo[155]. El TC también impidió un rechazo de Allende a un proyecto que supuestamente violaba normas procedimentales[156] y dictó una sentencia declarando que acto de Allende no había cumplido con un plazo respectivo[157].

6.2. La Acusación Constitucional contra el Ministro Tohá y el caso Áreas de la economía

El TC conoció de dos casos que tuvieron una importancia política mayor que el resto, en tanto ellos decían relación con tácticas de la oposición para desestabilizar el gobierno de Allende.

Una de estas tácticas, criticada por los defensores de la UP[158], consistía en acusar constitucionalmente a funcionarios cercanos a Allende[159]. Bajo la Carta de 1925, la Cámara de Diputados debía iniciar las acusaciones y el Senado juzgaba si ellas eran o no procedentes. Una vez iniciada una acusación, el funcionario respectivo acusado era suspendido de sus funciones a la espera de la decisión del Senado. Si el Senado acogía la acusación, el funcionario era finalmente destituido. Cabe recordar que la oposición no tenía votos suficientes para acusar al Presidente Allende, pero sí poseía la mayoría necesaria para acusar a sus principales colaboradores[160], incluyendo a sus ministros de Estado[161]. El desafío de la oposición para que esta táctica fuera exitosa, era unir a la derecha con el PDC.

Ya que Allende no tenía votos en el Congreso para impedir las acusaciones constitucionales, desarrolló una estrategia para proteger a los miembros de su gabinete: cuando un ministro de Estado se enfrentaba a una acu-

[153] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 4, Tribunal Constitucional (1972) Rol: 8
[154] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 10, Tribunal Constitucional (1972) Rol: 11
[155] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 2
[156] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 9
[157] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 5
[158] Novoa (2007)
[159] Maira (1977) pp. 258–274
[160] Tapia (1977) pp. 69–70
[161] Corvalán (2003) pp. 193–194

sación, Allende lo trasladaba a otro puesto antes de que el Senado pudiera fallar dicha acusación. Alegando que la acusación sólo tenía por objeto remover a una persona de un ministerio específico, los *enroques* de ministros hechos por Allende buscaban permitir que los acusados siguieran desempeñándose en otras funciones relevantes.

Uno de esos casos se relacionó con la acusación presentada en contra del ministro José Tohá—quien servía como ministro del Interior. El caso Tohá, considerado políticamente un enjuiciamiento general contra el gobierno[162], llegó al TC luego de que Allende trasladara a Tohá al Ministerio de Defensa. Los parlamentarios de oposición argumentaron que la acusación también impedía que Tohá pudiera servir como ministro de Defensa.

Aunque no existían precedentes que pudieran esclarecer la respuesta correcta al conflicto, el TC decidió a favor de Allende con una votación cuatro a uno[163]. Así, el TC validó la estrategia de Allende y dañó los planes de la oposición[164]. El único juez que se opuso fue el ministro Retamal.

El segundo caso que tuvo una importancia mayor que el resto, y que trataba sobre otra táctica de la oposición para desestabilizar el gobierno de Allende[165], fue informalmente denominado como *Áreas de la Economía*. El caso se inició con un proyecto de reforma constitucional presentado por dos senadores del PDC, que buscaba regular la manera como el Estado podía intervenir determinados sectores económicos y restringir dichos poderes de intervención[166]. Las condiciones de intervención que se imponían en el proyecto amenazaban una parte importante del programa socialista de la UP, por lo que los partidarios de la UP atacaron dicho proyecto argumentando que se trataba de una estrategia capitalista[167]. El caso produjo un conflicto agudo entre la UP y la oposición[168].

Una vez que el Congreso aprobó el proyecto, Allende vetó sus secciones más relevantes. A continuación, la oposición decidió dejar sin efecto el veto de Allende mediante mayoría simple. Allende objetó que una mayoría simple no era suficiente para que el Congreso pudiera insistir con el proyecto. El problema de interpretación tuvo su origen en el hecho de que la Constitución vigente no establecía explícitamente si la insistencia del Congreso requería de un quórum especial. A mayor abundamiento, el asunto no fue

[162] Lavín (1986) pp. 305-311
[163] Tribunal Constitucional (1972) Rol: 3
[164] Maira (1977) p. 266
[165] Maira (1977) p. 258–274
[166] Silva Cimma (2008) pp. 114–125
[167] Lavín (1986) p. 315
[168] Silva Cimma (2008) p. 132

discutido durante los debates legislativos de la reforma de 1970[169]. Así, el caso podía ser objeto de interpretaciones contradictorias. Mientras Allende argumentaba que se requería de dos tercios del Congreso para insistir, en tanto ese era el quórum establecido para la insistencia en el procedimiento de formación de la ley, la oposición sostuvo que, al no existir un quórum explícito, la norma por defecto debía ser la mayoría simple. Aunque varios académicos defendieron el argumento de la oposición[170], el asunto no tenía una solución predecible.

Los legisladores de oposición desafiaron a Allende a llamar a plebiscito para resolver el asunto, pero Allende prefirió primero llevar el caso ante el TC. Es posible que la estrategia de Allende se debiera a que temía perder el plebiscito[171]. La oposición argumentó que el TC no tenía poderes para crear normas constitucionales, por lo que carecía de jurisdicción sobre el conflicto[172]. Además, se amenazó al TC advirtiendo que, si se emitía un fallo a favor de Allende, ellos no obedecerían su decisión[173].

Aunque el TC rechazó explícitamente esta amenaza, decidió que carecía de la jurisdicción necesaria para resolver el caso. Esta decisión fue adoptada por cuatro votos contra uno[174], siendo Veloso el único ministro disidente.

¿Sería correcto, entonces, sostener que el TC favoreció a la oposición? Desde un estricto punto de vista jurídico, el TC no estableció cuál era el quórum constitucionalmente requerido para que la insistencia pudiera prosperar, por lo que el conflicto quedaría abierto. No obstante, desde el punto de vista político, la oposición se vio fortalecida con la sentencia[175]. El gobierno de Allende, pese a tener una mayoría nominal en el TC, quedó frustrado con el resultado[176].

Cuando el TC emitió su sentencia, ya se había vencido el plazo para que Allende promulgara el proyecto sobre las *Áreas de la Economía*, por lo que la oposición presentó un requerimiento solicitando al TC que obligara

[169] Sigmund (1977) p. 168

[170] La *Revista de Derecho Público*, publicó varios trabajos que apoyaron los argumentos de la oposición. Ver, por ejemplo, Cruz-Coke (1972) p. 187, Bruna (1972) p. 197, Gandarillas (1972) p. 203, Ovalle (1972) p. 206, Navarrete (1972) p. 209, Bulnes (1972) p. 223. Un solo artículo defendió la posición de Allende: Cumplido (1972) p. 241. La revista también publicó una carta de Gustavo Lagos (PDC), uno de los principales impulsores de la reforma constitucional de 1970, el que defendió los argumentos de la oposición. Ver Lagos (1972) p. 216.

[171] Valenzuela (1976) pp. 1-2

[172] Evans (1973) pp. 78–79

[173] Silva Cimma (2008)

[174] Tribunal Constitucional (1973) Rol: 15

[175] Sigmund (1977) p. 207

[176] Sigmund (1977) p. 168, Boeninger (1997) p. 201

a Allende a promulgar la reforma. Allende contestó que él no estaba obligado a promulgar la parte de Áreas que consideraba inconstitucional. El TC anunció que, aunque Allende podía retardar la promulgación del proyecto mientras el asunto estaba discutiéndose en el TC, el proyecto sobre las Áreas no era inconstitucional[177].

Así, el conflicto generado por el proyecto de reforma se volvió "bizantino"[178]. Primero, el gobierno de Allende había postergado la promulgación, "creando la impresión, aunque falsa, de que estaban preparando el terreno para un gesto político dramático"[179]. Luego, Allende se limitó a promulgar una parte de la reforma (las partes que no habían sido vetadas por él). A continuación, la oposición declaró que la maniobra de Allende era uno de los ataques más importantes que la Constitución había recibido[180]. La Constitución se volvió trivial en la discusión y el gobierno perdió el control de la situación[181].

Una vez que el decreto promulgatorio ingresó a la Contraloría, el Contralor lo rechazó por incompleto. El proyecto seguía sin promulgarse y la oposición declaró que el Estado de Derecho se había quebrado[182]. Había quedado en evidencia que el TC había sido incapaz de darle un punto final al conflicto[183]. A continuación, la oposición acusó a cuatro ministros de Estado y a ocho colaboradores relevantes del gobierno, y declaró que la batalla contra el gobierno se daría *en todos los frentes*. Poco después, En seguida, un diario llamó explícitamente a que los militares intervengan[184] y el conflicto pasó a "las calles"[185]. Un primer intento de golpe ocurrió en junio de 1973. El 11 de septiembre de 1973, un nuevo golpe derrocó el gobierno de Allende.

En su libro, Silva Cimma sostuvo que el TC no había podido resolver este conflicto político, en tanto el conflicto había superado o excedido el orden jurídico e institucional[186]. Al parecer, el TC no tenía la capacidad institucional para moderar el conflicto y cumplir su función de árbitro institucional[187]. No obstante, otros autores son menos complacientes con el TC. Silva Bascuñán señaló que la controversia sobre el proyecto de *Áreas* fue una

[177] Tribunal Constitucional (1973) Rol: 16–17
[178] Faúndez (2010) p. 188
[179] Faúndez (2010) p. 244
[180] Lavín (1986) p. 323
[181] Faúndez (2010)
[182] Maira (1977) p. 271, Valenzuela (1978) p. 93
[183] Valenzuela (1978) p. 93; Rivas (2013) p. 28
[184] Valenzuela (1978)
[185] Sigmund (1977) p. 169
[186] Silva Cimma (2008) p. 161
[187] Ribera (1987) p. 87

de las razones de la crisis de 1973[188] y algunos académicos contemporáneos afirman que este caso muestra que el TC de 1971 fracasó[189].

7. ¿Satisfizo el TC sus Metas Institucionales?

Antes del caso de las Áreas *de la Economía*, el TC había cumplido con la función de defender los poderes legislativos del Presidente, lo que era consistente con los objetivos de la reforma de 1970[190].

Dos de los ministros propuestos por el Presidente Allende votaron recurrentemente a su favor, y el tercero se comportó de forma mixta. Se esperaba que los jueces nombrados por la Corte Suprema reflejaran las actitudes más conservadoras de la Corte Suprema. Dos de los tres jueces nombrados por la Corte Suprema votaron consistentemente en contra de Allende.

En su conjunto, el TC no fue más allá de su misión institucional, pero sí hizo *menos*. El TC no hizo *más* porque no excedió sus fines constitucionales. Una de las formas más comunes en que las cortes pueden hacerse más influyentes en el sistema político, es mediante el desarrollo de una jurisprudencia que resuelva dilemas morales relacionados con la aplicación de derechos fundamentales. El TC no desarrolló una jurisprudencia de derechos[191].

N*o ob*stante, el TC hizo menos debido a lo sucedido en el caso Áreas, donde el TC decidió no decidir. Ninguno de los casos anteriores parecía tan importante como el caso de las Áreas. Al negarse a entregar una salida al conflicto, el TC dejó que la controversia escalara. En vez de moderar el conflicto y bajar los costos de transacción de las partes, la sentencia del TC estimuló que tanto la oposición como el gobierno agudizaran la controversia.

Algunos académicos plantean que culpar al TC por no haber prevenido el go|pe de estado es injusto192, y probablemente tienen razón. Aunque nunca sabremos qué podría haber sucedido si el TC hubiera resuelto el caso Áreas (el contrafactual), es razonable suponer que era difícil que el conflicto se resolviera de manera pacífica. La actitud de la oposición y la negación de

[188] Silva Bascuñán (2003) p. 13

[189] Ríos (2005) p. 630, Couso (2011) p. 1529, Alvez (2012) pp. 245-251

[190] Este trabajo no discute si la jurisprudencia del TC fue valiosa desde una perspectiva jurídico-positiva, aunque es importante tener presente que este punto parece dividir a los académicos. Algunos dicen que el TC no produjo una jurisprudencia verdaderamente relevante. Ver, por ejemplo, Navarro (2011) p. 29. Otros, en cambio, argumentaron que la jurisprudencia del TC tenía contribuciones valiosas. Ver, por ejemplo, Silva Cimma (2008), Silva Bascuñán (2003) pp. 12–13

[191] Cea (2001) p. 112, Couso (2011) p. 1529, Mac-Clure (2011) p. 198

[192] Silva Cimma (2008) p. 161, Ribera (1987) p. 87, Navia (1999) p. 18

Allende a llamar a plebiscito y promulgar la reforma, mostraron que ninguno estaba preparado para aceptar una derrota. Ambas partes se habían mostrado dispuestas a utilizar medios extra-jurídicos y a desconocer la autoridad del TC. Es posible, entonces, que la ac*titud* del TC en el caso Áreas se haya debido a un intento de cuatro de los cinco jueces por evitar que los otros poderes del Estado tomaran represalias en contra de ellos. Así, el fracaso del TC también puede atribuirse a un contexto político polarizado que el TC no podía controlar.

Sin perjuicio de estas consideraciones, es posible que la débil independencia de los jueces (observada más arriba), también influyera en la existencia de las divisiones observadas. Después de todo, un tribunal con poca independencia y divisiones relevantes puede minar fácilmente su prestigio y afectar su posición de autoridad. Si los ministros no pudieron desarrollar otras estrategias para fortalecer su posición institucional en el sistema político, es posible que ello se deba a su débil independencia. Así, por ejemplo, Friedler culpa al sistema de nombramientos de los ministros como una de las razones que hicieron fracasar al TC[193].

Aunque sabemos que el TC estaba dividido, también podría contra-argumentarse que el TC decidió la mitad de los casos de manera unánime. Es posible que estos últimos hayan sido casos fáciles de resolver (esto es, casos donde el Derecho da una respuesta más precisa y predecible), mientras que los casos divididos fueran más difíciles. Aunque se haya sostenido que observar la disconformidad de votos no es suficiente para demostrar la influencia de ideología en el comp°rtamiento de los jueces[194], el registro de votos del TC sugiere que algunos de sus ministros votaban consistentemente alineados con los intereses de los actores que habrían influido en su nombramiento.

En cualquier caso, el problema de la polarización no ayuda a entender si el TC cumplió con sus objetivos o no. Aunque en general se espera que los jueces apliquen la ley de manera imparcial, el rol de moderar disputas entre los poderes del Estado no excluye la posibilidad de que los ministros se vean influenciados por sus preferencias políticas. Como se ha explicado, el diseño del TC combinó antecedentes legales con incentivos políticos y los resultados observados son consistentes con el diseño establecido por los constituyentes de 1970.

[193] Friedler (2000) p. 321

[194] Garoupa (2010) p. 11

8. Conclusiones

Ninguna de las teorías sobre el control constitucional mencionadas en la Sección 2 es completamente útil para explicar la experiencia del TC de 1970. Los derechos no eran relevantes para el TC, ni tampoco lo era la existencia de un pasado autoritario. Es cierto que la élite académica había propuesto crear al TC antes de la reforma, pero las opiniones de dichos académicos no explican la existencia de voluntad política para establecer al TC. Chile tenía altos niveles de competencia política antes y durante el funcionamiento del TC, pero el TC no fue creado por un acuerdo entre las coaliciones políticas en competencia, sino que por una mayoría legislativa que logró imponerse frente a la minoría de izquierda. La teoría del seguro, a lo menos en su formulación original, tampoco es aplicable. El TC no fue establecido para proteger los derechos de los partidos o candidatos derrotados en las elecciones, sino que para proteger los poderes legislativos del Presidente que resultara electo.

La teoría de la separación de poderes, que sostiene que el conflicto entre poderes del Estado (Congreso vs. Presidente, oposición vs. oficialismo) puede generar incentivos suficientes para que dichos actores decidan reducir los costos del conflicto creando un árbitro institucional, coincide parcialmente con la experiencia del TC de 1970. En efecto, y como lo mostré más arriba, dicha teoría es consistente con la manera en que se organizaron las coaliciones políticas en 1970 y la existencia de conflictos legislativos relativamente frecuentes. Sin dichos conflictos, es poco probable que se hubiese generado la voluntad política para crear al TC.

Sin embargo, aunque esta teoría puede servir para explicar el origen del TC, ella no explica el funcionamiento y declive de dicho tribunal. Aunque los niveles de conflicto se incrementaron, la influencia del TC igual fue socavada. Este hecho sirve para confirmar la falta de universalidad de la teoría de la separación de poderes. Se pueden extraer dos lecciones útiles para la literatura: La primera, es que las teorías que sostienen que el control constitucional nace o se refuerza cuando surgen conflictos de poder—ya sea por competencias electorales, la fragmentación del sistema de partidos, o el conflicto entre poderes del Estado—solo pueden tener aplicación si el nivel de tal conflicto o competencia no es lo suficientemente grave o violento como para amenazar la estructura constitucional total. Esta primera lección es particularmente importante en el contexto de regímenes políticos inestables y democracias frágiles. La segunda lección, es que la creación de tribunales constitucionales no es un remedio suficiente para apaciguar tales conflictos. La existencia de estos tribunales puede ser una condición relevante para canalizar institucionalmente un conflicto político, pero dicha

condición es insuficiente y debe ser acompañada de otras condiciones para que dicho tribunal pueda cumplir verdaderamente su rol.

Bibliografía

Ackerman, Bruce (1997): "The Rise of World Constitutionalism", *Virginia Law Review*, Vol. 83.

Alvez, Amaya (2012): "Forcing Consensus: Challenges for Rights-Based Constitutionalism in Chile", en Harvey, Colin y Schwartz, Colin (eds), *Rights in Divided Societies* pp. 245, 251.

Andrade, Carlos (1971): *Elementos de Derecho Constitucional Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica Chilena).

Bell, John (1992): *French Constitutional Law* (Oxford University Press)

Boyron, Sophie (2013): *The Constitution of France. A Contextual Analysis* (Hart Publishing)

Bertelsen, Raúl (1969): *Control Constitucional de la Ley* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Bitar, Sergio (1977): "Interacción entre Política y Economía", en *Chile 1970-1973. Lecciones de una Experiencia* (Madrid, Editorial Tecnos).

Boeninger, Edgardo (1997): *La Democracia en Chile. Lecciones Para la Gobernabilidad* (Santiago, Editorial Andrés Bello).

Bruna, Guillermo (1972): "Vetos a la Reforma Constitucional: Plebiscito y no Tribunal Constitucional", en *Revista de Derecho Público*. Vol.13: p.197.

Buchheister, Axel y Soto, Sebastián (2005): "Ideas Matrices en los Proyectos de Ley: Inconsistencias del Tribunal Constitucional", en *Sentencias Destacadas 2014*: pp. 125-127.

Bulnes, Luz (1972): "Estudio sobre la Procedencia de los Vetos Formulados por el Presidente de la República al Congreso Pleno que Reforma los artículos 10 no. 10 y 44 de la Constitución Política del Estado", en *Revista de Derecho Público,* Vol. 13: p. 223.

Cappelletti, Mauro (1985): "Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice," *Catholic University Law Review,* Vol.35: pp. 1-6.

Carrasco, Sergio y Morrison, Roberto (1979): "Estudio Comparativo Proyectos de Reforma a la Constitución de 1925 Presentados con Fecha 7 de Julio de 1964, 30 de Noviembre de 1964 y 17 de Enero de 1969", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6.

Cea, José Luís (1977): "Contribución al Estudio de una Nueva Constitución para Chile", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 3: pp. 162-177

Cea, José Luis (2001): "La Justicia Constitucional y el Tribunal de la Constitución en Chile", en *Revista de Derecho Valdivia*, XII: pp. 107 - 112

Cooter, Robert D. (2000): *The Strategic Constitution* (New Jersey, Princeton University Press).

Corvalán, Luis (2003): *El Gobierno de Salvador Allende* (Santiago, LOM Ediciones).

Couso, Javier (2011): "Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court, 1970–2010", *Texas Law Review*, Vol. 89.

Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo (2006): *La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano* (Santiago, Editoriales LOM).

Cruz-Coke, Carlos (1972): "Debate sobre despacho de la Reforma Constitucional", en *Revista de Derecho Público*, Vol. 13.

Cumplido, Francisco (1972): "El Veto del Presidente de la República en el Proyecto de la Reforma Constitucional", en *Revista de Derecho Público*, Vol.13.

Cumplido, Francisco (1970): "La Especificación de la Ley", en *Reforma Constitucional 1970* (Santiago, Editorial Jurídica Chilena): pp. 179-195.

De Ramón, Armando (1989): La Justicia Chilena entre 1875 y 1924 (Santiago, Universidad Diego Portales)

Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (2018): "The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance", *International Journal Constitution Law*, Vol. 15.: pp. 988-1012.

Epp, Charles R. (1998): *The Rights Revolution. Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective* (The University of Chicago Press).

Epperly, Brad (2013) "The Provision of Insurance? Judicial Independence and the Post-tenure Fate of Leaders", *Journal of Law and Courts*, Vol. 1, issue 2, pp. 247-278.

Evans, Enrique (1973): *Chile, hacia una Constitución Contemporánea. Tres Reformas Constitucionales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Faúndez, Julio (1988): *Marxism and Democracy in Chile. From 1932 to the Fall of* Allende (Yale University Press).

Faúndez, Julio (2007): *Democratization, Development, and Legality. Chile 1831–1973* (New York, Palgrave Macmillan).

Faúndez, Julio (2010): "Chilean Constitutionalism Before Allende: Legality Without Courts", *Bulletin of Latin American Research*, Vol. 29.

Ferejohn, John and Pasquino, Pasquale (2004): "Constitutional Adjudication: Lessons from Europe", *Texas Law Review*, Vol. 82.

Fermandois, Arturo y García, José (2009): "Origen del Presidencialismo Chileno: Reforma Constitucional de 1970. Ideas Matrices e Iniciativa Legislativa Exclusiva", *Revista Chilena Derecho*, Vol 36.

Figueroa, Dante (2013): "Constitutional Review in Chile Revisited: A Revolution in the Making", *Duquesne Law Review*, Vol.51: pp. 387-396

FINKEL Jodi (2008): "Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s", *Bulletin of Latin American Research*, Vol. 3.

FREI, Eduardo (1970): "La Reforma Constitucional en su Contexto Histórico-Político", en *Reforma Constitucional 1970* (Santiago, Editorial jurídica Chilena): pp. 19-53

FRIEDLER, Edith (2000): "Judicial Review in Chile", *Southwest Journal of Law and Trade in the American United States*, Vol 7: pp. 321-330.

FROSINI, Justin y PREGORARO, Lucio (2008): "Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?", *Journal of Comparative Law*, Vol. 3.

GANDARILLAS, Guillermo (1972): "El Plebiscito en la Carta de 1925 y en la Reforma de 1970", *Revista de Derecho Público*, Vol. 13.

GARDBAUM, Stephen (2014): "Separation of Powers and the Growth of Judicial Review in Established Democracies (or Why has the Model of Legislative Supremacy Mostly been Withdrawn from Sale?", *American Journal Comparative Law*, Vol.62, pp. 613-640

GARGARELLA, Roberto (2013): *Latin American Constitutionalism 1810–2010. The Engine Room of the Constitution* (Oxford University Press).

GARLICKY, Lec (2009): "Constitutional Court of Poland: 1982-2009", en PASQUINO, Pasquale y BILLI, Francesca (eds), *The Political Origins of Constitutional Courts* (Fondazione Adriano Olivetti): pp. 13-39

GAROUPA, Nuno (2010): "Empirical Legal Studies and Constitutional Courts", *Univesity of Illinois Law & Economists Research Paper*, Vol. 5.

GINSBURG, Tom (2002): "Economic Analysis and the Design of Constitutional Courts", *Theoretical Inquiries of Law*, Vol.3.

GINSBURG, Tom (2003): *Judicial Review in New Democracies. Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press).

GINSBURG, Tom y VERSTEEG, Mila (2013): "Why Do Countries Adopt Constitutional Review?", *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol 30.

GÓMEZ, Gastón (2003): *La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, Crónica de un Fracaso* (Foro Constitucional Iberoamericano), Vol. 3.

GUZMÁN, Jaime (1979): "La Constitución Política", *Revista Chilena de Derecho*, Vol 6: pp. 53-68.

HALES, Alejandro (1964): "Inconstitucionalidad de los Actos del Parlamento", en GUZMÁN DINATOR, Jorge (ed.), *Nueva Sociedad, Vieja Constitución* (Santiago, Editorial Orbe).

HILBINK, Lisa (2007): *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile* (Cambridge University Press).

Horowitz, Donald (2008): "Conciliatory Institutions and Constitutional Processes in Post-Conflict States", *William Mary Law Review*, Vol 49

Kelsen, Hans (1928): "La Garantía Jurisdiccional de La Constitución", versión traducida publicada en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (2008), Vol 10.

Lagos, Gustavo (1970): "Tres Temas Centrales de la Reforma Constitucional", en *Reforma Constitucional 1970* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Lagos, Gustavo (1972): "Carta Sobre Alcances de la Reforma Constitucional de 23 de enero de 1970", *Revista de Derecho Público*, Vol.13.

Lavín, Julio (1986): "El Papel del Congreso Nacional en el Gobierno de la Unidad Popular", *Revista de Derecho Valparaíso*, Vol. 10: pp. 305-311.

Letelier, Raúl (2007): Jueces Ordinarios y Justicia Constitucional, *Revista Chilena de Derecho*, Vol.34: pp. 539-552

Mac-Clure, Lucas (2011): "El Tribunal Constitucional y los Derechos. La Discusión Pendiente" en *Frente a la Mayoría. Leyes Supramayoritarias y Tribunal Constitucional en Chile* (Santiago, CEP-PNUD).

Maira, Luís (1977): "Estrategia y Táctica de la Contrarrevolución, in Chile 1970–1973, en Gil, Federico, Lagos, Ricardo & Landsberger, Henry (eds.), *Lecciones de una Experiencia* (Madrid, Editorial Tecnos)

Meléndez, Felipe (2017): "La Influencia del Control Preventivo en el Diseño Normativo del Régimen Presidencial Chileno", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 21.

Morton, F.L. (1991): "Judicial Activism in France", en *Judicial Activism in Comparative Perspective* (Palgrave Macmillan)

Mueller, Dennis (1996): Constitutional Democracy (New York, Oxford University Press).

Navarrete, Jaime (1972): "Observaciones del Presidente de la República y Reforma Constitucional", *Revista de Derecho Público*, Vol.13.

Navarro, Enrique (2010): "Notas sobre la Evolución Histórica del Control de Constitucionalidad de las Leyes en Chile", *Revista Chilena de Historia del Derecho*, N° 22.

Navia, Patricio (1999): "The History of Constitutional Adjudication in Chile and the State of Constitutional Adjudication", *South America, en the Asian Jounal of Latin American Studies*, Vol. 2.

Navia, Patricio y Osorio, Rodrigo (2015): "Las Encuestas de Opinión Pública en Chile antes de 1973", *Latin American Research Review*, Vol 50, pp. 117-139

Navia, Patricio y Ríos-Figueroa, Julio (2008): "The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America", *Comparative Political Studies*, Vol. 38.

Nogueira, Humberto (1996): "Revisión del Modelo Orgánico y de la Legitimidad del Tribunal Constitucional Chileno", *Universum*, Vol.11, pp. 133-146

Nogueira, Humberto (2000): "Consideraciones sobre la Jurisdicción Constitucional en América y Europa", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*.

Nogueira, Humberto y Cumplido, Francisco (2001): *Instituciones Políticas y Teoría Constitucional*. (Santiago, Editorial Jurídica Chilena).

Novoa, Eduardo (1978): ¿Vía Legal Hacia el Socialismo? El Caso de Chile 1970–1973 (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).

Novoa, Eduardo (2007): *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social* (7ma Edición, Siglo Veintiuno Ediciones).

Nunes, Rodrigo M. (2010): "Politics without Insurance: Democratic Competition and Judicial Reform in Brazil", *Comparative Politics*, Vol. 42, issue 3, pp. 313-331

Ovalle, Jorge (1972): "Un Proyecto de Reforma Constitucional no es un Proyecto de Ley Ordinaria", *Revista de Derecho Público*, Vol.13.

Parau, Cristina (2013): "The Dormancy of Parliaments: The Invisible Cause of Judiciary Empowerment in Central and Eastern Europe", *Representation*, Vol. 49.

Pasquino, Pasquale (1998): "Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy", *Ratio Juris*, Vol. 11: pp. 38-47.

Pasquino, Pasquale y Billi, Francesca eds. (2009): *The Political Origins of Constitutional Courts. Italy, Germany, France, Poland, Canada, United Kingdom* (Roma, Fondazione Adriano Olivetti).

Pasquino, Pasquale (2009): "The New Constitutional Adjudication in France. The reform of the referral to the French Constitutional Council in light of the Italian model", *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol 3.

Peña, Marisol (2011): *Aportes del Tribunal Constitucional de Chile al Estado de Derecho y a la Democracia* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional N°47).

Piedrabuena, Guillermo (1970): *La Reforma Constitucional* (Santiago, Ediciones Encina)

Ponthoreau y Hourquebie (2009): "The French Conseil Constitutionnel: An Evolving Form of Constitutional Justice", en *Constitutional Courts. A Comparative Study* (Wildy, Simmonds & Hill Publishing).

Provine, Doris Marie (1996): "Courts in the Political Process in France", en *Courts , Law, and Politics in Comparative Perspective* (Yale University Press)

Ramseyer, J. Mark (1994): "The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23.

Ribera, Teodoro (1984): "El Tribunal Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, Vol.11.

Ribera, Teodoro (1987): *Función y Composición del Tribunal Constitucional de 1980* (Centro Estudios Públicos) Vol. 27.

Ríos, Lautaro (2005): "El Nuevo Tribunal Constitucional", en Zúñiga, Francisco (ed.) *Reforma Constitucional* (Santiago, Lexis Nexis): pp. 627-650.

Ríos-Figueroa, Julio y Pozas-Loyo, Andres (2010*): "*Enacting Constitutionalism: The Origins of Independent Judicial Institutions in Latin America", C*omparative Politics,* Vol. 42.

Rivas, Diana (2013): "Naturaleza Jurídica de la Inaplicabilidad en el Modelo Chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 2, N°2.

Sadurski, Wojciech (2008): *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe* (2da Edición, Springer)

Sadurski, Wojciech (2009): "Judicial Review in Central and Eastern Europe: Rationales or Rationalizations", *Israel Law Review*, Vol.42.

Schor, Miguel (2008): "Judicial Review and American Constitutional Exceptionalism", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 46.

Shapiro, Martín (1999): "The Success of Judicial Review", en Kenney, Sally, Reisinger, William y Reitz, John (eds), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective* (Palgrave Macmillan).

Shapiro, Martin (2003): "Judicial Review in Developed Democracies", *Democratization and the Judiciary*, Vol. 10.

Shapiro, Martin (2013): "The Mighty Problem Continues", en Kapiszewski, Diana, Silverstein, Gordon y Kagan, Robert (eds), *Consequential Courts. Judicial Roles in Global Perspective* (Cambridge University Press) pp. 380- 398.

Sigmund, Paul (1977): *The Overthrow of Allende and the Politics of Chile 1964–1976* (University of Pittsburgh).

Silva Bascuñán, Alejandro (1964): "Inconstitucionalidad de las Leyes", en Guzmán Dinator, Jorge (ed.), *Nueva Sociedad*, *Vieja Constitución* (Santiago, Editorial Orbe)

Silva Bascuñán, Alejandro (1970): "El Tribunal Constitucional", en *Reforma Constitucional 1970* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Silva Bascuñán, Alejandro (2003): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Silva Cimma, Enrique (1977): *El Tribunal Constitucional de Chile (1971–1973)* (2da Edición, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana).

Stephenson, Matthew (2003): ""When the Devil Turns...": The Political Foundations of Independent Judicial Review", *The Journal of Legal Studies,* Vol. 32.

Stone Sweet, Alec (2003): "Why Europe Rejected American Judicial Review. And Why It May Not Matter", *Michigan Law Review,* Vol. 101.

Tapia, Jorge (1977): "El Difícil Camino de Transición al Socialismo. El Caso Chileno, en una Perspectiva Histórica", *Chile 1970-1973. Lecciones de una Experiencia* (Madrid, Editorial Tecnos): pp. 33-87

Crónica: Terceras Jornadas Chilenas de Derecho Público, Universidad de Concepción 1964 (1965), *Revista de Derecho Público*.

Tomic, Radomiro (1977): "La Democracia Cristiana y el Gobierno", en *Chile 1970-1973. Lecciones de una Experiencia* (Madrid: Editorial Tecnos).

Tushnet, Mark (2014): *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law* (Elgar Advanced Introductions).

Valenzuela, Arturo (1976): "Political Constraints to the Establishment of Socialism in Chile", en Valenzuela, Arturo, y Valenzuela, J. Samuel (eds), *Chile: Politics and Society* (Transaction Books, Rutgers University).

Valenzuela, Arturo (1978): "The Breakdown of Democratic Regimes. Chile", en Linz, Juan y Stepan, Alfred (eds) (The Johns Hopkins University Press).

Verdugo, Sergio (2019): "The Fall of the Constitution's Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 17

Verdugo, Sergio (2021): "How Constitutional Review Experiments Can Fail? Lessons from the Chilean 1925 Constitution", *en prensa*.

Weiler, J.H.H., Lustig, Doreen (2018): "Judicial Review in the Contemporary World -- Retrospective and Prospective", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 16, issue 2.

Zúñiga, Francisco (2002): *Elementos de Jurisdicción Constitucional* (Santiago, Edición Universidad Central de Chile) Vol. 2.

EL PACTO MUNDIAL POR EL AMBIENTE Y LA IDEA DE UNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

GLOBAL PACT FOR THE ENVIRONMENT AND THE IDEA OF THE UNIFICATION OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Raúl Fernando Campusano Droguett[*]
Tatiana Andrea Torres Pinto[**]

Resumen: En este texto exponemos un análisis sobre un posible futuro del derecho ambiental internacional. Concretamente se busca examinar el paso que la comunidad internacional podría dar con el Pacto Mundial por el Medio Ambiente como el instrumento jurídico de referencia internacional de carácter vinculante, a la luz de los acuerdos internacionales de carácter ambiental existentes y de la actual política y derecho ambiental. Algunos de los más importantes desafíos ambientales actuales, como cambio climático, pérdida de diversidad biológica y contaminación de aire, agua y suelos, son globales por naturaleza y, por tanto, requieren respuestas globales que las políticas y legislaciones nacionales no pueden abordar ni resolver. La idea de un pacto mundial es importante y valiosa por muchas razones. Primero porque es un esfuerzo serio y real de construir un marco valórico global y consensuado sobre como debe actuar la humanidad en relación con los desafíos ambientales. Segundo porque levanta la idea que el tema es, al final del día, valórico y político. Tercero porque muestra un camino hacia delante y nos dice que el futuro es posible, que un mejor futuro es posible, que un buen futuro es posible.

[*] Abogado Universidad de Chile. Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts, University Notre Dame, USA. Profesor titular de Derecho Internacional del Medio Ambiente. Director académico del Programa de Magíster en Derecho Ambiental. Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl

[**] Abogada. Universidad Santo Tomás, Colombia. Magister en Derecho Ambiental Universidad del Desarrollo, UDD. Correo electrónico: tatitorres.pinto@gmail.com

Palabras clave: Pacto mundial por el medio ambiente, cooperación internacional, jurídicamente vinculante y principios fundamentales del derecho internacional ambiental.

Abstract: This paper presents an analysis about a possible future of international environmental law. Specifically, it seeks to examine a step the international community could to take through the Global Pact for the Environment as the binding international legal reference instrument, in the framework of international environmental agreements and current environmental policy and law. Some of today's most important environmental challenges, such as climate change, loss of biological diversity, and contamination of air, water, and soil, are global in nature and therefore require global responses that national policies and legislation cannot address or resolve. The idea of a Global Compact is important and valuable for many reasons. Firstly, because it is a serious and real effort to build a global and agreed value framework on how humanity should act in relation to environmental challenges. Second, because it raises the idea that the topic is, at the end of the day, ethical and political. Third, because it shows a way forward and tells us that the future is possible, that a better future is possible, that a good future is possible.

Keywords: Global Pact for the Environment, international cooperation, legally binding and fundamental principles of international environmental law.

"The concept of national sovereignty has been an immutable,
indeed sacred, principle of international relations.
It is a principle which will yield only slowly and reluctantly
to the new imperatives of global environmental cooperation.
It is simply not feasible for sovereignty to be exercised
unilaterally by individual nation states, however powerful.
The global community must be assured of environmental security".

Maurice Strong

Introducción

El Acuerdo de París y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Organización de Naciones Unidas marcan una inflexión reciente sobre las estrategias para abordar las problemáticas actuales derivadas de los impactos ambientales que tiene nuestro desarrollo como sociedad. Sin embargo, los compromisos adquiridos en dichos acuerdos y en otros instrumentos inter-

nacionales que abogan por la protección ambiental no han logrado toda la aplicación e incorporación esperada en la normatividad interna ni en los desarrollos jurisprudenciales de las distintas naciones encargadas de velar por el ambiente y del impacto que causan los daños en la naturaleza a los seres vivos.

Bajo este contexto normativo internacional ambiental y el panorama geopolítico actual, en 2017 el gobierno francés propuso a las Naciones Unidas un proyecto denominado: "Pacto mundial para el Medio Ambiente"[1] elaborado por Le Club des Juristes y por ochenta expertos de diferentes países, con miras a erigir un instrumento jurídico vinculante que afirme todos los principios del derecho ambiental internacional para "adaptar nuestras instituciones internacionales, nuestras democracias y nuestro derecho a los desafíos a largo plazo"[2] y garantizar los derechos ambientales de los ciudadanos del mundo.

Como resultado de la gestión del gobierno francés, el 10 de mayo de 2018 la Asamblea General de las Naciones Unidas expidió la resolución A/RES/72/277 bajo el nombre: "Hacia un pacto mundial por el medio ambiente"[3] con el propósito de crear un grupo de trabajo especial designado para identificar los vacios del derecho ambiental internacional y lograr un gran pacto internacional vinculante con todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales y la sociedad civil para hacerle frente a la problemática ambiental.

El referido grupo de trabajo especial, enfrenta el gran desafío de elaborar un documento de carácter técnico que analice el informe presentado por el secretario general de las Naciones Unidas bajo el nombre: "Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente"[4], con el objetivo de que considere potenciales opciones para abordar las posibles lagunas del derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos que se relacionan con ello y proponga recomendaciones a la Asamblea General para aprobar un posible instrumento ambiental internacional que armonice con los instrumentos ya existentes, en un escenario político complejo, en el que varias naciones priorizan sus diversos intereses sobre las prioridades ambientales globales.

---

[1] Le club des jurists (2017). *Project. Global Pact for the Environment*. Disponible en http://leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/Project-Global-Pact-for-the-Environment.pdf [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

[2] Ministére de la Transition écoloqique et solidaire (2017).

[3] Asamblea General de las Naciones Unidas (2018).

[4] "Gaps in international environmental law and environmental-relate instruments: Towards a global pact for the environmental", in *ONU Environment*. Disponible en https://globalpact.informea.org/report [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

Lograr el tercer pacto de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos que abarque todos los ámbitos del ambiente e integre los tratados existentes, equivale a encontrar, como señalan varios expertos, la armonía normativa que se requiere para enfrentar los desafíos actuales y futuros que nos presenta la degradación ambiental que amenaza con la vida humana.

La idea de un pacto global o de unificación del derecho ambiental se da en un contexto de interesantes desarrollos de la disciplina. Por ejemplo, los desarrollos encaminados a explorar si la naturaleza podría ser sujeto de derechos (o los animales o los ecosistemas)[5]. También la idea de entender el ambiente como una materia relacionada estrechamente con los derechos humanos. Y también la idea de la necesidad de acuerdos globales, más allá de las políticas y derechos nacionales para abordar los grandes desafíos ambientales del planeta. Y en este contexto, la idea de construir un ideario valórico, una base de principios que sean acordados por toda la comunidad internacional[6].

[5] 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 de manera paulatina 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.

[6] Por ejemplo, si uno observa lo que está sucediendo alrededor de las iniciativas relacionadas con cambio climático, es posible percibir esta tendencia. La ley peruana de cambio climático establece principios que deben iluminar la interpretación de sus normas: 1. 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. 2. 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 multidimensio-

I. Aspectos a considerar para lograr un "Pacto Mundial por el Medio Ambiente"

Con base en el actual marco jurídico internacional ambiental, el proyecto de acuerdo y el informe "Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente", puede decirse que son cuatro los enfoques u objetivos mínimos que deben considerarse para la adopción de un documento integral global ambiental de carácter vinculante, los cuales desarrollamos en el presente documento:

1. Un texto que responda a las dinámicas contemporáneas del derecho ambiental

El ambiente y la guerra siempre han estado de alguna forma vinculados, pero no ha tenido la atención que merece. La guerra y los conflictos armados de manera directa o indirecta causan graves daños a los ecosistemas que en muchos casos es olvidada por los Estados vinculados a este flagelo.

---

nales y articuladas. 3. 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. 4. 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. 5. 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. 6. 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. 7. 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. 8. 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.

La Declaración de Rio de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, señala en el principio 24:

> "La guerra es, por definición, enemiga del desarrollo sostenible. En consecuencia, los estados deberán respetar las disposiciones de derecho internacional que protegen al medio ambiente en épocas de conflicto armado, y cooperar en su ulterior desarrollo, según sea necesario"[7].

Además, con la resolución 47/37 de 1993 sobre la Protección del Medio Ambiente en Tiempo de Conflicto Armado, la Asamblea General de la ONU reconoció "que ciertos medios y métodos bélicos pueden surtir efectos desastrosos sobre el medio ambiente"[8] y posteriormente adoptó en 2016 una resolución para reconocer el papel de los ecosistemas saludables y de los recursos gestionados de forma sostenible en la reducción del riesgo del conflicto armado y reafirmó su compromiso con la implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible-ODS[9].

Para la Defensoría del Pueblo de Colombia, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) al aprobar la resolución UNEP EA.2/RES.15[10] para proteger el ambiente en zonas afectadas por conflictos armados,

> "reconoce la necesidad de mitigar el impacto ambiental de las actividades de los grupos que se dedican a la delincuencia transnacional y otros grupos de delincuencia organizada, incluidos los grupos armados ilegales, así como a la explotación y el comercio ilícitos de los recursos naturales en las zonas afectadas por conflictos armados"[11].

---

[7] Organizaciones de las Naciones Unidas (ONU), División de Desarrollo Sostenible. Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992), principio 24.

[8] "Daños Ambientales causados por el conflicto armado y su posible reparación en el marco de la implementación del acuerdo de paz", en *Defensoría del Pueblo*. Disponible en www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/6957/Da%C3%B1os-ambientales-causados-por-el-conflicto-armado-y-su posible-reparaci%C3%B3n-en-el-marco-de-la-implementaci%C3%B3n-del-Acuerdo-de-Paz-derechos-ambientales-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo-ONU-derechos-colectivos.htm [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

[9] "El devastador impacto de los conflictos en el medio ambiente", en *ONU, Medio Ambiente*. Disponible en www.unenvironment.org/es/news-and-stories/reportajes/el-devastador-impacto-de-los-conflictos-en-el-medio-ambiente [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

[10] ONU, Sistema de archivo de documentos (2016). "La protección del medio ambiente en zonas afectadas por conflictos armados", p. 1. Disponible en https://documents.un.org/prod/ods.nsf/xpSearchResultsM.xsp [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

[11] "Daños ambientales causados por el conflicto armado", en *Defensoría del Pueblo*. Disponible en.www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/6957/Da%C3%B1os-ambientales-causados-por-el-conflicto-armado-y-su posible-reparaci%C3%B3n-en-el-marco-de-la-

Actualmente, el art. 19 del proyecto de Pacto dispone:

> "los Estados deben asumir, de conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional, todas las posibles medidas para proteger el medio ambiente en relación con los conflictos armados".

Sin embargo, no determina que alcance tendría esta disposición.

Para Susan Biniaz del Sabin Center for Climate Changes Law de la Columbia Law School[12], el art. 19 sobre conflicto armado tiene un enfoque muy amplio sin una destinación concreta. De acuerdo con su análisis, no se sabe si incluye a la conservación de la pesca, si cubre la caza de ballenas o incluye la ley comercial de estas en relación con la restricción de importaciones.

Por otra parte, es necesario entender que las problemáticas ambientales derivadas de los conflictos armados son de resolución compleja, porque acabado el conflicto los daños generados persisten por varios años o décadas afectando los ecosistemas y recursos naturales y, además, porque resulta dificultoso imponer sanciones y obligaciones de reparación de los ecosistemas afectados a los grupos al margen de la ley y, por ende, correspondiendo al Estado responder por ello en virtud de su obligación de amparo.

Por ejemplo, la minería, la tala ilegal, la siembra de cultivos ilícitos y el derramamiento de petróleo a causa de la voladura de oleoductos en Colombia, se encuentran dentro de los principales problemas ambientales más grandes del país, y están ligados en su mayoría al conflicto armado interno. La extracción de oro en zonas del país controladas por el entonces grupo guerrillero FARC para su financiamiento, fue causante de la contaminación por mercurio de varios ríos y cuencas, que en muchos casos se encuentran en zonas protegidas con gran biodiversidad[13].

Gracias al proceso de paz logrado en el año 2016 entre el gobierno colombiano y este grupo guerrillero después de más de cincuenta años de enfrentamiento armado, disminuyó, en gran medida, el impacto negativo en los ecosistemas por contaminación con mercurio, los daños ocasionados a las fuentes hídricas persistirán por varios años sin que se logre una verdadera reparación ambiental, pese a existir las herramientas jurídicas para ello.

Por una parte, surge el interrogante si este principio también es aplicable respecto de los daños ambientales transnacionales causados por guerras,

implementaci%C3%B3n-del-Acuerdo-de-Paz-derechos-ambientales-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo-ONU-derechos-colectivos.htm [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

[12] Biniaz (2017), p. 11

[13] Véase el informe: "La paz y la protección ambiental en Colombia: Propuesta para un desarrollo rural sostenible", en *El Diálogo Liderazgo para las Américas*. Disponible en http://static.iris.net.co/sostenibilidad/upload/documents/envt-colombia-esp_web-res_final-for-email.pdf [fecha de consulta: 22 de julio de 2019].

ya que los conflictos armados entre naciones se desarrollan en muchos casos en ecosistemas vulnerables que se ven afectados.

Por otro lado, recientemente en América Latina se ha empezado a reconocer y aplicar el principio precautorio o de precaución como herramienta jurídica para evitar o detener las actividades de fracturación hidráulica o *fracking* para exploración o explotación de yacimientos no convencionales de gas natural o petróleo, al considerarse como actividades generadoras de importantes riesgos para el ambiente y la salud.

Contrario a la aplicación de este principio en las legislaciones internas de países como Francia, Alemania y España, entre otros, países como Estados Unidos, Canadá y China son los abanderados de esta técnica que aumenta sus niveles de producción de hidrocarburos,

> "mejorando sus sistema de comercialización y estimando un incremento exponencial que podría llevarlos al autoabastecimiento en el mediano plazo (...)"[14].

El principio precautorio considerado en el art. 6 del Proyecto de Pacto, tiene un importante desarrollo doctrinario y en la actualidad un interesante desarrollo jurisprudencial en varios países de América Latina[15] donde empiezan a aplicarlo bajo unos criterios de análisis caso a caso en los que han prosperado diversas demandas judiciales en pro del ambiente.

El principio precautorio también denominado de cautela, inicialmente fue adoptado en Alemania y luego previsto en variados instrumentos internacionales como la Declaración de Londres y en el Convenio de Bamako, África sobre Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos.

Al reconocerse en el principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, su concepción toma más fuerza al señalarse:

> "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro o daño grave o irreversible, la falta de certeza

[14] "Fracking: Países a favor, países en contra y sus razones", en *Institución Asociación Geoinnova*. Disponible en https://geoinnova.org/blog-territorio/fracking-paises-favor-paises/#comments [fecha de consulta: 22 de julio de 2019].

[15] Un ejemplo de ello son las providencias judiciales emitidas por los órganos judiciales colombianos: Consejo de Estado Colombia, expediente n.° AP-25000-23-27-000-2001-90479-01, 28 de marzo de 2014 (sentencia de acción popular- Río Bogotá), considerando I.3.1; Consejo de Estado Colombia, expediente n.° AN-11001-03-26-000-2016-00140-00, 8 de noviembre de 2018 (auto que suspende provisionalmente actos administrativos que establecen los criterios y procedimientos para la exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales), considerando 4.3 y Corte Constitucional Colombia, expediente C-293-2002, de 23 de abril de 2002, considerandos 2.4 y 3.

> científica absoluta no deberá utilizarse como argumento para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente".

Un aspecto importante de este principio es el traslado del riesgo probatorio, de inversión de la carga de la prueba, que de acuerdo con el Tratado Niza del año 2000 de la Comisión Europea no siempre se produce y por tal razón, debe ser revisado caso a caso.

Otro elemento importante para analizar, es la coherencia que deberá tener el principio precautorio del Pacto Global respecto del mismo principio desarrollado en otros acuerdos internacionales. Por ejemplo, el art. 15 de la Declaración de Río señala el deber por parte de los Estados de aplicar el criterio de precaución conforme a sus capacidades, mientras que el art. 6 del proyecto no lo dispone así.

Según el artículo de Susan Biniaz recientemente citado[16], el borrador del Pacto Mundial articula una versión particular de precaución que se refleja en varios acuerdos internacionales, donde cada uno está diseñado para abordar los aspectos ambientales particulares. En ese sentido, señala Susan Biniaz, que las articulaciones de precaución varían de muchas maneras, que tienen que ver con

> "como es probable que el daño tenga que ser?, qué tan grave debe ser el daño?, qué inconclusa es la ciencia y qué tipo de medidas no deben posponerse".

Considera la investigadora y líder en asuntos ambientales[17], que hay otras variaciones encontradas en el Protocolo de Bioseguridad, en el Convenio de Estocolmo, en El Acuerdo sobre las Existencias Transzonales, en el Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en el Marco sobre Cambio Climático, entre muchos otros, donde cada uno fue diseñado específicamente para el acuerdo o tema en cuestión y, por tanto, es viable preguntarse, ¿qué efecto, si lo hubiera, tendría este artículo sobre el Protocolo de Londres o cualquier otro acuerdo? ¿Con una versión diferente de precaución?

2. *Un documento consensuado que se apoye en numerosos precedentes internacionales*

Las distintas posiciones adoptadas hace poco por los países integrantes de la Asamblea General de la ONU permiten reflexionar sobre si el Pacto Global para el Medio Ambiente es el camino indicado para resolver las amplias y diversas problemáticas ambientales que continuamente se dan en el mundo.

[16] Biniaz (2017), p. 6.
[17] *Op. cit.*, p. 7.

Empiezan a manifestarse los argumentos a favor y en contra sobre el Proyecto de Pacto, que de alguna manera marcan el enfoque de las distintas naciones respecto de cómo abordarán la discusión en el futuro cercano.

Posiciones como las de Estados Unidos y Rusia manifestadas en la reunión de la Asamblea General de la ONU al aprobarse la resolución que establece el grupo de trabajo[18], se destacan por considerar que no existe claridad sobre como contribuye la propuesta al régimen ambiental existente y resaltan la importancia de centrarse en la implementación de los instrumentos existentes como la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Por otro lado, en la primera sesión sobre el Pacto celebrada en Nairobi donde los Estados deliberaron sobre los hallazgos del informe presentado por el secretario general de la ONU, se expresó el permanente el interés de garantizar que el instrumento internacional que se pretende adoptar no debilite la normatividad y los procesos ambientales que existen[19].

Será parte relevante de la discusión, afrontar que cada uno de los países expondrá sus realidades internas y actuará en su beneficio particular, pero también les corresponderá armonizar sus problemáticas particulares con los principios de Cooperación Ambiental y Responsabilidades Comunes, pero Diferenciadas y las Capacidades Respectivas para conseguir un pacto coherente y equilibrado para toda la sociedad.

El informe del secretario general de la ONU, destaca como la cooperación es de vital importancia para impedir la degradación ambiental y proteger la salud humana de los desastres causados por los Estados en desarrollo[20] y como los acuerdos ambientales multilaterales que incorporan el Principio de Responsabilidades Comunes, pero Diferenciadas y las Capacidades Respectivas garantizan la participación de todos los Estados[21], aspectos muy relevantes que deben armonizarse con los acuerdos multilaterales que incorporan estos principios para fortalecer un acuerdo del nivel que se pretende adoptar.

Lograr verdaderos consensos entre los miembros de la ONU debiera ser un aspecto clave para lograr la aplicabilidad del Pacto Global, porque en la medida que se permita exponer las distintas realidades de cada uno y se llegue a puntos medios para plasmarlos en el acuerdo, facilitará que luego sea ratificado en los países e ingresen a su legislación interna para ser invocados en los tribunales nacionales.

---

[18] "General Assembly Decides to Establish Working Group Aimed at Identifying Gaps in International Environmental Law", in *ONU*. Disponible en www.un.org/press/en/2018/ga12015.doc.htm [fecha de consulta: 22 de julio de 2019].

[19] "Países debaten la necesidad de un pacto mundial por el medio ambiente", en *ONU Medio Ambiente* en www.unenvironment.org/es/news-and-stories/reportajes/paises-debaten-la-necesidad-de-un-pacto-mundial-por-el-medio-ambiente [fecha de consulta: 22 de julio de 2019].

[20] Guterres (2018).

[21] *Ibid*.

3. Un documento y vehículo que sirva de armonizador y de búsqueda de consistencia del derecho internacional del medio ambiente

En este punto, surge el interrogante de cómo armonizar en un solo documento los diferentes acuerdos internacionales para que actúen como facilitadores de los problemas ambientales que viven las naciones que con su acción o su omisión generan consecuencias ambientales globales alarmantes?

La coherencia que debe existir entre los acuerdos internacionales que se relacionan con el ambiente y la salud humana ya existentes y el Pacto Global que se pretende suscribir para abordar la amplia gama de problemas ambientales que existe en el mundo, debe partir por reconocer y resolver los vacios o brechas de la actual normativa internacional.

Se destacan los siguientes vacios en ese sentido:

a. Falta de un marco normativo general que contenga los principios ambientales vitales, que sean la estructura de todos acuerdos internacionales ambientales y se invoquen como guías para resolver los conflictos que conozcan los tribunales internacionales y las cortes de cada nación.

Al respecto, el secretario general de la ONU considera:

> "El derecho internacional del medio ambiente y su aplicación efectiva podrían reforzarse a través de medidas como la aclaración y el fortalecimiento de los principios que rigen ese ámbito del derecho. Esto podría lograrse con un instrumento internacional exhaustivo y unificador que abarcase todos los principios del derecho ambiental. También debería haber medidas más eficaces de verificación, examen y presentación de informes, y unos mecanismos y procedimientos de cumplimiento y aplicación sólidos, que asegurasen que los Estados que necesitasen apoyo dispusiesen de recursos suficientes para poder cumplir sus compromisos de manera eficaz; además, la función de los agentes no estatales debería reforzarse en múltiples niveles[22].

b. Falta de priorización del los principios ambientales vitales en los instrumentos internacionales que se relacionan con el ambiente, donde la protección ambiental en acuerdos comerciales, de inversión y de propiedad intelección es pasada por alto.

Un ejemplo de ello son los instrumentos de propiedad intelectual, donde

> "los derechos exclusivos conferidos por las patentes, los derechos sobre variedades vegetales y los modelos de utilidad pueden abarcar tecnologías de energía renovable, medicamentos para enfermedades nuevas resultantes de las nuevas condiciones climáticas y cultivos nuevos concebidos para lugares que han dejado de ser aptos para plantas tradicionales"[23].

[22] Guterres (2018), p. 2.

[23] *Op. cit.*, pp. 34-35.

Entonces, la discusión también debe darse con todos los instrumentos internacionales como la OMC y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que contengan discordancias con la normatividad ambiental internacional para lograr que las actividades económicas de índole internacional se ajusten a los principios medioambientales más relevantes.

4. *Un documento vinculante que complete la legislación existente y fortalezca los principios codificados.*

Tal vez uno de los desafíos más grandes que tiene la Asamblea General de las Naciones Unidas para lograr el anhelado Pacto Global por el ambiente, es el de concertar un documento jurídicamente vinculante para todas las Partes y en especial convencer aquellas naciones como Estados Unidos y Rusia que consideran que los instrumentos internacionales existentes son suficientes para proteger el ambiente.

Los esfuerzos realizados por la comunidad internacional desde la declaración emitida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente adoptada en Estocolmo en 1972 hasta los ODS adoptados en 2015 y los compromisos adquiridos también en 2015 por las Partes de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC) al suscribir el Acuerdo de París en favor del ambiente, han sido cuestionados por su falta de eficacia.

La naturaleza jurídica de *soft law*[24] que tienen los tratados de derecho internacional ambiental, que incluye el régimen climático, es una característica que ha dificultado el nivel de compromiso y cumplimiento que requie-

[24] Nava (2016), p. 8. Para el autor: "...el contenido normativo de los tratados sea en principio de naturaleza vinculante, estos instrumentos pueden contener disposiciones que no tengan tal naturaleza; es decir, enunciados que carezcan de obligatoriedad, de conformidad con lo señalado en párrafos anteriores. La existencia, terminología y significado de estos preceptos en tratados ha sido discutida desde hace algunas décadas. Su importancia actual es inobjetable, y se les conoce por lo común como normas de derecho suave, blando o flexible, en inglés, *soft law*. En ocasiones, también se hace referencia a ellas como compromisos u "obligaciones". Aunque la doctrina admita su existencia, no hay consenso entre los especialistas sobre cómo adjetivar a este tipo de normas ni tampoco sobre cómo determinar si tienen o no cierto grado o nivel de obligatoriedad. Hay quienes optarían por llamarles normas, compromisos u obligaciones *no jurídicas*, *no legales*, *no vinculantes* o *no jurídicamente vinculantes*, y quienes preferirían referirse a ellas (conjunta o separadamente) como *declarativas*, *políticas*, *programáticas, exhortativas, aspiracionales, no autoejecutables, vagas e imprecisas, menos vinculantes*, o normas que generan *obligaciones mínimas*, *obligaciones de comportamiento, obligaciones generales* (es decir, normas de carácter general). Ante este desacuerdo doctrinal se han creado expresiones genéricas, tales como las de *legal soft law* o *soft law material*. De aquí la existencia de un derecho suave legal o de normas jurídicas de derecho suave en los tratados".

ren tener los acuerdos que suscriben los países para lograr cambios rápidos y específicos en beneficio de la humanidad y el ambiente.

Por ejemplo: El Acuerdo de París, considerado en la actualidad como el instrumento internacional vinculante más efectivo para actuar contra el cambio climático, es de contenido *soft law.*

> "Por un lado, el deber de las Partes de alcanzar su punto máximo de emisiones mundiales de GEI lo antes posible es norma blanda, porque no impone una meta clara de cumplimiento y, en su lugar, deja tan importante compromiso a discrecionalidad de los países que aunque tienen el deber de comunicar cada cinco años sus contribuciones determinadas (característica de *Hard law)*, es discutible porque la información entregada por aquellas naciones solo representará sus progresiones a lo largo del tiempo".

El principio de eficacia de las normas ambientales previsto en el art. 15 del Proyecto de Pacto puede ser la manera para darle solidez e imponer el tono de obligatoriedad que requiere la normativa internacional ambiental. Señala el artículo: "Las Partes tienen el deber de adoptar normas ambientales efectivas y de garantizar su aplicación y ejecución efectiva y equitativa"[25].

Sin embargo, el proyecto no se refiere a como se comportaría este principio respecto de las obligaciones ya adquiridas por las distintas naciones con características de norma blanda. Es decir, si bajo este principio se permitiría revisar obligaciones contraídas en el Acuerdo de París o el Protocolo de Kioto.

II. Acceso a la información y justicia ambiental (Convención de Aarhus y Acuerdo de Escazú)

Para hacer efectiva la protección ambiental, se requiere contar con información verificable sobre los proyectos que pueden impactar los recursos naturales y, a su vez, tener herramientas jurídicas para acceder a la administración de justicia y abogar por la protección del ambiente y la salud humana. Para lograrlo la comunidad internacional suscribió el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú.

El Convenio de Aarhus[26] suscrito en 1998 y con entrada en vigor en 2001, es un tratado internacional elaborado por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE –UNECE en inglés–), que regula los derechos de acceso a la información en materia medioambiental, partici-

[25] Le club des jurists (2017), p. 6.

[26] Unece (1998).

pación ciudadana y justicia ambiental para Europa y Asia. Además, contiene el protocolo de Kiev, una enmienda relativa a la participación pública en las decisiones sobre la liberación intencionada al ambiente y la introducción en el mercado de organismos modificados genéticamente.

En la actualidad, el Comité de Cumplimiento del Acuerdo de Aarthus señala que la Unión Europe (UE) ha incumplido el acuerdo respecto del derecho de acceso a la justicia. El informe de 2017[27] es concluyente al indicar:

> "ni el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, según lo interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea-TJUE, ni el Reglamento Aarhus (Reglamento (CE) Nº 1367/2006, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus), otorgan una reparación administrativa o judicial suficiente como exige el Convenio en su artículo 9, párrafos 2 y 3"[28].

A partir de las conclusiones del Comité de Cumplimiento, la UE inició el proceso de implementación del Convenio respecto del acceso a la justicia ambiental bajo las conclusiones y recomendaciones precisadas por el órgano verificador, lo cual demuestra la necesidad de reforzar en Europa la aplicación del principio de justicia ambiental.

Por su parte, el Acuerdo de Escazú es un tratado internacional impulsado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) adoptado en 2018, firmado por diecisiete países y ratificado hasta el momento por Guyana[29] de gran importancia para América Latina y el Caribe. Tiene como propósito garantizar los derechos de acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia ambiental a través de herramientas específicas[30].

El recientemente suscrito Acuerdo de Escazú es

> "el único acuerdo jurídicamente vinculante derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20)[31], el

[27] Unece. "Informe de conclusiones y recomendaciones con respecto al incumplimiento por parte de la Unión Europea del Convenio". Disponible en www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-32/Findings/C32_EU_Findings_as_adopted_advance_unedited_version.pdf [fecha de consulta: 23 de julio de 2019].

[28] Farbiarz (2019).

[29] "Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América latina y el Caribe», en ONU, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Disponible en www.cepal.org/es/acuerdodeescazu [fecha de consulta: 23 de julio de 2019].

[30] Véase Durán (2018).

[31] ONU, CEPAL (2018).

> primer tratado sobre asuntos ambientales de la región y el primero en el mundo que incluye disposiciones sobre los defensores de los derechos humanos en asuntos ambientales"[32]

con el cual, se creará un marco regulatorio e institucional, con aportes de recursos económicos, para garantizar la protección a los defensores del ambiente que se ven continuamente amenazados en línea con los ODS.

Sin embargo, cuenta con inconvenientes respecto del artículo del Acuerdo que impone a los Estados partes en controversia la obligación de acudir a la Corte Penal Internacional o al arbitraje que determinen conjuntamente para dirimir sus desacuerdos. Para Chile, uno de los impulsores de Escazú, su firma se ha postergado dado que en virtud de la soberanía del país aún se encuentra en análisis la mencionada cláusula[33].

ONG como Global Witness[34] y Amnistía Internacional Chile[35], señalan que América Latina es el continente donde ocurren más asesinatos de defensores socio-ambientales o que impulsan iniciativas de protección de recursos naturales, con cifras que van en aumento.

Hace poco con el informe "Tierra de Resistentes, la realidad de los defensores del ambiente"[36] de abril de 2019, mediante rigurosas investigaciones periodísticas se conoció que Brasil, México y Colombia, son los países que registran el mayor número de casos de victimas que defienden el ambiente, entre los que se incluyen asesinatos, desplazamientos y desapariciones. El Informe destaca la impunidad en los casos, ya que la mayoría de los procesos judiciales continúan en investigación.

---

[32] "Expertos de la ONU instan a la pronta ratificación de un histórico tratado ambiental en América Latina y el Caribe, ONU, CEPAL". Disponible en www.cepal.org/es/comunicados/expertos-la-onu-instan-la-pronta-ratificacion-un-historico-tratado-ambiental-america [fecha de consulta: 23 de julio de 2019].

[33] "Acuerdo de Escazú: Su importancia y porque Chile no ha firmado", en *Ladera del sur*. Disponible en https://laderasur.com/estapasando/acuerdo-de-escazu-su-importancia-y-porque-chile-no-ha-firmado/ [fecha de consulta: 24 de julio de 2019].

[34] "Casi cuatro defensores ambientales a la semana asesinados en 2017", en *Global Witness*. Disponible en www.globalwitness.org/en/press-releases/2017-es-el-%C3%B1o-con-m%C3%A1s-muertes-registradas-de-personas-defensoras-de-la-tierra-y-el-medio-ambiente/ [fecha de consulta: 25 de julio de 2019].

[35] "Por qué tenemos que salir en defensa de los defensores y defensoras de la tierra en este día mundial del medio ambiente", en *Anmistia Internacional Chile*. Disponible en https:/ / amnistia.cl/noticia/por-que-tenemos-que-salir-en-defensa-de-los-defensores-y-defensoras-de-la-tierra-en-este-dia-mundial-del-medio-ambiente/ [fecha de consulta: 25 de julio de 2019].

[36] "Tierra de resistentes, la realidad de los defensores del ambiente", en *ONG Consejo de Redacción*. Disponible en https://consejoderedaccion.org/iniciativas/item/899-tierra-resistentes [fecha de consulta: 25 de julio de 2019].

La relevancia de estos tratados reside, en que resalta la intima relación que existe en los derechos humanos y el ambiente que deben atenderse con mecanismos que logren fortalecer la democracia en materia ambiental, permitiendo que en la toma de decisiones por parte de los gobiernos, sobre planes y programas relacionados con el ambiente, tenga presencia activa una ciudadanía informada que puede acudir al los jueces cuando considera que sus derechos son vulnerados en ocasión a un proyecto que impacta el ambiente.

Bajo el amparo de estas herramientas que ponen en práctica el principio 10 de la declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo se protege el derecho de todas las personas a vivir en un entorno adecuado a su salud y bienestar, las cuales tendrán que alinearse con el proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente que en los arts. 9, 10 y 11 contiene disposiciones al respecto.

El art. 9 sobre Información Pública[37] del Proyecto de Pacto, dispone el derecho que tienen todas las personas, sin distinción alguna, de acceder a la información de las autoridades públicas, quienes están obligadas de acuerdo a su normatividad interna a brindar la información ambiental relevante.

En este aspecto, el art. 5 del Acuerdo de Escazú[38] contiene una normativa más robusta con la que se logra más efectividad en la protección del derecho a la información ambiental. Además de reconocer el derecho, lo refuerza con la posibilidad que tiene el solicitante de impugnar y recurrir ante la no entrega de información y le da relevancia a las personas o grupos

[37] Le club des jurists (2017), art. 9 Información pública: Cualquier persona, sin la necesidad de demostrar interés, tiene derecho a acceder a la información. Propiedad de las autoridades públicas. Las autoridades públicas deben, en el marco de su legislación nacional, recoger y a disposición del público la información ambiental relevante.

[38] ONU, CEPAL (2018), art. 5. Accesibilidad de la información ambiental: 1. Cada Parte deberá garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que está en su poder, bajo su control o custodia, de acuerdo con el principio de máxima publicidad. 2. El ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental comprende: a) solicitar y recibir información de las autoridades competentes sin necesidad de mencionar algún interés especial ni justificar las razones por las cuales se solicita; b) ser informado en forma expedita sobre si la información solicitada obra o no en poder de la autoridad competente que recibe la solicitud; y c) ser informado del derecho a impugnar y recurrir la no entrega de información y de los requisitos para ejercer ese derecho. 3. Cada Parte facilitará el acceso a la información ambiental de las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, estableciendo procedimientos de atención desde la formulación de solicitudes hasta la entrega de la información, considerando sus condiciones y especificidades, con la finalidad de fomentar el acceso y la participación en igualdad de condiciones. 4. Cada Parte garantizará que dichas personas o grupos en situación de vulnerabilidad, incluidos los pueblos indígenas y grupos étnicos, reciban asistencia para formular sus peticiones y obtener respuesta (...).

vulnerables estableciendo procedimientos de atención especial para no conculcar su derecho, y otros tantos que refuerzan su amparo.

Respecto del Convenio de Aarhus, en criterio de Susan Biniaz[39], el Proyecto de Pacto sobre los derechos de acceso a información pública, participación pública y acceso a justicia ambiental omite todos los matices contenidos en el principal acuerdo internacional sobre el tema, que es Aarhus, desconociendo su contenido bajo una redacción rígida es más apropiada para un principio de exhortación que para una obligación legalmente vinculante.

Conclusiones

Considerando la variedad de problemáticas del derecho internacional ambiental, como la falta de un marco normativo unificado que sirva como guía para la aplicación e interpretación de los principios, la falta de sinergia entre los acuerdos ambientales multilaterales y varios de los instrumentos relacionados con el ambiente, la falta de solidez en la gobernanza ambiental de algunas naciones y la necesidad de mayor financiamiento para resolver las distintas complejidades en cada país, entre otros, que deben abordarse para construir el Pacto Mundial por el Medio Ambiente, resulta más que pertinente invocar en este momento la ética ambiental para afrontarlos.

"The Next Step: Earth trusteeship"[40], es un documento que contiene el discurso de Klaus Bosselmann presentado ante la Asamblea General de Naciones Unidas en 2017 sobre la necesidad de llevar la gobernanza ambiental internacional a un alto nivel. Señala la necesidad de acompañar el proceso de implementación de los ODS bajo un dialogo ético de alto estándar y promover la idea de nación-Estado como fideicomisario de la tierra, considerando que "la ética de la administración de la Tierra es una parte integral de las religiones del mundo".

Recuerda, que el deber fundamental de protección de la tierra acordado por los estados se expresa en por lo menos veinticinco acuerdos internacionales, desde la carta mundial de la naturaleza de 1982 hasta el Acuerdo de París 2015, y que para actuar en ese sentido debemos invocar el principio 7 de la Declaración de Río de 1992 sobre la cooperación de una asociación global.

También resalta, que la legitimidad del Estado como institución jurídica se basa en su capacidad para cuidar de sus ciudadanos y en ese sentido,

[39] Biniaz (2017), p. 7.
[40] Bosselmann (2017).

los Estados modernos están legitimados para actuar en beneficio de la Tierra y por ende del ambiente.

Resultaría apropiado, cimentar sobre estos mismos postulados las discusiones que tendrán los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas para acordar el Pacto Mundial para el Medio Ambiente como el tercer tratado de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos que actué como verdadero marco universal vinculante guía del derecho ambiental.

Así, proponemos como ideas para el debate las siguientes:

1. Algunos de los más importantes desafíos ambientales actuales, como cambio climático, pérdida de diversidad biológica y contaminación de aire, agua y suelos, son globales por naturaleza y, por tanto, requieren respuestas globales que las políticas y legislaciones nacionales no pueden abordar ni resolver.
2. Los extraordinarios avances en ciencia y tecnología y el ritmo acelerado de cambios y transformaciones presentan desafíos éticos novedosos para los que se hace necesaria la búsqueda de nuevos acuerdos y compromisos valóricos globales.
3. La ciencia y tecnología representan un papel de gran importancia en la construcción de un mejor planeta, pero las decisiones no deben ser técnicas, sino políticas, por la necesaria legitimidad que deben tener. Y esta legitimidad política debe ser iluminada a través de una aproximación ética que se construye desde la identificación de principios consensuados a escala global.
4. El diseño y puesta en marcha del Pacto Global puede ser una forma de avanzar en la dirección señalada, construyendo nuevos acuerdos, consensos y valores que sean consistentes con las necesidades de este siglo XXI.
5. Por cierto, que los desafíos son significativos y que debieran existir sistemas de equilibrios y revisiones que permitan flexibilidad en el sistema, entendiendo que puede haber legítimas diferencias y aproximaciones a los temas como, por ejemplo, el eje antropocéntrico y ecocéntrico o biocéntrico.
6. La reflexión debiera integrar también otras consideraciones relevantes como, por ejemplo, los temas de justicia ambiental y su relación con la justicia política, la justicia económica y social y la justicia en sí.
7. También debiera integrar los temas relacionados de lucha contra la pobreza y desafíos como el de la salud.
8. Desde la perspectiva de derecho internacional, también debieran abordarse discusiones clásicas como el de la soberanía nacional frente a normas de derecho internacional duro y blando. Y también

sobre el papel de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. También el de la relación entre derecho internacional y los derechos nacionales. No solo respecto de jerarquía, sino, también, de interpretación y aplicación por tribunales nacionales y por el aparato del estado en general.

9. Y también podría haber una reflexión sobre la relación del Pacto Mundial con otras iniciativas internacionales que podrían prosperar en el futuro como la creación de una Corte Internacional de Justicia Ambiental y un Parlamento Global de Medio Ambiente.
10. De alguna manera y, por cierto, en forma parcial, si el Acuerdo de Escazú logra ser ratificado por un número importante de países de la región, se convertirá de *facto*, en una especie de acuerdo marco regional en ambiente que debiera servir de base para la consistencia de otros acuerdos más específicos y acotados. El Pacto Mundial podría, de la misma forma, representar este papel en el ámbito planetario.
11. La idea de un pacto mundial es importante y valiosa por muchas razones. Primero, porque es un esfuerzo serio y real de construir un marco valórico global y consensuado sobre como debe actuar la humanidad en relación con los desafíos ambientales. Segundo, porque levanta la idea que el tema es, al final del día, valórico y político. Tercero, porque muestra un camino hacia delante y nos dice que el futuro es posible, que un mejor futuro es posible, que un buen futuro es posible.

Bibliografía

Acuerdo de Escazú-CEPAL. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América latina y el Caribe, 4 de marzo de 2018.

Amnistía Internacional Chile. "Por qué tenemos que salir en defensa de los defensores y defensoras de la tierra en este día mundial del medio ambiente". Disponible en https:/amnistia.cl/noticia/por-que-tenemos-que-salir-en-defensa-de-los-defensores-y-defensoras-de-la-tierra-en-este-dia-mundial-del-medio-ambiente/ [fecha de consulta: 25 de julio de 2019].

Asamblea General de las Naciones Unidas (2018). "Hacia un pacto mundial por el medio ambiente".

Biniaz, Susan (2017). "10 Questions to Ask about the Proposed 'Global Pact for the Environment'", in *Sabin Center for Climate Change Law*. Disponible en http://

columbiaclimatelaw.com/files/2017/08/Biniaz-2017-08-Global-Pact-for-the-Environment.pdf [fecha de consulta: abril de 2020].

Bosselmann, Klaus (2017). "The Next Step: Earth trusteeship". ONU, Séptimo diálogo interactivo de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la armonía con la naturaleza, ONU Sede de Nueva York, 21 de abril.

Campusano Droguett, Raúl F. (2013). "Derechos humanos y medio ambiente", en *XLIII Jornadas de Derecho Público*, Concepción: Universidad de Concepción.

Campusano Droguett, Raúl F. (2014). "El buen vivir y los derechos de la naturaleza en las nuevas constituciones de Bolivia y Ecuador", en Acta de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos naturales: Sustentabilidad o sobreexplotación?, Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Legal Publishing, Thomson Reuters.

Campusano Droguett, Raúl F. y Nicolás Vassallo (2019). "Ley de Cambio Climático para Chile: Algunas reflexiones", en *Actualidad Jurídica*, n.° 41, Santiago.

Convenio de Aarhus de la UNECE, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en temas ambientales, 25 de junio de 1998.

Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, junio de 1992.

Defensoría del Pueblo, Colombia, "Daños ambientales causados por el conflicto armado". Disponible en www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/6957/Da%C3%B1os-ambientales-causados-por-el-conflicto-armado-y-su posible-reparaci%C3%B3n-en-el-marco-de-la-implementaci%C3%B3n-del-Acuerdo-de-Paz-derechos-ambientales-Defensor%C3%ADa-del-Pueblo-ONU-derechos-colectivos.htm [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

Duran Medina, Valentina (2018). "Democracia Ambiental y derechos de acceso. Camino a la ratificación del Acuerdo de Escazú", en Conversatorio, ex Congreso Nacional de Chile, 6 de septiembre.

Farbiarz Mas, Alexandra (2019). "Consulta pública de la UE sobre el Convenio de Aarhus en materia de acceso a la justicia", en *Blog EFE VERDE*, 28 de febrero. Disponible en www.efeverde.com/blog/creadoresdeopinion/consulta-publica-convenio-aarhus-acceso-justicia [fecha de consulta: abril de 2020].

Global Witness. "Casi cuatro defensores ambientales a la semana asesinados en 2017". Disponible en www.globalwitness.org/en/press-releases/2017-es-el-%C3%B1o-con-m%C3%A1s-muertes-registradas-de-personas-defensoras-de-la-tierra-y-el-medio-ambiente/ [fecha de consulta: 25 de julio de 2019].

Guterres, Antonio (2018). "Lagunas en el derecho internacional del medio ambiente y los instrumentos relacionados con el medio ambiente: hacia un pacto mundial por el medio ambiente", en Asamblea General de la ONU, 30 de noviembre.

Institución Asociación Geoinnova. "Fracking: Países a favor, países en contra y sus razones". Disponible en https://geoinnova.org/blog-territorio/fracking-paises-favor-paises/#comments [fecha de consulta: 22 de julio de 2019].

Le club des jurists (2017). *Proyect. Global Pact for the Environment*. Disponible en http://leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2017/05/Project-Global-Pact-for-the-Environment.pdf [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

Ministére de la Transition écoloqique et solidaire (2017). "Un Pacte mondial pour l'environnement". Disponible en www.ecologique-solidaire.gouv.fr/pacte-mondial-lenvironnement [fecha de consulta: 20 de julio de 2019].

Morales, Lorenzo (2017). "La paz y la protección ambiental en Colombia: Propuesta para un Desarrollo Rural Sostenible", en *El Diálogo Liderazgo para las Américas*. Disponible en http://static.iris.net.co/sostenibilidad/upload/documents/envt-colombia-esp_web-res_final-for-email.pdf [fecha de consulta: 22 de julio de 2019].

Nava Escudero, Cesar (2016). "El Acuerdo de París. Predominio del Soft law en el régimen climático", en *Revista Scielo*, vol. 49, n.° 147. Disponible en www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332016000300099 [fecha de consulta: abril de 2020].

ONG Consejo de Redacción, "Tierra de resistentes, la realidad de los defensores del ambiente". Disponible en https://consejoderedaccion.org/iniciativas/item/899-tierra-resistentes [fecha de consulta: 25 de julio de 2019].

ONU, "General Assembly Decides to Establish Working Group Aimed at Identifying Gaps in International Environmental Law". Disponible en www.un.org/press/en/2018/ga12015.doc.htm [fecha de consulta: 22 de julio de 2019].

ONU, Medio Ambiente. "El devastador impacto de los conflictos en el medio ambiente". Disponible en www.unenvironment.org/es/news-and-stories/reportajes/el-devastador-impacto-de-los-conflictos-en-el-medio-ambiente [fecha de consulta: 21 de julio de 2019].

ONU Medio Ambiente. "Países debaten la necesidad de un pacto mundial por el medio ambiente". Disponible en www.unenvironment.org/es/news-and-stories/reportajes/paises-debaten-la-necesidad-de-un-pacto-mundial-por-el-medio-ambiente [fecha de consulta: 22 de julio de 2019].

ONU, CEPAL (2018). Acuerdo de Escazú, preámbulo.

Resolución Asamblea General de la ONU A/RES/72/277, Hacia un pacto mundial por el medio ambiente, 10 de mayo de 2018.

Resolución de la ONU UNEP EA.2/RES.15, La protección del medio ambiente en zonas afectadas por conflictos armados, 4 de agosto de 2016.

Unece (1998). Convenio de Aarhus.

Unence. "Informe de conclusiones y recomendaciones con respecto al incumplimiento por parte de la Unión Europea del Convenio". Disponible en www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/C2008-32/Findings/C32_EU_Findings_as_adopted_advance_unedited_version.pdf [fecha de consulta: 23 de julio de 2019].

Jurisprudencia

Consejo de Estado Colombia, expediente n.° AP-25000-23-27-000-2001-90479-01. 28 de marzo de 2014.

Consejo de Estado Colombia, expediente n.° AN-11001-03-26-000-2016-00140-00. 8 de noviembre de 2018.

Corte Constitucional Colombia, expediente n.° C-293-2002.23 de abril de 2002.

ACTUALIZACIÓN Y RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIES Y DESLINDES DE BIENES RAÍCES. OBSERVACIONES A PARTIR DE ALGUNAS SENTENCIAS

UPDATING AND RECTIFICATION OF REAL ESTATE SURFACES AND BOUNDARIES. OBSERVATIONS FROM SOME SENTENCES

*José Miguel Lecaros Sánchez**

RESUMEN: Bajo el sistema registral inmueble en Chile suelen producirse disconformidades entre los deslindes o la superficie de los terrenos expresados en la inscripción conservatoria y lo que en uno u otro aspecto refleja la realidad del bien raíz. En Chile no existe una normativa sistemática, lo que ha generado alguna jurisprudencia acerca de los métodos y criterios para obtener una judicial, que ordene corregir esos errores o discrepancias. Se examinan algunos criterios así como los requerimientos para modificar la superficie o los deslindes de las inscripciones cuando se ha producido una alteración de las características de un predio.

ABSTRACT: Under the real estate registry system in Chile, there are often disagreements between the boundaries of the land surface expressed in the conservatory registration and what in one aspect or another reflects the reality of the real estate. In Chile, there is no systematic regulation, which has generated some jurisprudence on the methods and criteria to obtain a court order to correct these errors or discrepancies. Some criteria are examined, as well as the requirements to modify the surface or the boundaries of the inscriptions when there has been an alteration in the characteristics of a property.

* Abogado. Doctor en Derecho Universidad de Chile. Profesor Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo..

I. Planteamiento del problema

Es frecuente que los titulares del dominio u otros derechos reales inmuebles inscritos en el respectivo Registro del Conservador de Bienes Raíces descubran de pronto que tanto los deslindes como la superficie declarada en los títulos inscritos y en la consiguiente inscripción, no corresponden a la realidad. En ocasiones ha cambiado el titular del dominio de los predios colindantes. En ese caso, en la siguiente transferencia que se haga sencillamente deberá actualizarse dicha información, agregando el dato del nuevo propietario. En otros casos, sin embargo, se descubre que hay una disconformidad entre la longitud de uno o más deslindes como fue señalado en el titulo inscrito y la realidad. El art. 78 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces solo exige, en las inscripciones de dominio, señalar "el nombre y linderos del fundo". La expresión linderos no significa necesariamente la delimitación con otra propiedad; muchas veces es una calle o camino que con el tiempo dejó de existir, o un río, una quebrada, un bosque, un canal, una acequia o cualquier otro accidente geográfico que puede dejar de existir o alterarse. Además, la referida disposición no exige en ningún caso señalar la longitud de los deslindes. No obstante, en ocasiones el titulo inscrito los ha señalado y ello puede generar problemas si no se corresponden con la realidad.

Existen otras situaciones que se pueden producir. Suele descubrirse una disconformidad en la ubicación o dimensiones de uno o más deslindes entre dos o más lotes que han sido resultantes de una subdivisión. También suele suceder que habiéndose expresado en el titulo inscrito y, por lo tanto, en la inscripción, la superficie de un predio, ella no es coincidente con la realidad, sea porque ha habido un incremento de superficie por un proceso natural conforme a los arts. 649 y 650 del *Código Civil*, o por un movimiento de tierra violento conforme al art. 652 del mismo *Código*, sea porque la medición que se utilizó para redactar la escritura fue errónea, o la transcripción fue errónea, sea porque existe en los títulos una superposición parcial del predio con el colindante, sea porque la demarcación no fue ajustada a los títulos, entre otros motivos. Tales situaciones no solo tienen relevancia en las ventas en relación a la cabida, sino que, además, en aquellas que se realizan "como especie o cuerpo cierto" desde que el comprador tiene el derecho y el vendedor la obligación a que se haga entrega de todo lo comprendido en los deslindes señalados en el titulo (art. 1833 del *Código Civil*). Los propietarios de bienes raíces tienen, entonces, comprensible interés en ajustar las descripciones de los títulos inscritos a la realidad, a objeto de no verse expuestos a las acciones que dan lugar las diferencias entre la cabida real de los predios y la cabida que rezan los títulos. Ello, particularmente y teniendo en consi-

deración lo que expresa el art. 1832 del *Código Civil*, cuando la diferencia entre la cabida real y la declarada excede en más de un 10%[1].

En Chile, no existe una normativa general, sistemática y explícita que permita dar solución a este tipo de situaciones, como ocurre en otros países, como sucede en Perú o España[2]. Por otra parte, la inscripción de los inmuebles se practica sin una comprobación oficial en cuanto a que la ubicación, superficie y linderos correspondan a la realidad[3]. En Chile no solo no existen mecanismos claros, sino que tampoco un ente centralizado con facultades

[1] En Costa Rica, el art 22 de la Ley 6545, de 1981, Ley del Catastro Nacional, prescribe que, con el objetivo de establecer la concordancia entre el Catastro y el Registro, "la cabida de las fincas podrá ser rectificada sin necesidad de expediente, con la sola declaración del propietario en escritura pública, aumentándola hasta la cantidad que indique el certificado catastral, siempre que ésta no exceda del diez por ciento de la medida original". Agrega la norma que estas rectificaciones "en ningún caso perjudicarán a terceros, durante los tres años posteriores a la inscripción. Para consignar disminución de cabida del inmueble, sólo se requiere manifestación del propietario en escritura pública y en concordancia con el certificado catastral. En todos los casos, el notario debe dar fe de que la nueva medida es la que indica el certificado catastral".

[2] En Perú, el art. 13.1 de la Ley n.º 27333, establece que cuando sea necesario determinar el área, linderos y medidas perimétricas del terreno, o cuando existan discrepancias entre el área real del terreno, sus medidas tanto perimétricas como linderos, con los que figuren en la partida registral del predio, estas podrán determinarse o rectificarse: a) por mutuo acuerdo mediante escritura pública suscrita por el propietario del predio y los propietarios de todos los predios colindantes, en la que estos últimos manifiesten su conformidad con el área, medidas perimétricas o linderos, según corresponda; como una gestión no contenciosa de competencia de los notarios según los procedimientos a los que se refiere el art. 504 y siguientes del *Código Procesal Civil*, en lo que sea aplicable, siempre y cuando el área real del predio sea igual o inferior a la registrada en la partida. Cuando el área real es superior a la registrada procederá este trámite siempre y cuando exista una certificación registral de que la mayor área no se superpone a otra registrada. Por último, debe aplicarse el procedimiento judicial conforme al art. 504 y siguientes del *Código Procesal Civil*, para toda rectificación que suponga superposición de áreas o linderos, o cuando surja oposición de terceros.

En España, tras la reforma de la Ley 13 de 2015, a la Ley Hipotecaria de 1946 y a la Ley de Catastro Inmobiliario de 2004, existe un título completo denominado "De la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica", que contempla dos mecanismos, denominados "Actas de notoriedad" y "Expedientes de dominio". Mediante el primero, un acta levantada ante notario es luego aprobada o rechazada por el tribunal; mediante el segundo, se acude en forma no contenciosa al tribunal, el que previa rendición de pruebas y emplazamiento de eventuales perjudicados, resuelve accediendo o no a lo solicitado. Véase www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7046 [fecha de consulta: 13 de enero de 2020].

[3] En Uruguay, por ejemplo, conforme al art. 7º del *Código Rural*, los escribanos no pueden autorizar escrituras de transferencia o división de inmuebles rurales, sin tener presente un plano referente al área que se transmite, inscrito en la Dirección General de Catastro y Administración de Inmuebles Nacionales y en la respectiva dirección de topografía o inspecciones técnicas regionales o municipales, de lo que dejarán constancia en la respectiva escritura.

de fiscalización y ante el cual se pueda recurrir a objeto que ordene practicar las correspondientes modificaciones registrales. En Argentina, por ejemplo, la materia está centralizada en una dirección general de catastro[4]. En Chile, si bien el Servicio de Impuestos Internos registra información sobre la superficie de los inmuebles, ella, sin embargo, solo tiene eficacia para efectos del impuesto territorial.

Como se verá más adelante, los conservadores de bienes raíces proceden en algunos casos a inscribir escrituras de rectificación de deslindes o superficies, practicar anotaciones marginales o subinscripciones y archivar planos, todo ello en relación con una construcción, generándose incoherencias entre los diferentes planos tanto de un bien raíz como entre la superficie y deslindes de un mismo inmueble que se expresan en las sucesivas inscripciones. Existe un proyecto de ley presentado a tramitación en el Congreso el año 2012[5] que dispone la obligación de los conservadores de bienes raíces de crear un registro electrónico en modalidad de folio real que concentre la historia jurídica de cada inmueble[6]. Esa propuesta, si bien no impediría que

[4] En Argentina, el art. 12 de la Ley de Catastro, 26209 dispone: "En los actos por los que se constituyen, transmiten, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmuebles, se deberá tener a la vista la certificación catastral habilitante respectiva y relacionar su contenido con el cuerpo de la escritura o documento legal correspondiente...". Se entiende por "parcela" la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondiente a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral" (art. 4°) y uno de los elementos esenciales de la "parcela" es la ubicación georreferenciada del inmueble (art. 5° n.° 1) la cual es determinada mediante profesionales agrimensores conforme a los arts. 2753 y 2754 del *Código Civil*.

En Costa Rica, el director del Catastro Nacional tiene facultades similares, regulándose la posibilidad de plantear contra sus decisiones un juicio contencioso administrativo (art. 20 de la Ley n.° 6545, de 1981). Algo similar sucede en Colombia con el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER). Cfr. art. 115 y siguientes de la resolución 70, de 2011 del IGAC, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, encargado de producir el mapa oficial y el catastro nacional de la propiedad inmueble, con facultades resolutivas en única instancia (art. 149 de la referida resolución).

[5] *Mensaje* n.° 171-360 de 3 de octubre de 2012, *Boletín* 8673-07.

[6] El actual sistema registral en Chile, que data de 1857, podría calificarse como de folio personal, aunque con muchas limitaciones. Es el titular del derecho y no el inmueble el que sirve de base a las inscripciones. De este modo, para recrear la historia de un inmueble hace falta estudiar y relacionar sucesivas y dispersas inscripciones. Un verdadero sistema de folio real permitiría en un solo documento ver la "hoja de vida" del inmueble. Esa historia en la actualidad solo se puede armar analizando sucesivas inscripciones practicadas en distintas fechas. El proyecto de ley al que se ha hecho referencia contempla ese folio real sin perjuicio de mantener, paralelamente, la necesidad de practicar las inscripciones cuando sea procedente conforme a la ley.

se puedan producir tales inconsistencias, tal vez reduciría su ocurrencia y en todo caso las harían detectables con mayor facilidad. En todo caso una reforma importante se hace necesaria. No debe olvidarse que uno de los principios registrales universalmente aceptados, el de "legalidad", supone una facultad fiscalizadora que vigile la efectiva congruencia entre la descripción del predio en los títulos y sus características en la realidad. En la actualidad, las atribuciones de los conservadores son muy escasas en ese sentido[7].

II. Alcance de una reforma legal importante

Existen varios procedimientos que pueden arribar a una sentencia que ordene modificar deslindes o superficies, principalmente, la acción reivindicatoria, un interdicto posesorio de amparo, uno de restitución, una demanda de demarcación. Por otra parte, la Ley n.º 20703, de 2013, consagró un nuevo art. 67 en la ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) que ordena:

> "Los proyectos de subdivisión, loteos, urbanización o modificación de deslindes de terrenos deberán ajustarse estrictamente a los trazados y normas que consulte el Plan Regulador...".

En caso de modificación de deslindes no podrán afectarse los derechos de terceros. Las modificaciones y rectificaciones de deslindes autorizadas por la Dirección de Obras Municipales se inscribirán en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces y se anotarán al margen de la inscripción de dominio respectiva.

La norma es clara en cuanto no pretende subsanar deficiencias de superficies, sino solo de deslindes y, además, sin afectar derechos de terceros. Es decir, el precepto legal permite mediante un procedimiento administrativo subsanar deficiencias en los deslindes de predios, con el consentimiento de los involucrados. Así se desprende de lo afirmado por el Ministerio de Vivienda Y Urbanismo en cuanto a que el proyecto de ley (que sería la Ley n.º 20703):

> "resuelve un vacío existente en nuestra legislación, consistente en que las Direcciones de Obras Municipales no tienen facultad legal expresa para autorizar modificaciones de deslindes de predios, a pesar de que sí tienen para autorizar acciones más complejas sobre el suelo, como autorizar loteos y subdivisiones, o autorizar modificación de deslindes entre unidades de un condominio, acogido a la ley de copropiedad inmobiliaria".

[7] Peñailillo (2006), p. 111.

Ha señalado también el Ministerio:

> "no se observa inconveniente en que, concurriendo en la solicitud todos los propietarios involucrados y cumpliéndose las normas urbanísticas referentes a los predios, pueda autorizarse un nuevo plano que grafique los nuevos deslindes y superficies"[8].

Las modificaciones y rectificaciones de deslindes las realizan las direcciones de obras de las municipalidades en virtud del art. 24 letra a) n.° 1 de la Ley n.° 18695 y tal como lo ha aclarado la Contraloría General de la República, tienen una gran limitación: la no afectación de los derechos de terceros[9]. Esto último aparece corroborado por la circular n.° 0397 de 23 de julio de 2014, que sobre esta materia emitió la División de Desarrollo Urbano del MINVU (DDU 271) cuyo texto fue modificado al tenor del referido dictamen del órgano contralor en virtud de la circular n.° 0553 de 9 de diciembre de 2015 (DDU 300 del MNVU). No cabe duda que las modificaciones de deslindes y superficies bajo el sistema previsto en el referido art. 67 de la LGUC representan un procedimiento administrativo que resguarda los derechos de terceros y que, además, impide su revisión judicial[10].

III. Actualizaciones o rectificaciones unilaterales no atribuyen dominio ni posesión

En ocasiones los conservadores de bienes raíces aceptan modificaciones unilaterales de los deslindes mediante simple escritura pública y plano. En ciertos casos, aún se han aceptado mediante minuta privada. Dichas modificaciones resultan inocuas para afectar el dominio o la posesión y cumplen solo una función de publicidad; no obstante, pueden resultar útiles en la práctica para cerrar un negocio inmobiliario atendido el principio de fe pública registral que da cuenta de una presunción de exactitud de la información del registro. Ahora bien, sin perjuicio que no existe sustento legal para adoptar una decisión de esa naturaleza por los conservadores, como se dirá, debe tenerse

[8] Minuta solicitada por la Comisión de Vivienda del Senado en Legislatura 361 (27 de junio de 2013).

[9] Dictamen n°. 87449, 4 de noviembre de 201.5

[10] Una interesante reglamentación se encuentra en la Ley de Rectificación de Área en Guatemala, decreto ley n.° 125 de 1983, si bien se aplica exclusivamente a inmuebles urbanos. Existe un sistema de tramitación notarial y otro administrativo (ante la Sección de Tierras de la Escribanía de Gobierno). Previa medición por un perito, se ordena notificar a los dueños de los predios colindantes mediante avisos y en caso de oposición resuelve la autoridad administrativa previo informe del Ministerio Publico.

presente que, una vez operada la alteración, dejarla sin efecto no es algo que pueda obtenerse mediante un recurso de protección por no ser esta la vía apta para decidir sobre materias que requieren pruebas y oír a las partes[11]. Ha habido, incluso, algún caso que frente a la negativa del Conservador y habiendo el tribunal de primera instancia rechazado el reclamo, la Corte de Apelaciones ha revocado y ha ordenado al Conservador respectivo practicar la anotación marginal correspondiente en mérito a la escritura pública en que unilateralmente se han rectificado los deslindes[12].

En todo caso, los Conservadores de Bienes Raíces deberían abstenerse de hacer inscripciones o subinscripciones solo en mérito a minutas y planos; y los tribunales deberían rechazar los reclamos frente a tales negativas. Los arts. 52 y 53 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces establece de forma taxativa los títulos que deben y que pueden inscribirse. Adicionalmente, del art. 57 del mismo Reglamento y del art. 690 del *Código Civil* se desprende que las inscripciones solo pueden hacerse en virtud de un título que conste en escritura pública o sentencia judicial[13].

Es preciso aclarar que las modificaciones de deslindes o superficies, aun habiendo sido hechas en una escritura pública e, incluso, por orden de una sentencia que, acogiendo un reclamo a la negativa, ordena inscribir o subinscribir, producen efectos acotados solo a su propio mérito y no afectan ni el dominio ni la posesión inscrita, la que podrá acreditarse en un procedimiento contencioso. La Corte Suprema ha desestimado los efectos de tal modificación como prueba en un juicio reivindicatorio y calificado tal manera de actuar como un "...irregular procedimiento" al obrarse de manera unilateral por el comprador sin intervención del vendedor mediante un plano confeccionado sin intervención judicial o administrativa[14]. En el mismo sentido y recientemente, la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en el fondo que pretendían invalidar la sentencia de alzada de la Corte de Apelaciones de Rancagua, confirmatoria de la primera instancia que acogió una acción reivindicatoria contra un poseedor material. El proceso es muy interesante porque la sociedad denunciada dedujo una demanda reconvencional declarativa de prescripción adquisitiva extraordinaria fundada en una posesión material por más de diez años. La sentencia, siguiendo una ya larga trayectoria de jurisprudencia, argumenta que, si bien el art. 2510 del *Código Civil* menciona que en la prescripción extraordinaria no es necesario título

[11] Corte de Apelaciones de Chillan (2016).

[12] Corte de Apelaciones de La Serena (2007).

[13] Corte Suprema (2007).

[14] Corte Suprema (2015); Corte Suprema sentencia de casación de fecha 20 de abril de 2015, autos rol 22626-2015

alguno, ello debe entenderse referido a otras situaciones, mas no a los inmuebles inscritos, los que se rigen por una regla especial –y que, por lo tanto, prevalece– que es el art. 2505 del mismo *Código*, conforme al cual contra título inscrito no puede operar prescripción adquisitiva, sino en virtud de otro título inscrito. Lo novedoso del caso citado no es la argumentación antes referida sino su contexto. La demandante reconvencional no solo probó posesión material del retazo reivindicado, sino que, además, invocó (pretendiendo que al menos se lo calificara como "título injusto") una escritura pública inscrita de aporte, debidamente inscrita, que se refería al inmueble de su propiedad, pero "ampliando" la superficie del terreno. En el considerando noveno del fallo de la Corte Suprema se señaló que la demandada

> "carece de título inscrito respecto de la posesión que invoca sobre el retazo disputado en el proceso ya que la escritura" (de aporte) "incluyendo unilateralmente dentro de su cabida la superficie reclamada por la actora, no constituye un título traslaticio de dominio que pueda esgrimirse como el que da inicio a la posesión inscrita sobre el retazo de la especie que invoca la demandada".

La Corte Suprema sostuvo, pues, que tal inscripción unilateralmente obtenida, no ha tenido el mérito de cancelar la inscripción y, por tanto, no ha generado una nueva posesión. En el mismo fallo reitera el criterio sustentado en sentencia de 1975 en cuanto a que

> "no cabe simultáneamente la posesión material de un sujeto y la legal de otro. Si el dueño y poseedor inscrito de un bien raíz entrega materialmente éste al que aparece como comprador en una escritura de compraventa que no llegó a perfeccionarse (por falta de autorización oportuna) ni inscribirse en el Registro Conservatorio de Bienes Raíces, el vendedor frustrado no perdió su dominio ni posesión, aunque el proyectado comprador recibiese el inmueble con ánimo de señor y dueño. Por tanto, si más tarde ese dueño y poseedor inscrito vende la propiedad a otra persona que practica la correspondiente inscripción conservatoria, debe concluirse que sólo la última es poseedora del inmueble cuestionado"[15].

Ahora bien, en ciertos casos, los tribunales de primera instancia han aceptado en causas voluntarias de rectificación de deslindes, lo solicitado en cuanto a ordenar lo pertinente al Conservador, principalmente en la medida en que las superficies del resto de las parcialidades colindantes se enmarquen dentro de los deslindes respectivos. Es decir, en la medida en que no aparezcan afectados los derechos de terceros. No obstante, las Cortes de

[15] Corte Suprema (2016).

Apelaciones suelen acoger recursos de protección deducidos por quienes se sintieron afectados, sea anulando el procedimiento judicial voluntario realizado, sea retrotrayendo al estado de notificarse a los que pudieran verse afectados[16]. En particular, los tribunales deberían aceptar la gestión voluntaria de rectificación de deslindes solo en la medida en que se constatara un error simple en la transcripción de los deslindes y se allegaran medios de convicción sobre el particular[17]. Sin embargo, no cuando se pretenden nuevos deslindes a consecuencia de alteraciones físicas en los predios, sin perjuicio de poder recurrirse a la gestión voluntaria declarativa de adquisición por accesión, que es algo absolutamente distinto y que requiere allegar medios de convicción y decretarse diligencias muy estrictas como se verá más adelante.

Es preciso insistir en que el efecto de la alteración, incluso habiendo sido producto de una orden judicial en una causa voluntaria, no obsta a que se pueda probar el dominio en un juicio reivindicatorio aun contra lo determinado previamente en la sentencia. En un caso muy interesante, la Corte Suprema rechazó un recurso de casación en el fondo deducido por el poseedor vencido en un juicio reivindicatorio, en el que este había invocado una modificación unilateral de los deslindes de su propiedad, practicada por el Conservador en virtud de una resolución del Juzgado Civil en una causa voluntaria de rectificación de deslindes. La sentencia confirmatoria en alzada sostuvo que a la sentencia dictada en la causa voluntaria no cabe reconocerle valor de cosa juzgada porque en dicho gestión

> "no intervino la demandante ni su antecesora en el dominio, por tratarse de una causa voluntaria que interesaba únicamente a la actual demandada, de tal modo que entre los solicitantes de aquellos autos y las partes de este proceso no existe identidad legal de parte, fundamento de suyo suficiente para desechar toda posibilidad de cosa juzgada"[18].

[16] Cfr Baeza Torres, Angélica y Baeza Torres Samuel (2008) y Baeza Torres, Angélica y Baeza Torres Samuel (2012). En este caso la Corte de Apelaciones de Talca ordenó notificar a un recurrente de protección para que pudiera hacer valer sus derechos. Véase también Primer Juzgado de Linares (2011) en la que todo lo obrado fue anulado por la Corte de Apelaciones de Talca. Cfr Corte de Apelaciones de Talca (2012).. También se puede ver en el mismo sentido Corte de Apelaciones de Rancagua (2015), en apelación de sentencia definitiva la Corte de Apelaciones de Rancagua anuló de oficio lo obrado en primera instancia ordenando notificar a los propietarios colindantes al peticionario.

[17] Corte de Apelaciones de Talca (2016) confirmó el rechazo en primera instancia por el Juzgado de Curepto de la solicitud de rectificación de deslindes, en Juzgado de Letras de Curepto (2016). Lo anterior fundamentalmente atendido que el solicitante no aportó medios de prueba que justificaran la decisión de ordenar una modificación de superficie que representaba una alteración en más de un cien por ciento.

[18] Corte de Apelaciones de Valdivia (2014).

Elevado el caso al Tribunal de Casación, la Corte Suprema acertadamente no desconoce el valor de cosa juzgada de la sentencia en la causa voluntaria, pero le desconoce valor a la rectificación para haber alterado el régimen de dominio que detentaba la actora:

> "lo resuelto en la pretérita causa no contenciosa en caso alguno puede vincular o condicionar la materia objeto del presente pleito, pues si bien aquella decisión se encuentra firme y ejecutoriada, fue dictada, tal como se encarga de resaltar la impugnante, en el contexto de una solicitud voluntaria de rectificación de la inscripción existente sobre el Fundo Chiriuco, sin determinar el derecho de dominio del poseedor inscrito de ese predio…",

agregando: "la decisión recaída en el pretérito proceso de carácter voluntario, no inhibe la discusión sobre el dominio". Así, y reiterando el criterio jurisprudencial asentado en orden a que el dueño y poseedor inscrito dispone de acción reivindicatoria contra el poseedor material, concluyó:

> "si el mérito del proceso ha permitido revelar que parte de la superficie del predio de la actora se encuentra poseída por el demandado, no tenía la demandante otra opción que acudir al principal instrumento jurídico que nuestro sistema normativo pone a disposición del dueño de una cosa singular para asegurar el pleno dominio sobre la misma: la acción reivindicatoria"[19].

IV. La prueba de la accesión

De varios pronunciamientos judiciales se desprende inequívocamente que el fenómeno denominado aluvión en el art. 649 del *Código Civil* es un modo de adquirir el dominio en virtud del cual el dominio accede por el mismo fenómeno natural, siendo necesario acreditar los supuestos legales para que haya operado y correspondiendo a los tribunales declarar que ellos se cumplieron y que, por consiguiente, el modo de adquirir operó. Por distintas razones los titulares del dominio de bienes raíces pueden tener interés en "actualizar" o "rectificar" la superficie en sus títulos inscritos. Ya se ha visto la inutilidad de hacerlo en cuanto ella carece de mérito para alterar el dominio y la posesión inscrita. A lo anterior habría que añadir que frente a una controversia, es también posible que uno de los contradictores hubiere rectificado las superficies de manera unilateral mediante un plano, sin intervención judicial y, sin embargo,

[19] Corte Suprema (2015).

no por esa razón esa superficie y esos deslindes deberán ser ignorados si corresponden a la realidad, esto es, si son consistentes con los títulos históricos[20].

Cabe considerar que no necesariamente se ha de recurrir a la justicia para modificar las superficies y deslindes de un predio en razón de haberse adquirido por aluvión. El decreto n.º 609, de 1978 del Ministerio de Tierras y Colonización (actual Ministerio de Bienes Nacionales) estableció que cualquier propietario riberano, esto es, cuyas propiedades deslinden con el cauce o parte de cauce de un río, lago o estero, puede solicitar administrativamente se fijen los deslindes. Contra los decretos supremos que fijan los deslindes, es posible una modificación por la vía administrativa en el plazo de sesenta días desde su publicación y

> "vencido el plazo de 60 días, el propietario riberano o los otros interesados sólo podrán reclamar judicialmente de la respectiva resolución administrativa".

Se estima que sin perjuicio de ello y teniendo en consideración que pudo existir un error en el decreto supremo que no contemplase de forma correcta una accesión, ella no podrá afectar el dominio adquirido por este modo y, por consiguiente, la controversia podrá situarse de igual forma en un proceso reivindicatorio.

Fuera de la hipótesis señalada, gestión administrativa de fijación de deslindes, existe también la posibilidad de lograr acreditar la modificación de la superficie y deslindes de los inmuebles en razón de haber operado una accesión por aluvión, por vía judicial. Ello no solo en el contexto de un procedimiento contencioso, sino, también, cumpliéndose ciertos presupuestos, mediante gestiones voluntarias.

Una posibilidad consiste en solicitar al Conservador de Bienes Raíces inscribir una escritura pública y plano que contenga la rectificación de los deslindes y la nueva situación y, contra la negativa del Conservador, formular el reclamo correspondiente al Juzgado Civil correspondiente rindiendo en él la prueba necesaria, a riesgo de que el tribunal entienda que dicha prueba debe ser materia de una actuación contenciosa. En un caso, frente a la negativa del Conservador a inscribir la escritura de rectificación de superficie, el juzgado rechazó el reclamo atendida

> "la inexistencia de datos probatorios que permitan llegar a la convicción de que los dichos del solicitante se ajustan a la realidad, debiendo acreditarse en un procedimiento contencioso"[21].

[20] Primer Juzgado de Letras de Talagante (2013).

[21] Corte de Apelaciones de Valdivia (2016), confirmada por Corte de Apelaciones de Valdivia en Pérez Ojeda, Eduardo (2016) y rechazada la casación en por la Corte Suprema (2016).

No debe descartarse *a priori* que el tribunal admita el reclamo voluntario. En otro caso, en una causa voluntaria de reclamo contra la negativa a inscribir, se invocó un incremento de 26900 m^2 por el lento retiro de las aguas del estero Lampa. El Conservador de Santiago, con justa razón, argumentó:

> "el modo de adquirir por accesión supone acreditar los supuestos de hecho que permitan operar dicho modo de adquirir, lo que corresponde acreditar ante el tribunal competente".

La sentencia rechazó el reclamo, pero lo interesante es que lo hace no por estimar improcedente el procedimiento empleado, sino porque el Ministerio de Obras Publicas informó que el retazo respecto del que se decía haber sido adquirido por aluvión no era tal sino una zona "vulnerable a episodios de crecidas asociadas a periodos de retorno medios y altos". El fallo fue confirmado por la Corte de Apelaciones y revisado vía casación en la Corte Suprema[22]. Se aceptó, pues, de forma implícita que el procedimiento empleado era idóneo; y pareciera que habría producido el efecto deseado por el reclamante si el informe técnico del Ministerio hubiera sido distinto.

Otra forma de obtener la declaración judicial de la accesión y lograr la correspondiente inscripción y subscripción es directamente solicitando mediante gestión voluntaria una declaración de adquisición por accesión[23]. En estos casos, los tribunales de oficio o a petición del solicitante, allegarán medios de convicción destinados a verificar que se reunían las condiciones legales para haber operado la accesión y dejar resguardados de manera apropiada los derechos de terceros y particularmente no afectar los intereses fiscales en bienes nacionales de uso público. De las diligencias decretadas en algunas causas examinadas es posible concluir que, además de la prueba documental pertinente (planos, fotografías aéreas), al menos se debería realizar una inspección personal por el tribunal, recabarse un informe del respectivo Conservador de Bienes Raíces, recibirse prueba testimonial, decretarse un peritaje, solicitar informe a la Dirección de Obras Municipales respectiva, al Servicio de Impuestos Internos, pedir informe al defensor público, notificar a terceros que pudieran verse afectados en sus derechos mediante avisos en un diario local y, en especial, solicitar informe al Ministerio de Bienes Nacionales.

El informe del Ministerio de Bienes Nacionales es fundamental. El art. 12 del decreto ley n.° 1939 dice (inc. 1° y 2°):

[22] Banco Santander (2014).

[23] En Juzgado de La Ligua (2012) y en Juzgado de Letras de Pichilemu (2012) se acoge la solicitud en esos términos; en tanto que en Ponce Beas, Catalina (2015) es rechazada.

> "En las causas civiles y criminales, que tengan por objeto la reivindicación, fijación de cabidas o deslindes, recuperación de la posesión material de inmuebles rústicos o cualquier otro objeto que pueda significar la ampliación de la cabida o la fijación de nuevos deslindes de terrenos de particulares, será requisito previo al pronunciamiento de la sentencia, el informe de la Dirección, siempre que los terrenos materia del litigio se encuentren ocupados a cualquier título por personas que en el juicio, tengan la calidad de demandados o querellados y que, por vía de alegación o defensa, con o sin patrocinio de abogado, hayan manifestado que los terrenos que ocupan son fiscales. Asimismo, deberá solicitarse este informe si apareciere algún antecedente en el juicio que permita al Juez presumir que existe interés fiscal comprometido.
>
> Si las causas a que se refiere el inciso anterior se siguieren en rebeldía del demandado y los terrenos materia del litigio no se encontraren inscritos en el Registro de Propiedad del competente Conservador de Bienes Raíces, el Juez solicitará de la Dirección el mencionado informe".

Es necesario tener en consideración, además, algunos elementos de juicio antes de elevar la correspondiente solicitud al tribunal. En primer lugar, recordar que son *bienes nacionales de uso público y, por consiguiente, respecto de los cuales no puede, bajo ninguna circunstancia, operar accesión*, los cauces o álveos de una corriente continua o discontinua de uso público, salvo las corrientes discontinuas formadas por aguas pluviales, las que pertenecen al dueño del predio (arts. 30 y 31 del *Código de Aguas*). Hay que agregar que el "control superior" de los bienes nacionales de uso público corresponde al Ministerio de Bienes Nacionales (art. 1 inc. 2º del DL n.º 1939, de 1977) sin perjuicio de las funciones vigilancia y protección que tienen los gobiernos regionales en virtud del art. 4 letra h) de la Ley n.º 19175. Por último, tener presente que el Ministerio de Obras Publicas tiene como atribución la aplicación de las normas legales sobre defensas y regularización de riberas y cauces de los ríos, lagunas y esteros, que se realicen con aporte fiscal (art. 3 letra d) del DFL n.º 850, de 1997) y al director general de Obras Públicas

> "indicar los deslindes de los cauces naturales con los particulares ribereños para los efectos de la dictación por el Ministerio de Bienes Nacionales del decreto supremo correspondiente" (art. 14 letra l) del DFL n.º 850, de 1997).

Todo ello, sin perjuicio de las atribuciones de la Dirección General de Aguas en relación con la vigilancia de las aguas en cauces naturales de uso público (art. 299 letra C del *Código de Aguas*). De todo lo anterior se sigue que es fundamental que en los procedimientos judiciales en que pudiera verse afectado un bien nacional de uso público como son los cauces o álveos, al

menos sea oído el Ministerio de Bienes Nacionales y el director general de Obras Públicas.

Lo que sí puede adquirirse por accesión es el terreno que queda de manera permanente en seco por el "lento e imperceptible retiro de las aguas" o el terreno que queda en seco por la mutación del álveo de un río o su división en dos brazos, casos todos en los cuales pueden operar las reglas de adquisición por accesión. En estos casos, el terreno que quede, en definitiva, seco deja de ser cauce, deja de ser bien nacional de uso público y se transforma en ribera adquirida en la medida y a medida en que se vaya produciendo la unión de cese terreno con los de los riberanos, por el modo de adquirir accesión en beneficio de los dueños de las propiedades riberanas en la forma establecida en el art. 649 y siguientes del *Código Civil*. Ello ocurrirá desde el momento en que se haya producido una unión física entre las propiedades riberanas y el terreno quedado permanentemente en seco.

Es importante puntualizar que el fenómeno descrito no ha de haber sido obra del hombre. Aunque ninguna norma legal así lo dice, una obra de ingeniería o rellenos con escombros o actividades similares, se opone por definición al presupuesto de "imperceptible" que exige la ley al retiro de las aguas. En todos estos casos los terrenos ganados al río, careciendo de otro dueño es del Estado por aplicación del art. 590 del *Código Civil*[24]. Tampoco dan derecho alguno a los propietarios riberanos el resultado de realizar obras o labores en los cauces, con o sin permiso de la autoridad[25].Tratándose de obras ejecutadas en los cauces con fondos del Estado, por norma expresa dejan de ser bienes nacionales de uso público y pasan a ser bienes fiscales[26].

Bibliografía

Claro Solar, Luis (1979). *Explicaciones de derecho civil y comparado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 8 vols.

[24] Cfr. Sentencias de la Corte Suprema, *Fallos del Mes,* n.° 323, p. 690 y n.° 332 p. 428. La jurisprudencia nacional no ha acogido la tesis según la cual el aluvión puede resultar se la naturaleza o de la actividad del hombre. Luis Claro Solar en sus *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, alude a dos sentencias en Francia que argumentan que lo relevante es que la unión sea sucesiva e imperceptible, pero lo de naturalmente o espontáneamente sería un añadido injustificado de la ley. Claro (1979), vol. vii, n.° 608. No obstante, Marcel Planiol y Georges Ripert identifican el aluvión con los "sedimentos de grava o cascajo a lo largo de los márgenes del río". Planiol y Ripert (1946), vol. iii, p. 232. Francesco Messineo lo identifica con "los incrementos que se forman sucesiva e imperceptiblemente (por el depósito de materias suspendidas en el agua)". Messineo (1955), vol. iii, p. 312.

[25] Arts 26 y 32 del C*ódigo de Aguas* y 602 del C*ódigo Civil*.

[26] Art 27 del DL n.° 1939.

Messineo, Francesco (1955). *Derecho civil y comercial*, Buenos Aires, 8 vols.

Peñailillo, Daniel (2003). *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Planiol, Marcel y Georges Ripert (1946). *Tratado práctico de derecho civil francés*, 14 vols.

Jurisprudencia citada

Sentencias de Corte Suprema

Corte Suprema (2007). Rol 4636-2006. Araya Escobar, Cristián, 24 de septiembre de 2007.

Corte Suprema (2016). Rol 38316-2016. Pérez Ojeda, Eduardo 29 de febrero de 2016

Corte Suprema (2015). Rol 22625-2015. Risi Mondaca, Ricardo con Plaza González Mario y otro, 20 de abril de 2015.

Corte Suprema (2016). Rol 99803-2016. Sociedad de Inversiones B.I.L. Limitada con Banco de Crédito e Inversiones, 31 de enero de 2018.

Corte Suprema (2015). Rol 13839-2014. Toromiro SA con Agrícola Las Mercedes de Chiriuco, 26 de enero de 2015

Sentencias de Cortes de Apelaciones

Corte de Apelaciones de Chillan (2016). Rol 1973-2016. Pino González, Tito Eleazar y otros con Conservador de Bienes Raíces de Chillan, 18 de enero de 2017.

Corte de Apelaciones de La Serena (2007). Rol 820-2007. Aguirre Villalón, Carmen Rosalía y otros, 24 de septiembre de 2007.

Corte de Apelaciones de Rancagua (2015). Rol 4066-2015. Lara Zúñiga, María y otros, 1 de agosto de 2016.

Corte de Apelaciones de Talca (2012). Rol 183-2012. Solari Villa, Lorenzo con Castillo Ramos, Jaime (2012): 17 de abril de 2012 (recurso de protección)

Corte de Apelaciones de Talca (2016). Rol 283-2016. Vilches Castillo, Hugo, 4 de agosto de 2016.

Corte de Apelaciones de Valdivia (2014). Rol 2056-2013. Toromiro SA con Agrícola Las Mercedes de Chiriuco SpA, 30 de abril de 2014.

Corte de Apelaciones de Valdivia (2016): Rol 156-2016, Pérez Ojeda Eduardo, 21 de abril de 2016.

Sentencias de Juzgados de Letras

Décimo cuarto Juzgado Civil de Santiago (2014). Rol V-24-2012.

Juzgado de La Ligua (2012). Rol V-937-2012. Inversiones Santa Anita Limitada 22 de abril de 2012.

Juzgado de Letras de Curepto (2016). Rol V-34-2015. Vilches Castillo, Hugo, 13 de enero de 2016. Juzgado de Letras de Licantén (2008). Rol V-216-2008,

Juzgado de Letras de Licantén (2012). Rol V -37-2012.

Juzgado de Letras de Pichilemu (2012). Rol V-549-2010. Sociedad de Inversiones La Cata Limitada, 21 de marzo de 2012.

Primer Juzgado de Letras de San Felipe (2017). Rol V-61-2015. Ponce León Catalina 6 de enero de 2017.

Primer Juzgado de Letras de Talagante (2013). Rol C-330-2013. Sociedad Inmobiliaria Agrícola Forestal e Inversiones San José de la Isla Limitada con Compañía e Inversiones La Escocesa Limitada, 3 de enero de 2013.

Primer Juzgado de Linares (2011). Rol V-192-2011. Castillo Ramos, Jaime.

Segundo Juzgado de Letras de Osorno (2016). Rol V-7-2016. Pérez Ojeda, Eduardo, 29 de febrero de 2016.

ASPECTOS GENERALES DE LAS MATERIAS DE LEY DE INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

GENERAL ASPECTS OF THE MATTERS OF LAW OF EXCLUSIVE INITIATIVE OF THE PRESIDENT

Carlos Oyarzún Concha[*]

Resumen: Este trabajo contiene las bases generales relativas a las materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente contenidas en el art. 65 de la Constitución. Se describe, en primer lugar, la evolución de la norma y cuáles han sido los antecedentes constitucionales que han servido de base para el régimen actual. Además, se analiza el concepto de dicha institución, así como los elementos claves de interpretación que han aportado la doctrina y la jurisprudencia. Se menciona también la regulación en otras constituciones, y por último, se aportan puntos de vistas relativos a las discusiones sobre la materia en la doctrina actualmente.

Palabras clave: iniciativa exclusiva, proceso legislativo, presidencialismo.

Abstract: This work contains basis generally related to the matters of law of exclusive initiative of the President contained in article 65 of the Constitution. First, it describes the evolution of the norm and what have been the constitutional antecedents that have served as the basis for the current regime. In addition, the concept of said institution is analyzed, as well as the key elements of interpretation provided by doctrine and jurisprudence. The fact that the regulation is mentioned in other constitutions, and finally and finally, points of view relative to the discussions on the subject in the current doctrine are reviewed.

Keywords: exclusive initiative - legislative process - presidentialism.

[*] Abogado, Universidad de los Andes. Coordinador legislativo, Ministerio de Educación. Correo electrónico: carlos.oyarzunc@mineduc.cl

Introducción

Un elemento central dentro del régimen presidencial de gobierno que tiene Chile, lo constituyen las normas relativas a las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República para iniciar y modificar proyectos de ley, que se consagran en el art. 65 de la Constitución.

La verdad, es que para llegar al estatuto normativo sobre esta materia, el derecho público chileno ha tenido una tradición cuyo primer antecedente se remonta a la Constitución de 1833, pero que ha ido perfeccionándose a lo largo del tiempo, tanto en la Constitución de 1925 como las reformas a dicha Constitución en 1943 y 1970.

Luego, el constituyente de 1980 avanzó aún más en profundizar dichas materias hasta las normas que actualmente rigen sobre la materia.

Como se verá en este estudio, otros ordenamientos jurídicos, si bien cuentan también con normas similares, la verdad es que tal como están concedidas estas materias en Chile, difícilmente tienen punto de comparación y las normas de derecho comparado asimilables al régimen que existe en Chile, se identifican solo a uno de los aspectos de iniciativa exclusiva vigentes en Chile, que son las relativas al gasto público.

Ha sido una crítica recurrente a lo que algunos llaman un "presidencialismo exacerbado" o, incluso, "cesarismo presidencial"[1], sin embargo, la verdad es que dichas normas descansan en un fundamento innegable y es que la responsabilidad administrativa y financiera del Estado es del gobierno o del Presidente de la República y sus ministros.

A lo anterior, se debe agregar otro hecho vital a tener en consideración, y que apunta a que al ser una norma que consta de un importante elemento político, al tener su aplicación práctica en el marco de la formación de la ley y, por ende, no ajeno a la discusión política, el efecto prácticamente absoluto que algunos sostienen, es atenuado al momento de discutirse en el Congreso.

No deja de ser interesante y necesario el estudio de una de las instituciones de mayor protagonismo dentro del proceso legislativo, la interpretación que ha hecho tanto la Cámara de Diputados como el Senado sobre la materia y el Tribunal Constitucional que, en última instancia, es llamado a observar la constitucionalidad de la ley.

El régimen político chileno ha sido objeto de análisis de seriedad y éxito al menos los últimos treinta años, en gran medida, por la madurez de su debate político y legislativo, y por la forma en como se ha relacionado el Poder Legislativo con el Poder Ejecutivo, y es en dicho contexto donde las

[1] Devillaie (2016), pp. 75-87.

normas sobre materias de iniciativa exclusiva adquieren sin duda un protagonismo irrefutable.

Por lo anterior, en esta investigación, se procurará, en primer lugar, identificar los antecedentes que han servido de base para el estatuto normativo que hoy rige sobre las materias de iniciativa exclusiva del Presidente en el derecho público para, luego, hacer un análisis tanto del concepto como de aquellos elementos indispensables que permiten su correcta interpretación, tomando en consideración los principales fallos del Tribunal Constitucional sobre la materia.

También, se intentará hacer cierto punto de comparación con otros ordenamientos jurídicos con los que Chile ha compartido históricamente cierta tradición de derecho público para, por último, identificar y analizar cuáles son las discusiones o consideraciones esenciales que se vislumbran sobre la materia en estudio.

a) Origen

Una premisa que es importante manifestar, es que las iniciativas cuya iniciativa el constituyente ha radicado de forma exclusiva en el Presidente de la República no son una novedad de la Constitución de 1980 ni de las reformas que le han sucedido hasta la fecha.

Así, se pueden identificar al menos cuatro momentos claves de nuestra historia constitucional sobre la materia que convoca, sea porque sirven como el antecedente a la actual legislación, sea porque explican el origen, y que se remontan a la Constitución de 1833.

De hecho, un primer antecedente, y ya se explicará por qué solo antecedente, se encuentra en la Constitución de 1833.

Luego, la Constitución de 1925 establecerá un primer régimen propiamente tal de materias de iniciativa exclusiva presidencial basado en normas sobre gasto público. Tal como se verá más adelante, sin la intención de hacer un análisis histórico, conviene tener claro el contexto en que se promulga esta Constitución, y que dentro de sus fines, proponía ni más ni menos empoderar al Presidente de la República, tanto en su papel de colegislador como en su relación con el Congreso Nacional después de un periodo parlamentario que se inició con la guerra civil de 1891[2].

Por último, existen dos reformas a la Constitución que, en estricto rigor, profundizaron el régimen de materias que solo pueden iniciarse por voluntad del Presidente de la República, y que sirvieron de base para lo que

[2] Meléndez (2014), p. 223.

se terminara estableciendo en la actual Constitución como lo fueron las reformas constitucionales de 1943 y la de 1970.

Así, llegamos al final al régimen actual de materias de ley de iniciativa exclusiva del Presidente de la República consagrado en la Constitución de 1980 y que ha sido objeto de modificaciones que, simplemente, han venido a precisar e, incluso, profundizar su contenido.

a. 1) Constitución de 1833

Como se adelantaba, un primer antecedente al que conviene hacer referencia, es la Constitución de 1833. En ella, se puede decir que por primera vez se establecen materias cuya iniciativa se destina de manera excluyente al Presidente de la República.

No obstante, conviene hacer la precisión que, si bien está marcada como aquella que consolidó un régimen presidencial en Chile, a decir verdad, en materia de iniciativa exclusiva, fue, más bien, reacia a restringir materias de iniciativa legal exclusivamente en el Presidente de la República.

El antecedente de la Constitución de 1833 en esta materia es muy concreto y preciso, y radica en la atribución del Presidente de la República de declaración de guerra, la cual. si bien no era materia de ley, requería de la aprobación del Congreso Nacional[3].

Coincide el hecho de que es una materia cuya iniciativa depende exclusivamente de la voluntad del Presidente de la República, y que requiere de la aprobación del Congreso Nacional, y por tal, conviene mencionarlo como un primer antecedente, pero en estricto rigor, no constituía una iniciativa exclusiva de ley, al no ser la declaración de guerra, una materia de ley[4].

Para entender lo anterior, los arts. 37 (establecía las materias de ley) y 82 (establecía las atribuciones especiales del Presidente de la República), de la Constitución de 1833 deben analizarse de forma armónica y, en tal sentido, muchas de las materias que hoy son de iniciativa exclusiva del Presidente, tienen directa relación con las atribuciones especiales que tenía el Presidente y que según el texto constitucional de 1833, no requerían siquiera ser observadas por el Congreso[5].

[3] Art. 82 de la Constitución de 1833. "Son atribuciones especiales del Presidente:

18ª Declarar la guerra con previa aprobación del Congreso, i conceder patentes de corso i letras de represalia".

[4] Cabe señalar que en la actualidad, y tal como lo dispone el art. 32 n.° 19° de la Constitución, la declaración de guerra es una atribución del Presidente, que, sin embargo, debe ser autorizada por ley.

[5] A modo de ejemplo, el art. 82 de la Constitución de 1833, establecía:

En tal sentido, cabría considerar que las iniciativas exclusivas son, más que una institución propia del presidencialismo exacerbado del régimen político chileno, un mecanismo de control que tiene el Congreso para la gestión de ciertas atribuciones del Presidente de la República.

a. 2) Constitución de 1925

Tal como se explicaba, la Constitución de 1925 responde a la necesidad de poner término a un régimen parlamentario o seudoparlamentario, y cuyo eje era, precisamente, dar mayor poder al Presidente de la República frente al Congreso Nacional, más allá de las discusiones históricas o si efectivamente dicho fin se haya alcanzado[6].

En materia de iniciativas exclusivas, tal como se adelantaba, la Constitución de 1925 establece por primera vez un régimen o estatuto normativo sobre aquellas materias de ley que recaían de manera exclusiva en la iniciativa del Presidente de la República cuyo fundamento radicaba esencialmente en normas relativas a controlar el gasto público, y que en dicho ámbito, el Presidente tenía prerrogativas por sobre el Poder Legislativo.

En dicho cuerpo constitucional se pueden identificar al menos dos ámbitos en los que el constituyente radica la exclusividad de la iniciativa en el Presidente de la República.

En primer lugar, el art. 44, que establecía las materias de ley, en su numeral 4°, disponía:

> "4° Aprobar anualmente el cálculo de entradas y fijar en la misma ley los gastos de la administración pública. La Ley de Presupuestos no podrá alterar los gastos o contribuciones acordados en leyes generales o especiales. Sólo los gastos variables pueden ser modificados por ella; pero la iniciativa para su aumento o para alterar el cálculo de entradas corresponde exclusivamente al Presidente de la República".

Según lo que plantea Sebastián Soto Velasco, y que se adscribe en esta investigación, la norma citada solo hacía referencia a la posibilidad de aumentar el gasto o, bien, alterar el cálculo de entradas en el marco de la Ley de Presupuesto[7].

En afinidad con lo anterior, el art. 45 excluía de la iniciativa parlamentaria "los suplementos a partidas o ítem de la Ley General de Presupuesto".

11ª Conceder jubilaciones, retiros, licencias i goce de montepío con arreglo a las leyes;

12ª Cuidar de la recaudación de las rentas públicas, i decretar su inversión con arreglo a la lei;

[6] Brahm, Bertelsen, Amunátegui (2002).

[7] Soto (2016), p. 242.

En tal sentido, resulta evidente que las iniciativas exclusivas se radicaban en aspectos esencialmente relativos al gasto público, pero que solo aquellos relativos al cálculo de entradas o ítem de la Ley de Presupuesto, con lo que se puede concluir que aún quedaba abierta la puerta a la iniciativa parlamentaria de proyectos de ley que importen gastos públicos, con la salvedad que el origen no podía estar radicado en la Ley de Presupuesto, lo cual trajo consigo una serie de dificultades de carácter administrativo y financiero[8].

a. 3) Reforma constitucional de 1943

La primera reforma constitucional de la cual fue objeto la Constitución de 1925, fue la de 1943, en virtud de la cual, en lo medular, se empoderó la figura del Presidente de la República no solo a través de ampliar el ámbito de las materias de iniciativa exclusiva, sino que, además lo autorizó a disponer del 2% de la Ley de Presupuesto, en casos excepcionales[9], norma que dicho sea de paso, existe hasta la fecha, art. 32 n.° 20 de la Constitución.

En la relativo a las materias de iniciativa exclusiva del Presidente, la reforma constitucional de 1943 constituye la consolidación de la materia de estudio de esta investigación, no solo por ampliarlas, sino que por constituyen la base de las normas contenidos en el actual art. 65° de la Constitución.

En tal sentido, dicha reforma constitucional importó la exclusividad del Presidente para iniciar proyectos de ley relativos a:

1) Alterar la división política del país;
2) Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados y
3) Conceder o aumentar sueldos y gratificaciones al personal de la Administración Pública de las empresas fiscales y de las instituciones semifiscales[10].

a. 4) Reforma constitucional de 1970

Sentado el régimen general de materias de iniciativas de ley exclusivas del Presidente de la República a partir de la reforma constitucional de 1943, rápidamente la legislación comenzó a ser tensionada por la interpretación que se le dio por parte de los parlamentarios[11].

[8] Silva (2000). p. 107.

[9] Art. 3°, Ley n.° 7727, de 23 de noviembre de 1943.

[10] Art. 2, en *op. cit*.

[11] Este aspecto fue también observado por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile y sirvió de antecedente para el estatuto que estableció la Constitución de 1980. Enrique Ortúzar en sesión n.° 285, del 14 de abril de 1977 señala: "La Carta Fundamental, que se violaba con frecuencia en el Parlamento, no sólo en aspectos que podrían decir relación a preceptos constitucionales que garantizaban los derechos y las

En dicho contexto, se siguieron presentando mociones parlamentarias que continuaron disponiendo de recursos públicos y no hubo claridad en torno a si los parlamentarios habían perdido o no la iniciativa de proyectos de ley sobre jubilaciones, montepíos o remuneraciones del sector privado, que claramente presionaba el gasto público[12].

Es por lo anterior que después de varios intentos fallidos[13] se promulga la reforma constitucional de 1970, que fija el régimen de materias de iniciativa exclusiva del Presidente previo a la norma actual contenida en la Constitución de 1980.

Dentro de las novedades aportadas por la reforma constitucional de 1970, se suman a lo que ya establecía la Constitución de 1925 en su texto original, y la posterior reforma constitucional de 1943:

1) Suprimir, reducir o condenar impuestos o contribuciones de cualquier clase, sus intereses o sanciones, postergar o consolidar su pago y establecer exenciones tributarias totales o parciales;
2) fijar los sueldos o salarios mínimos de los trabajadores del sector privado, aumentar de manera obligatoria sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos;
3) establecer o modificar los regímenes previsionales o de seguridad social y
4) conceder o aumentar, por gracia, pensiones u otros beneficios pecuniarios, y para condonar las sumas percibidas de forma indebida por concepto de remuneraciones u otros beneficios económicos, pensiones de jubilación, retiro o montepío o pensiones de gracia[14].

a. 5) Constitución de 1980 y sus modificaciones

Así, antes de analizar cuáles fueron los cambios introducidos por la Constitución de 1980, resulta procedente mencionar que Chile ya contaba con una basta y nutrida historia constitucional en lo relativo a materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, que la Constitución de 1980 simplemente recogió y profundizó en aspectos específicos[15].

libertades de los ciudadanos, sino que en otros aspectos, como, por ejemplo, uno que le preocupaba mucho, que era el que se infringiera la Constitución en materia de iniciativas de ley que la Carta entregaba exclusivamente al Presidente de la República, o en cuanto exigía que toda ley de gastos debía estar necesariamente financiada".

[12] Soto (2015), pp. 243-245.

[13] El año 1964, el presidente Jorge Alessandri Rodríguez envió una reforma constitucional al Congreso Nacional, que apenas fue objeto de debate.

[14] Art. 1°, Ley n.° 17284, 23 de enero de 1970.

[15] Fermandois y Garcia (2009), pp. 281-311.

Otra apreciación que cabe destacar es que las normas sobre iniciativa legal no estuvieron exentas de discusión en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (CENC), más conocida como Comisión Ortúzar, encargada de proponer a la Junta Militar de Gobierno un anteproyecto de nueva Constitución.

Sin ánimo de profundizar sobre la materia, ya que no es objeto de este análisis, la discusión se radicó no solo en qué materias debían ser de iniciativa exclusiva del Presidente, sino que, también, cuál sería el procedimiento de formación de ley, y si se ampliaría la iniciativa de ley a órganos de la sociedad civil[16].

Otra discusión necesaria de señalar apunta al hecho de qué entendió la Comisión por gasto público, y si efectivamente se privaría la iniciativa parlamentaria para cualquier tipo de moción que involucrara recursos públicos.

En tal sentido, el comisionado Jaime Guzmán, planteó su inquietud sobre si efectivamente cualquier gasto público era considerado de iniciativa exclusiva e, incluso, sugirió no restringir en materias de iniciativa exclusiva aquellas que impliquen gastos para el erario. No obstante, después de un intenso debate de la Comisión, se estimó que lo más oportuno era radicar todas las materias relativas al gasto público, incluidas aquellas relacionadas con toda clase de tributos, en la iniciativa del Presidente[17].

Así, y después de haber sido objeto de ciertas modificaciones en virtud de las cuales el Consejo de Estado amplió las iniciativas exclusivas, el art. 62 de la Constitución de 1980 estableció dentro de estas materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República:

1) proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país;
2) Proyectos de ley relacionados a la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos;
3) Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión;
4) Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos, de las empresas del Estado o municipales; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones;

[16] Véase sesión n.°20, de 15 de enero de 1974 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, opinión de Carlos Cruz-Coke y sesión n.° 26, de 26 de marzo de 1974 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, opinión de Gustavo Cuevas y Guillermo Bruna.

[17] Sesión n.° 394, de 4 de julio de 1978. Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile.

5) Contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones que puedan comprometer el crédito o la responsabilidad financiera del Estado, de las entidades semifiscales, autónomas o de las municipalidades, y condonar, reducir o modificar obligaciones, intereses u otras cargas financieras de cualquier naturaleza establecidas en favor del fisco o de los organismos o entidades referido;
6) Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la administración pública y demás organismos y entidades ya señalados, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos;
7) Establecer las modalidades y procedimientos de la negociación colectiva y determinar los casos en que no se podrá negociar y
8) Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.

Si bien efectivamente se ampliaron las materias de iniciativa exclusiva, hay que tener en cuenta que no se cambió de forma radical el estatuto normativo sobre este aspecto con relación a la Constitución de 1925 y sus reformas constitucionales, y que, más bien, se siguió la lógica que venía desde los últimos setenta años en torno a ampliar y precisar cada vez más, las iniciativas exclusivas del Presidente[18].

En cuanto a las reformas constitucionales que ha habido sobre la materia, se puede señalar, en primer lugar, la Ley n.° 19097, de 12 de noviembre de 1991 y la Ley n.° 19526, de 17 de noviembre de 1997, las cuales coinciden en atenuar el régimen de iniciativas exclusivas en un aspecto muy concreto que tiene relación con las municipalidades, pero que a decir verdad, no han cambiado la esencia del contenido de la norma.

b) Concepto y alcance

Las materias de iniciativa exclusiva, tal como lo sostiene Sebastián Soto Velasco:

> "son aquellas que solo pueden iniciar el trámite legislativo cuando el Presidente de la República lo determina sin que los parlamentarios estén

[18] Soto (2016), p. 244.

> autorizados a introducir válidamente mociones o proponer modificaciones a proyectos de ley por la vía de indicaciones en estas materias"[19].

Es decir, se identifica como elemento central la exclusividad del Presidente tanto para iniciar el trámite legislativo como para proponer modificaciones a proyectos de ley a través de indicaciones, propio de las modificaciones que se realizan a los proyectos de ley durante el trámite legislativo.

En una línea similar, pero con cierto matiz, Cristóbal Aguilera y Pablo Urquízar, identifican las materias de iniciativa exclusiva como una excepción

> "en las que el Presidente de la República es el único que puede iniciar el proceso de formación de la ley respecto a proyectos que traten de ciertas materias específicas"[20].

Por su parte, Alejandro Silva Bascuñán al tratar esta materia, expresa:

> "la iniciativa de la ley se atribuye al Presidente de la República en consideración, sin duda, a que él, al superponérsele disponer de una visión objetiva más completa y actualizada de los problemas nacional, puede estimarse como especialmente apto para discurrir las mejores fórmulas encaminadas a solucionarlos"[21].

De los tres conceptos que se recogen (Sebastián Soto Velasco, Cristóbal Aguilera y Pablo Urquízar y Alejandro Silva Bascuñán), se puede identificar como elemento central la exclusividad del Presidente para iniciar proyectos de ley en las materias que involucra y, como consecuencia, que los parlamentarios se encuentran impedidos de presentar mociones o indicaciones que regulen dichas materias. A lo anterior, se agrega un fundamento por parte de Alejandro Silva Bascuñan, que radica en la capacidad o aptitud del Presidente frente al Congreso.

Cabe mencionar que la excepcionalidad a la que se refieren Cristóbal Aguilera y Pablo Urquízar, la recogen del propio Tribunal Constitucional[22], sin embargo, es necesario hacer presente que cuando el Excelentísimo Tribunal lo hace, es para explicar un hecho evidente, y es que existe una regla general que es la iniciativa legal de diputados, senadores y el Presidente de la República y, por lo mismo, cuando se establecen materias de iniciativa exclusiva en un solo órgano, serían una excepción a dicha norma[23].

---

[19] Soto (2016), p. 231.
[20] Aguilera y Urquízar (2019), p. 36.
[21] Silva (2000), p. 104.
[22] Aguilera y Urquízar (2019), p. 37.
[23] Tribunal Constitucional (2007), cons. 14°.

De lo anterior, el Tribunal Constitucional también deriva el hecho de que las normas sobre iniciativa exclusiva deben interpretarse restrictivamente, no obstante, sobre este punto también es necesario hacer un matiz, y es que de dicha premisa no se desprende que se afecte ni reduzca el contenido de la norma.

Dicha afirmación se justifica en la propia sentencia en cuestión, donde lo que se explica, es que la afectación al art. 65 de la Constitución, que es donde se establecen las iniciativas exclusivas, debe ser directa o su efecto inconstitucional debe tener correlación, pero no que constituya "un eventual efecto colateral inconstitucional". No se pueden entender vulneradas las normas de iniciativa exclusiva cuando lo que se alega es un eventual efecto colateral que implique la vulneración de la norma[24].

Con lo anterior, cabe interpretar, entonces, que para que se vulneren las normas de iniciativa exclusiva del Presidente, es necesario probar que la moción parlamentaria afecta de forma directa materias contenidas en el art. 65 de la Constitución, o que su efecto es de aquellos que están restringidos solo al Presidente de la República.

A mayor ahondamiento sobre este aspecto, queda de manifiesto en la sentencia rol n.° 2025-2011, del Tribunal Constitucional, que es dable alegar la inconstitucionalidad de una norma que ha sido aprobada de un modo cuyo efecto es de iniciativa exclusiva del Presidente, sin haber de por medio una modificación o indicación parlamentaria. Tal es el caso del proyecto de ley en materia de duración del descanso de maternidad, *Boletín* 7526-13, donde la Comisión de Hacienda del Senado procedió a votar de forma separada dos normas propuestas por el Ejecutivo. Al rechazarse una de ellas, se extendieron los efectos del beneficio de posnatal, lo cual, según lo que interpretó el Tribunal Constitucional, generó mayor gasto para el Estado[25].

Sobre lo anterior, no está demás también aclarar, que cuando se hace referencia a la exclusividad del inicio de un proyecto de ley, se hace referencia a su presentación y posteriores modificaciones, sin disponer naturalmente de la tramitación normal del proyecto, el cual se someterá al escrutinio de diputados y senadores como cualquier proyecto de ley.

En cuanto a la tramitación propiamente tal, no hay normas específicas y reglas que alteren el proceso legislativo y, por lo tanto, se somete a las reglas de cualquier proyecto de ley, pero hay que tener especial atención en cuanto a las modificaciones que tanto en las comisiones como en las salas puedan

[24] Tribunal Constitucional (2007), cons. 13°. Se alegó por parte de un grupo de diputados que una moción parlamentaria del senador Hernán Larraín podría devenir en el aumento de la población carcelaria, lo cual eventualmente, podría haber implicado mayor gasto del Estado.

[25] Tribunal Constitucional (2011), cons. 42°.

proponer los diputados y senadores, por cuanto, si bien no les está vedado proponer modificaciones a un proyecto de ley cuya materia es de iniciativa exclusiva, el contenido de sus propuestas no podrán afectar el contenido del art. 65 de la Constitución. Norma que, incluso, podría verse vulnerada cuando un parlamentario proponga alterar la propuesta del Ejecutivo, sin necesitad de proponer cambios, tal como lo ocurrido en el proyecto de ley en materia de duración del descanso de maternidad, *Boletín* 7526-13, y que luego el Tribunal Constitucional consideró contrario a la Constitución en la sentencia rol n.° 2025, donde fue la solicitud de la votación separada de una norma, la que implicó el efecto de inconstitucionalidad.

Sobre este punto, es dable mencionar el hecho de que el Tribunal Constitucional ha sido categórico en explicitar que cualquier enmienda, cuyo efecto sea de aquellos contemplados dentro de las materias de iniciativa exclusiva del Presidente, más allá de si es a través de una indicación o forma de votación, se considera inconstitucional[26].

Sobre el carácter excepcional, dada la norma y la interpretación del Tribunal Constitucional, es correcto circunscribir a dicha característica que las normas contenidas en el art. 65 sobre materias de iniciativa exclusiva, deben interpretarse restrictivamente, sin que de ello se derive la imposibilidad de alegar que las mociones afecten materias que sean de iniciativa exclusiva tanto por su contenido como por los efectos que provoque, siempre que dichos efectos sean ciertos y directos, y no eventuales o colaterales.

c) Experiencia comparada

Resulta útil el ejercicio de analizar normas similares dentro del derecho comparado que permitan tener una visión más acabada sobre la materia objeto de este estudio.

Así, una primera mención que cabe realizar es el caso de Estados Unidos. No deja de llamar la atención que, en dicho país, la norma opera de muy distinto, siendo la iniciativa presidencial la que se encuentra reducida, teniendo los congresistas amplias atribuciones en materia de iniciativa, incluso, respecto de la Ley de Presupuesto[27].

No obstante, hay que entenderlo en el contexto del sistema político de Estados Unidos, donde rara vez los proyectos de ley avanzan sin un proceso de negociación entre los partidos políticos, y entre el gobierno y el Congreso.

[26] Tribunal Constitucional (2011), cons. 44°.

[27] Soto (2016), p. 232.

A su vez, para ahondar en este punto, es necesario tener claro también que, en el sistema estadounidense, el Presidente tiene un fuerte poder de veto.

Otro caso interesante y cuyo análisis es necesario para lo que convoca, es lo que regula la Constitución española. Cabe hacer mención, que España es una monarquía constitucional, y que el jefe del gobierno es el Presidente, pero el Jefe de Estado, es el Rey.

Lo anterior, en el caso de España, adquiere relevancia, toda vez que en la Constitución española existe una norma asimilable a materia de iniciativa exclusiva, que es el art. 134, donde se radica la exclusividad del gobierno para presentar al Congreso de los diputados la ley de presupuesto.

Se hace expresa mención en dicho artículo, que toda enmienda que suponga aumento de los gastos o disminución de los ingresos, requerirá la conformidad del gobierno[28].

Sobre la norma descrita anteriormente, es conveniente precisar que la redacción establece un cierto matiz en cuanto a materias de iniciativa exclusiva del Presidente, ya que es necesario diferenciar entre tener la exclusividad para iniciar o modificar un proyecto de ley, tal como lo que se establece en Chile, de lo que exige la norma en el caso español, donde se requiere la conformidad del gobierno.

El punto anterior no deja de ser importante, más aún, teniendo presente que el Tribunal Constitucional ha sido categórico en determinar que el requisito que establece la norma, es la voluntad del Presidente de iniciar o modificar un proyecto de ley. En tal sentido, la jurisprudencia no considera satisfecha la norma cuando son los ministros de Estado quienes manifiestan la intención del Ejecutivo durante la propia tramitación de la ley o que un proyecto de ley o indicación sean patrocinados por el Ejecutivo[29].

En la misma línea, Alejandro Silva Bascuñán sostiene que es necesario que el Jefe de Estado manifieste su voluntad a través de un acto solemne y que lleve su firma[30].

Otro caso es la Constitución francesa, que en su título V establece normas sobre "Relaciones entre el Parlamento y el gobierno". En la norma que atinge, el art. 40 establece:

[28] Art. 134 de la Constitución española.

[29] Tribunal Constitucional (1991). Citado en Sotol (2016), p. 232. Es necesario tener presente que el trabajo legislativo que se da tanto en las comisiones como en las salas del Congreso Nacional, quienes representan los intereses del Ejecutivo y por tanto, del Presidente de la República, son generalmente los ministros de Estado o los subsecretarios.

[30] Silva (2000), p. 105.

> "No serán admisibles las proposiciones y enmiendas formuladas por los miembros del Parlamento cuando su aprobación tuviera como consecuencia una disminución de los ingresos públicos o bien la creación o aumento de un gasto público".

Es decir, iniciativa exclusiva en materia de gastos públicos.

Otras normas interesantes, aunque no específicamente relativas a este estudio, regulan las etapas o requisitos previos que el Ejecutivo debe cumplir, en virtud del cual la iniciativa de ley corresponde al Primer Ministro y los proyectos son deliberados por el Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado para ser presentado al Parlamento[31].

Ahora bien, es oportuno analizar lo que se regula en distintos ordenamientos de América Latina, donde existen más ejemplos de normas coincidentes con la regulación chilena.

En este sentido, la Constitución brasileña se asemeja bastante a la chilena con ciertas particularidades que, incluso, la hacen más restrictiva.

En primer lugar, la iniciativa de reforma a la Constitución solo se permite al Presidente de la República, a un tercio de la Cámara de Diputados o del Senado, o a más de la mitad de las asambleas legislativas de las unidades de la Federación, y solo sobre materias que permite la Constitución[32].

Sobre proyectos de ley, el Presidente tiene iniciativa exclusiva respecto de las leyes que se refieran a las siguientes materias: fijen o modifiquen los efectivos de las Fuerzas Armadas; la creación de cargos, funciones o empleos públicos en la administración directa e institucional o el aumento de su remuneración; la organización administrativa y judicial, la materia tributaria y presupuestaria, los servicios públicos y el personal de la Administración de los Territorios; los funcionarios públicos de la Unión y de los Territorios, su régimen jurídico, la provisión de cargos, estabilidad y jubilación de los civiles, y la jubilación y transferencia de los militares para la inactividad; la organización del Ministerio Público y de la Defensa de Oficio de la Unión, así como sobre normas generales para la organización del Ministerio Público y de la Defensa de Oficio de los Estados, del Distrito Federal y de los Territorios; la creación, estructuración y atribuciones de los ministerios y órganos de la Administración Pública[33].

Lo anterior, además, se complementa con normas relativas a la urgencia para la tramitación de la ley, donde, incluso, se establece normas en caso de que el Congreso no se pronuncie[34].

---

[31] Art. 39 de la Constitución francesa. Modificado por la reforma constitucional n.° 2008-724 de 23 de julio de 2008.

[32] Art. 60 de la Constitución de Brasil.

[33] Art. 61, en *op. cit*.

[34] Art. 64, en *op. cit*.

Otro ejemplo similar al chileno es el establecido en la Constitución de Colombia, que en virtud de los arts. 150 y 154, radica privativamente la iniciativa de los proyectos de ley en el Presidente de la República, sobre las siguientes materias: el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos; determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional; conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales; establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración; organizar el crédito público; regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional; fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y, expedir las leyes relacionadas con el Banco de la República y con las funciones que compete desempeñar a su Junta Directiva.

De la Constitución de Colombia se puede desprender también, que tiene un régimen, al igual que Brasil, muy similar a la Constitución de Chile, con un foco evidente en la administración administrativa, financiera y presupuestaria del Estado.

Perú también es otro caso donde se identifican materias de iniciativa exclusiva del Presidente, bastante más atenuadas que en el caso de Chile, Brasil y Colombia, y que se reduce únicamente al gasto público.

En concreto, el art. 79 de la Constitución peruana, establece las restricciones en el gasto público, consagrando la prohibición a los representantes ante el Congreso para crear o reducir gasto público, salvo en lo relativo a su presupuesto. Sobre materias relativas a los tributos, se establece la prohibición de legislar, salvo solicitud del Ejecutivo[35].

En el caso de Argentina, la Constitución no establece materias cuya iniciativa radique de manera excluyente o privativa en el Presidente de la nación y a decir verdad, no hay normas que se asimilen a la materia objeto de este estudio.

En particular, las normas sobre la formación de la ley, contenidas en los arts. 77 a 84, no regulan aspectos relacionados a competencias del Presidente de la nación. Solo el art. 99 n.° 3 de la Constitución argentina, establece dentro de las atribuciones del Presidente de la nación, la participación en la formación de la ley.

Resulta un hecho irrefutable, que un estatuto normativo de temáticas que sean materias de ley y cuya iniciativa esté radicada de manera exclusiva en el Presidente de la República, o en la máxima autoridad del Poder Ejecu-

[35] Art. 79 de la Constitución de Perú.

tivo, es poco frecuente al nivel de regulación como lo hay en la Constitución chilena. De las constituciones observadas en América Latina y en Europa, en Chile se detalle tan minuciosamente materias de ley que solo se pueden iniciar y modificar por la voluntad del Presidente de la República.

En este sentido, la norma contenida en la Constitución brasileña a la que se hizo referencia, y la Constitución colombiana sobre la materia, son tal vez los regímenes más cercanos al art. 65 de nuestra Constitución.

Lo anterior, sin embargo, hay que complementarlo con otra premisa, y es que Chile no es el único país que priva de la iniciativa parlamentaria sobre ciertas materias, no obstante, en su gran mayoría, estas se enfocan de modo exclusivo en aspectos relativos al gasto público o la administración financiera o presupuestaria del Estado.

d) Consideraciones al debate actual

Cierto sector de la doctrina argumenta en el sentido de que en general las atribuciones con las que cuenta el Presidente de la República en su papel de colegislador, deslegitimarían tanto el proceso legislativo propiamente tal como, incluso, la democracia[36].

Más aún, se ha llegado a afirmar que el Parlamento ya no ejercería su papel legislativo, sino que solo a la sombra del Poder Ejecutivo[37].

Sin embargo, se obvia el hecho de que tanto en la reforma constitucional de 1943 como la de 1970, buscaban en todo caso empoderar al Presidente de la República de cierto comportamiento irresponsable por parte del Congreso[38]. Es decir, la voluntad, desde el punto de vista político, transversal, a lo largo de la historia, ha sido precisamente entregarle al Presidente un papel predominante en la tramitación de proyectos de ley cuyo contenido el constituyente ha considerado de especial importancia.

Sobre el punto anterior, conviene hacer presente la sentencia del Tribunal Constitucional, rol n.° 7, de 12 de septiembre de 1972, en virtud de la cual el gobierno de la Unidad Popular del presidente Salvador Allende, solicitó al Excelentísimo Tribunal, que declare la inconstitucionalidad de la extensión del beneficio de aguinaldo que incorporó el Senado al proyecto de ley sobre aguinaldo de fiestas patrias, presentado por el Ejecutivo de entonces, por haber considerado que importaba materias propias de iniciativa exclusiva del Presidente[39].

[36] Ruiz-Tagle (2014), pp. 229-247.
[37] Cordero (2016), pp. 88-97.
[38] Soto (2016), p. 243.
[39] Tribunal Constitucional (1972), cons. 1°.

En lo medular, el Tribunal Constitucional acogió el requerimiento del gobierno, declarando la inconstitucionalidad de la norma, por encuadrarse dentro de las materias reservadas al Presidente de la República[40].

Lo anterior, simplemente reafirma la idea de que existe un régimen de materias de iniciativa exclusiva del Presidente, que responde a una tradición constitucional, y que no son producto de un presidencialismo exacerbado que se origina a partir de la Constitución de 1980.

Por otra parte, quienes critican, en general, las atribuciones del Presidente en su papel de colegislador y, por ende, las materias de iniciativa exclusiva, desconocen cómo ha evolucionado la norma, y que muchas de las materias contenidas en el art. 65, antes, el constituyente había delegado exclusivamente en el Presidente, sin requerir de la aprobación del Congreso, ya que no eran materias de ley[41].

Otro aspecto que no se rescata en la discusión, necesaria para entender cómo se aplica la norma, tiene relación con el hecho de que los proyectos de ley a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, se someten a las normas de tramitación legislativa, como cualquier proyecto de ley y, por lo tanto, al control de diputados y senadores, a quienes no les está vedado proponer modificaciones o enmiendas, sino que solo respecto de aquellas materias que inciden en las normas contenidas en el art. 65 de la Constitución.

Además, son varios los antecedentes para sostener que en la práctica, en ningún caso el Congreso Nacional ha perdido total protagonismo de los proyectos de ley presentados por el Ejecutivo en el marco del art. 65 de la Constitución, y los parlamentarios, por vías extra constitucionales, en particular la negociación entre parlamentarios y Ejecutivo, han logrado cierta incidencia en las decisiones que toma el gobierno para modificar los proyectos de ley propios de la iniciativa exclusiva[42].

A lo anterior, se suma el hecho de que es muy probable que la materia sobre la cual se legisla tenga algún tipo de quórum especial, por lo que serán muy pocas las ocasiones en que el gobierno solo con los votos de los parlamentarios oficialistas logre la aprobación de su proyecto de ley.

Ahora bien, más allá del punto de vista político, conviene analizar el fundamento propiamente tal de este régimen de iniciativas exclusivas de ley.

Sobre este punto, donde mayores antecedentes se encuentran desde el punto de vista de la jurisprudencia y de la doctrina, dice mención con la materia establecida en el art. 65 inc. 2° de la Constitución, es decir, la iniciativa

[40] Tribunal Constitucional (1972), cons. 4°.

[41] Solo a modo de ejemplo, conviene analizar las atribuciones especiales que tenía el Presidente de la República bajo la Constitución de 1833, establecidas en su art. 82.

[42] Bronfman (2016), pp. 382-384.

exclusiva del Presidente sobre proyectos de ley que tengan relación con la administración financiera y presupuestaria del Estado.

El Tribunal Constitucional, en este contexto, ha sido tajante en torno a que, por lo visto, basta con determinar si la iniciativa exige mayor gasto público no considerado inicialmente, más allá de la naturaleza de dicho gasto. Incluso, ha llegado a considerar el análisis del propio Ejecutivo para determinar si hay mayor gasto o no, entendiendo que es al Presidente a quien corresponde determinar si, de hecho, una iniciativa legal implica normas relativas a la administración financiera y presupuestaria del Estado, amparado, además, en una evolución histórica de la norma, en virtud de la cual, la administración financiera del Estado ha estado radicada en el Presidente desde el inicio de la república[43].

El punto anterior se condice, además, con lo planteado por un sector importante de la doctrina, la cual se basa en el hecho de que el órgano ejecutivo, es, técnicamente, quien tiene la capacidad para actuar de manera responsable desde el punto de vista de los recursos del Estado[44].

Por otra parte, varios son los autores que en materia presupuestaria y financiera, no dudan en la necesidad de radicar la predominancia en el Ejecutivo, entendiendo que es el Presidente el que debe dar cuenta de la ejecución del presupuesto del Estado, que la evidencia internacional demuestra la inconveniencia de considerar la iniciativa parlamentaria en este ámbito, y que es un resguardo necesario a la buena salud de las finanzas del Estado[45].

Lo anterior, no obstante, se contrapone con cierta tendencia observada en el Congreso Nacional por el cual se han tramitado proyectos de ley que infringen de forma abierta las normas relativas a la iniciativa exclusiva en la actualidad.

Tal es el caso, por ejemplo, del proyecto de ley que:

> "Mejora pensiones del sistema de pensiones solidarias y del sistema de pensiones de capitalización individual, crea nuevos beneficios de pensión para la clase media y las mujeres, crea un subsidio y seguro de dependencia, e introduce modificaciones en los cuerpos legales que indica",

Boletín n.° 12.212-13, la por lo común llamada "reforma previsional".

Este proyecto de ley es un mensaje del Presidente de la República, por el cual se proponen una serie de modificaciones al sistema de previsión chileno. Actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso Nacional,

[43] Véase Tribunal Constitucional (1996), cons. 4° y Tribunal Constitucional (2011), cons. 39°.

[44] Silva (2000). p. 201.

[45] *El Mercurio* (2020).

y hasta la fecha, se puede mencionar dentro de las acciones que se han realizado, la votación separada de la norma que establece un seguro de longevidad con el objetivo de extender el financiamiento del Estado a dicho seguro, lo cual es por lo visto contrario al art. 65 inc. 3°[46] y art. 65 inc. 3° n.° 6[47] de la Constitución, y similar a lo que ocurrido en la causa rol n.° 2025-11, del Tribunal Constitucional.

Otro caso a analizar sobre proyectos de ley en la actualidad en tramitación, es la moción parlamentaria que "modifica el Código del Trabajo con el objeto de reducir la jornada laboral, boletín N° 11.179-13", comúnmente conocido como "proyecto de ley de 40 horas". En lo medular, este proyecto de ley propone reducir la jornada laboral establecida en el C*ódigo del Trabajo* de cuarenta y cinco horas semanales, a cuarenta horas, manteniendo la remuneración de los trabajadores.

La inadmisibilidad en este caso es aún más evidente, ya que no es una modificación, sino que derechamente, un proyecto de ley que, a todas luces, vulnera el art. 65 inc. 3° n.° 4 de la Constitución. El proyecto de ley fue declarado inadmisible por la Mesa de la Cámara de Diputados, sin embargo, dicha decisión fue revertida por mayoría en la sala de la Cámara. Hoy, el proyecto de ley se encuentra en el Senado en su segundo trámite constitucional.

Se puede mencionar también, el proyecto de ley que Crea un subsidio para alcanzar un ingreso mínimo garantizado, *Boletín* 13.041-13. Este mensaje presidencial que ya se encuentra aprobado y publicado como la Ley n.° 21218, de 3 de abril de 2020, proponía mecanismo de subsidios para aumentar los recursos de los trabajadores de menores ingresos. Mediante indicación en la Comisión de Trabajo, se propuso un aumento del sueldo de $550 000 para las grandes empresas, contraviniendo el art. 65 inc. 3° n.° 4 de la Constitución.

Como último ejemplo, es necesario hacer mención al proyecto de ley que faculta el acceso a prestaciones del seguro de desempleo de la Ley n.°

[46] "Corresponderá al Presidente de la República la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la alteración de la división política o administrativa del país, o con la administración financiera o presupuestaria del Estado, incluyendo las modificaciones de la Ley de Presupuestos".

[47] "4°.- Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes".

19728, en circunstancias excepcionales, publicado como Ley n.° 21227, de fecha 6 de abril de 2020, más conocido como ley de "protección del empleo".

A *grosso modo*, la ley establece un mecanismo para que las empresas que han sido afectadas producto de la pandemia Covid-19, puedan acogerse a un régimen transitorio para suspender el pago de las remuneraciones y acceder al seguro de cesantía.

Pues bien, durante la tramitación de dicho proyecto de ley, se dispuso mediante indicación parlamentaria, que los trabajadores con ingresos inferiores a $1 000 000, concurrirían a un seguro de cesantía solidario, sin uso de su cuenta individual, contraviniendo de nuevo, el art. 65 inc. 3°, n.° 4 de la Constitución, de manera evidente.

Sin el ánimo de comentar desde la óptica política el actuar de un grupo de diputados o senadores, resulta pertinente y necesario recordar que fueron las mismas conductas que se describen anteriormente, las que motivaron en su minuto las reformas constitucionales de 1943 y de 1970, bajo los gobiernos del radical Juan Antonio Ríos, y el democratacristiano Eduardo Frei Montalva, y no deja de ser paradojal, que existan parlamentarios de dichos partidos políticos, quienes han incurrido en las conductas descritas.

Más allá del debate político, ningún Estado de derecho se sostiene con el incumplimiento de las normas que el mismo Estado se ha impuesto, y que para que las instituciones funcionen adecuadamente, es fundamental que sus miembros den sentido a las normas que los rigen.

Conclusiones

- Las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República constan en la tradición chilena de derecho público prácticamente, desde el inicio de la república y, por lo mismo, no resulta oportuno radicar en un momento histórico determinado, un ánimo especial del constituyente por disponer de las atribuciones del Congreso Nacional. Por lo demás, al menos desde la Constitución de 1925, todos los cambios a la Constitución que han existido relativos a la materia de estudio, han ido en la misma dirección, cual es, dotar al Presidente de la República de mayores atribuciones teniendo la exclusividad de iniciativa legal sobre materias de determinadas.
- Dentro de los antecedentes que el constituyente tuvo a la hora de definir las materias de iniciativa exclusiva del Presidente, se debe mencionar también el cuestionamiento que se hizo al cumplimiento de la norma constitucional por parte del Congreso. En tal sentido,

lisa y llanamente se consideró que los parlamentarios no habían respetado la Constitución. He ahí la importancia de que el Congreso y el Presidente en su papel de colegislador, den plena observancia a las normas sobre proceso legislativo en general, de lo contrario se deslegitima las instituciones y el Estado de derecho.

- Es necesario precisar que del hecho que las iniciativas en materia exclusiva tengan un carácter excepcional, y que se interpreten de manera restrictiva, no se puede concluir que la interpretación de sus normas no admite efectos de las mociones que inciden en materias de iniciativa exclusiva, siempre que sean directos y ciertos. El Tribunal Constitucional ha sido categórico en este punto, y una interpretación restrictiva importa fundamentalmente en tres aspectos: que la regla general es que la iniciativa legal recaiga en senadores, diputados y el Presidente de la República, que no admite eventualidades, y que el efecto de inconstitucionalidad que se alega debe ser directo.
- La experiencia comparada indica que en realidad el régimen de normas que regulan la iniciativa exclusiva del Presidente en Chile no es un caso único, y que existe ordenamientos jurídicos, en particular en América Latina, que igualmente cuentan con estas atribuciones y no por ello, se deslegitiman sus instituciones ni se cuestiona su sistema democrático. No obstante, es justo señalar que el ordenamiento constitucional nacional se encuentra dentro de las constituciones donde el Presidente goza de mayores atribuciones en materia de iniciativa exclusiva de ley, a la par de Colombia y Brasil.
- Las materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República tienen un fundamento preciso y que radica en la responsabilidad fiscal en un solo órgano, en este caso el Presidente de la República, lo cual, además, ha sido reafirmado a lo largo de nuestra tradición constitucional por gobiernos de todos los sectores políticos. A lo anterior, se debe mencionar también que en la práctica, el presidencialismo exacerbado o cesarismo al que se refiere parte de la doctrina es atenuado en los hechos y en la sana discusión política que se debiese dar en el Congreso, donde el Ejecutivo no obstante tener la iniciativa exclusiva, sigue requiriendo de las mayorías necesarias para la aprobación de sus proyectos de ley.
- Hay cierta tendencia a desconocer las normas que han sido descritas en este ensayo. A decir verdad, más que manifestar la preocupación evidente de que un poder del Estado transgreda abiertamente la Constitución y que, aún más, lo reconozca, no hay que olvidar

que fue precisamente el mismo antecedente, en virtud del cual se hicieron las reformas constitucionales de 1943 y de 1970, donde el resultado y la conclusión, fue la necesidad de ampliar las materias que solo corresponden a la iniciativa del Presidente de la República, por lo tanto, se contradicen quienes manifiestan la necesidad de más atribuciones al Congreso Nacional y, a su vez, transgreden las normas existentes.

Bibliografía

Aguilera Cristóbal y Pablo Urquízar (2019). *La formación de la ley*, Editorial Metropolitana.

Brahm, Enrique, Raúl Bertelsen y Andrés Amunátegui (2002). *Régimen de gobierno en Chile. ¿Presidencialismo o parlamentarismo? 1925-1973*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Bronfman, Alan (2016). "Presidencialismo y el Poder Presidencial en el proceso legislativo chileno", en *Revista chilena de Derecho*, vol. 43, n.° 2.

Cordero Vega, Luis (2016). "La crisis y administrativización de la ley: Bases para la discusión de una reforma", en *Revista de Derecho Público*, vol. 65, Santiago.

Devillaie, Francisco, (2016). "El cesarismo legislativo del Presidente de la República bajo la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho Público*, n.° 65, Santiago.

Fermandois, Arturo y José García (2009). "Origen del Presidencialismo Chileno: reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 n.° 2.

Meléndez Ávila, Felipe (2014). "El régimen presidencial en Chile: Algunos elementos para su interpretación", en *Revista de Derecho Público,* n.° 76. Santiago.

Ruiz-Tagle Vial, Pablo. (2014). "El presidencialismo chileno: evolución de sus atribuciones constitucionales y propuestas de reforma", en *Revista de Derecho Público*, vol. 76, Santiago.

Silva Bascuñán, Alejandro (2000). *Tratado de derecho constitucional. Congreso Nacional. La función legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica, tomo vii.

Soto Velasco, Sebastián (2016). *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*, Editorial Thomson Reuters.

Normas citadas

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

Constitución Política de la República de Chile 1833, 25 de mayo de 1833.

Constitución Política de la República de Chile 1925, 18 de octubre de 1925.

Ley n.° 7727, Reforma constitucional limita la iniciativa parlamentaria en lo relativo a gastos públicos, 23 de noviembre de 1943.

Ley n.° 17284, Modifica la Constitución Política del Estado, 23 de enero, 1970.

Ley n.° 19097, Modifica la Constitución Política de la República en materia de gobiernos regionales y administración comunal, 12 de noviembre de 1991.

Ley n.° 19526 Reforma constitucional sobre administración comunal, 17 de noviembre de 1997.

Constitución de la República Federativa del Brasil.

Constitución española

Constitución de la nación argentina.

Constitución política de Colombia.

Constitución política del Perú.

Constitución de república francesa.

Otros documentos

Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (1974-1978). Acta de sesiones, tomo I y X.

Libertad y Desarrollo (2020). "Iniciativa exclusiva del presidente de la república: orígenes e importancia Chile", en *Temas Públicos*, n.° 1435, enero 2020. Disponible en https://lyd.org/wp-content/uploads/2020/01/tp-1435-iniciativa-exclusiva-presidencial.pdf [fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].

Fundación Jaime Guzmán (2020). "Congreso y mociones inconstitucionales los privilegios de la izquierda parlamentaria!", en *Mirada Política*, abril. Disponible en www.fjguzman.cl/congreso-y-mociones-inconstitucionales-los-privilegios-de-la-izquierda-parlamentaria/ [fecha de consulta 5 de mayo de 2020].

El Mercurio (2020). "La iniciativa económica exclusiva presidencial y la no afectación tributaria", 15 de marzo de 2020. Disponible en https://app-vlex-com.uandes.idm.oclc.org/#WW/sources/5082/issues/2020-03-15 [fecha de consulta: 24 de abril de 2020].

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (1972). Sentencia, rol n.° 7, 12 de septiembre de 1972.

Tribunal Constitucional (1991). Sentencia, rol n.° 122-1991, 16 de abril de 1991.

Tribunal Constitucional (1996). Sentencia, rol n.° 242-1996, 12 de agosto de 1996.

Tribunal Constitucional (2007). Sentencia rol n.° 786-07, 13 de junio de 2007.

Tribunal Constitucional (2011). Sentencia, rol n.° 2025-2011, 20 de julio de 2011.

PROYECTO DE LEY ANTICOLUSIÓN: OPORTUNIDADES Y RIESGOS EN SU TRAMITACIÓN

ANTI-CARTEL DRAFT BILL: OPPORTUNITIES AND RISKS IN ITS NEGOTIATION

John Henríquez Oyarzo[*]

RESUMEN: En el presente trabajo se aborda las principales modificaciones propuestas al decreto ley n.° 211 por el presidente Sebastián Piñera. Adicionalmente, se analiza la falta de consenso político sobre la arquitectura institucional del sistema de libre competencia chileno, se realiza una revisión de su evolución y de sus principales modificaciones y se plantean los aspectos que lo más probable serán objetos de discusión legislativa. Si bien el espíritu de las propuestas contenidas en el proyecto de ley del gobierno está bien orientado, no existen garantías de que en el transcurso de la tramitación de esta reforma legal no se promuevan enmiendas que causen un perjuicio relevante al sistema de libre competencia vigente en nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Libre competencia, criminalización de la colusión, fiscalización.

ABSTRACT: This paper analyses the main amendments proposed to Decree Law N° 211 made by president Sebastián Piñera. Additionally, the paper studies the lack of political consensus regarding institutional architecture of the Chilean competition system, conducts a review of its evolution and its main amendments, and present issues that may be subject to legislative discussion. Although the spirit of the amendments contained in the bill is well oriented, there are no guarantees that in the course of processing this

[*] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigador del Instituto Libertad y Desarrollo y colaborador permanente del Programa UC de Libre Competencia. Correo electrónico: johenriquez@uc.cl

legal reform there will not be new amendments that may cause significant harm to the Chilean competition system.

KEYWORDS: Antitrust, Criminalization of collusion, Public enforcement.

I. INTRODUCCIÓN

El presidente Sebastián Piñera, a inicios de diciembre de 2019, anunció la presentación de una "agenda antiabusos". Dicha agenda, impulsada como respuesta a las protestas sociales iniciadas en octubre del mismo año, tenía múltiples propósitos. Además de proponer la revisión de los cuerpos legales que regulan la actividad financiera, la agenda incluía modificaciones al régimen de libre competencia con el objetivo de combatir con mayor severidad las colusiones.

En marzo de este año, el anuncio gubernamental –en lo que se relaciona con el sistema de libre competencia– se materializó en la presentación de un proyecto de ley[1] (proyecto anticolusión). La decisión de impulsar una reforma legal al decreto ley n.° 211 (DL 211), piedra angular del sistema de libre competencia chilena, fue una sorpresa para los usuarios de la institucionalidad y para la opinión pública en general. En efecto, el programa de gobierno con el que fue electa la actual administración, si bien incluía alusiones genéricas a la importancia de la competencia en los mercados, no contemplaba la presentación de modificaciones legales en la materia, habida cuenta, por lo demás, de la reciente reforma que este cuerpo legal había experimentado.

En resumen, la iniciativa legal del Ejecutivo pretende reformar el DL 211 en los siguientes aspectos:

i) otorgarle a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) nuevas herramientas para la persecución de carteles;
ii) aumentar las penas para el delito de colusión cuando recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad y
iii) crear la figura de denunciante anónimo.

Si bien el espíritu de las propuestas está bien orientado –así como el diagnóstico que hace el Ejecutivo en el mensaje–, no existen garantías de que en el transcurso de la tramitación de esta reforma legal no se promuevan enmiendas que causen un perjuicio relevante al sistema de libre competencia vigente en Chile.

[1] "Proyecto que fortalece la investigación y persecución de carteles y aumenta su pena en caso que indica", en *Boletín* n.° 13.312-03.

II. Falta de consenso político sobre el futuro del DL 211

A diferencia de lo que ocurre entre buena parte de los académicos y usuarios de la institucionalidad en libre competencia –en que existe consenso sobre las virtudes generales del sistema vigente–, en la esfera política existen importantes diferencias sobre la regulación antimonopolio actual. A continuación, se abordan las principales diferencias observadas en los programas de gobierno de los candidatos a la presidencia para el periodo 2018-2022.

Referencias al sistema de libre competencia en los programas de gobierno	
Sebastián Piñera	Alejandro Guillier
Proteger la libre competencia mediante el monitoreo del proceso de aprobación para fusiones y el fortalecimiento de la delación compensada.	Velar por limitar los excesivos grados de concentración económica, defender la libre competencia y apoyar a las organizaciones de consumidores.
Carolina Goić	Beatriz Sánchez
Establecer un catálogo de delitos en materia de atentados a la libre competencia por medio de la modificación de la Ley n.° 20393 sobre responsabilidad de las personas jurídicas.	(i) Fortalecer su capacidad de regulación para evitar la concentración económica y aumentar las penas asociadas a la colusión; (ii) Eliminar la prescripción de los delitos económicos; (iii) Quitarle la titularidad de la acción penal a la FNE en materia de carteles; y (iv) Establecer la posibilidad de apelar a las decisiones de la FNE en materia de fusiones (control de operaciones de concentración).

Del análisis de los ejes programáticos de los candidatos, se aprecia que el Frente Amplio –coalición que presentó como candidata presidencial a Beatriz Sánchez– tiene importantes reparos no solo respecto a los fines del derecho de la competencia, sino que, también, sobre elementos esenciales de la institucionalidad vigente.

Como antecedente previo, es conveniente recordar que fue tras el colapso financiero mundial generado por la crisis *subprime* de 2008 que vino la primera ola de evaluaciones críticas del *laissez faire* en el derecho de la libre competencia[2].

En particular, pareciera ser que este grupo político se ha sumado a la corriente conocida como *hipster antitrust*, cuya principal representante es la

[2] Newman (2019), p. 67.

abogada Lina M. Khan[3]. Esta corriente, que se ha popularizado debido a las investigaciones realizadas a la empresa Facebook y a otros gigantes tecnológicos, plantea que los actuales sistemas de libre competencia –centrados en el "bienestar del consumidor"[4]– no están preparados para capturar la arquitectura del poder de mercado en la economía moderna, en que las plataformas digitales –motivadas por su necesidad de crecer– tienen incentivos para realizar estrategias predatorias y usar la información disponible para afectar a sus competidores.

Se trata de una corriente preocupante, pues desconoce que las estructuras no son perniciosas *per se*, sino que son las conductas las que pueden tener efectos nocivos en la competencia. Esta corriente académica, que postula como soluciones eficientes la desintegración de las empresas o la regulación de sus precios, difiere sustancialmente con la visión imperante hoy día en los principales sistemas de libre competencia.

En Chile, por ejemplo, existen autores que sugieren la conveniencia –en casos muy justificados– de que las autoridades de competencia controlen los precios excesivos para las empresas que sean acusadas de "superdominantes" en un mercado relevante determinado. Además de establecer un test para determinar su procedencia, los autores justifican la intervención señalando que la necesidad del control se verifica tanto si se adopta una perspectiva restringida como una amplia de los propósitos del derecho de la competencia. En efecto, afirman que, desde una óptica más amplia,

> "la tendencia actual es considerar al derecho de la competencia como una herramienta más -dentro del amplio espectro de las políticas públicas- que permite lidiar con las desigualdades y promover la inclusión en todos los sectores de la economía, pues resulta evidente que el poder de mercado tiene un efecto directo en la desigualdad (por ejemplo, Baker y Salop 2015)"[5].

Este movimiento académico no solo ha influenciado a autores chilenos, sino que, también, ha sido mencionado por autoridades de competencia en España. Pilar Sánchez, al referirse a los objetivos de los sistemas de libre competencia, también alude a la corriente *hipster antitrust* –aunque sin mencionarla directamente–, señalando que desde ciertos ámbitos académicos se ha mencionado al combate contra la desigualdad como uno de los nuevos

[3] Khan (2016).

[4] La teoría neoclásica explica que este bienestar es maximizado en escenarios donde existe competencia perfecta, puesto que los recursos económicos son plenamente aprovechados. Existe eficiencia tanto asignativa como productiva.

[5] Saavedra y Tapia (2019), p. 98.

objetivos de los regímenes de defensa de la competencia. Sus impulsores, según Pilar Sánchez,

> "establecen la existencia de un vínculo entre la actual concentración de poder económico, que se habría alcanzado por la aplicación rigurosa de la defensa de la competencia en las décadas pasadas, y el aumento de la desigualdad (Baker y Salop, 2015)"[6].

Entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria, en definitiva, hay diferentes visiones sobre la institucionalidad vigente en materia de libre competencia y sobre el papel de la autoridad de la competencia en general. Con el transcurso del tiempo, parte importante de la clase política chilena parece haber olvidado la importancia del crecimiento económico en el bienestar social y ha mirado con desconfianza el éxito empresarial. Al mismo tiempo, se ha masificado la creencia –incorrecta en opinión del autor– de que las únicas causas que explican el descontento social en Chile son la concentración económica y la desigualdad.

Tal situación, sumado a que la Constitución no contempla limitaciones a la iniciativa legal parlamentaria en este tópico, hace probable un intenso debate respecto no solo respecto a los pilares estructurales y objetivos del derecho de la libre competencia, sino que, también, respecto a puntos particularmente controversiales tales como la existencia y alcance de la delación compensada, la titularidad de la acción penal en los delitos de colusión y la magnitud de las sanciones impuesta a los agentes económicos que cometen ilícitos anticompetitivos.

Adicionalmente, conviene destacar que, dado el contexto en que se impulsó este proyecto de ley, no se pudo desarrollar un trabajo prelegislativo adecuado que permita garantizar un cierto consenso previo sobre las ideas matrices de la iniciativa legal. Hubiese sido deseable, tal como se hizo para la última reforma (Ley n.° 20945 de 2016), la convocatoria a una comisión técnica transversal que identifique los ajustes que requiere el sistema y una labor similar a la realizada por la FNE previo a la tramitación de dicha ley. En efecto, el diagnóstico realizado por la Comisión Rosende –que trabajó y emitió su informe durante el primer periodo del presidente Sebastián Piñera– y el trabajo de la FNE fueron fundamental en la exitosa tramitación de aquella reforma legal. Felipe Irarrázabal explica la labor[7] del órgano persecutor, señalando:

[6] Sánchez (2018) p. 58.

[7] Rivas (2018) afirma que los esfuerzos planificados de la FNE para construir una reputación técnica y actuar como un emprendedor de políticas desempeñaron un papel relevante en el otorgamiento de los poderes regulatorios que le fueron concebidos en la Ley n.° 20945.

> "la planificación consistió en contar con un diagnóstico claro de lo que se requería reformar, en ir mostrando en el tiempo esa necesidad a propósito de casos concretos y en encargar estudios externos que reafirmaran el diagnóstico del problema y sugirieran soluciones"[8].

Aun cuando la corriente *hipster antitrust* no cuente con una popularidad tal que le permita reformar los pilares del sistema vigente de defensa de la competencia, será un desafío para el Ejecutivo –y para quienes valoran las fortalezas, tanto institucionales[9] como de atribuciones y procedimientos, de nuestro sistema– convencer a los actuales parlamentarios sobre las virtudes del régimen vigente. Resultará fundamental, entonces, acudir a la persuasión y al diálogo para perfeccionar –y no retroceder– un sistema flexible que, con sus luces y sombras, goza de merecido prestigio y que ha sido fundamental para la consolidación de nuestro modelo económico. Como explica Luciano Simonetti, la esfera política –en la que se encuentran y contraponen la heterogeneidad de los puntos de vista imperantes en una sociedad– requiere de diálogo y mutua persuasión para alcanzar puntos de encuentro[10].

III. La importancia de la libre competencia

La experiencia demuestra la importancia que tienen los sistemas económicos en el desempeño de los países. En efecto, a mayor grado de libertad económica –que deriva en mayores grados de competencia– los niveles relativos de desarrollo son más altos[11]. En virtud de sus fundamentos y beneficios, es que la competencia, como principio de mercado, se constituye como el "motor del sistema económico liberal"[12].

La libre competencia o antitrust, en tanto, es definida como

> "una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí"[13].

[8] Irarrázabal (2019), p. 141.

[9] Enrique Vergara, presidente del Tribunal de la Libre Competencia, valora la existencia de autoridades con sólidos conocimientos técnicos y funciones claramente diferenciadas. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/CuentaPublica/dia-de-la-competencia.pdf [fecha de consulta: abril de 2020].

[10] Simonetti (2020), p. 8.

[11] Rojas y Berríos (2016), p. 46.

[12] Juppet y Morales (2018), p. 5.

[13] Coloma (2009), p. 13.

Los mercados que funcionan en condiciones de competencia son eficientes, pues permiten que los consumidores accedan, al menor costo posible, a una variedad de bienes o servicios ofrecidos por los productores. La competencia, según explica Richard Whish, es un proceso de rivalidad entre firmas o agentes del mercado buscando ganar clientes comerciales a través del tiempo[14]. El resultado del proceso competitivo es la maximización del bienestar social, situación que debe ser impulsada por los Estados por medio de políticas públicas adecuadas y regulaciones que no inhiban el ingreso de nuevos actores a los mercados ni generen ventajas injustas para los incumbentes. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), afirma Andrés Rioseco[15], utiliza la evaluación del bienestar[16] como criterio fundamental al momento de interpretar la normativa de defensa de la libre competencia.

Sin embargo, puede ocurrir que empresas que detentan poder de mercado hagan un mal uso de este. Dicho mal uso, consistente en alterar las condiciones de los mercados, repercute negativamente tanto en los consumidores como en los competidores de la empresa infractora. Según se desprende de la definición de Germán Coloma, el objetivo del derecho de la competencia es el control del poder de mercado. En concreto, no es la existencia de poder de mercado lo que castiga el DL 211, sino que el abuso que las empresas hagan de este. El poder de mercado se identifica, según la autoridad de libre competencia mexicana, como

> "la persistencia de niveles de precios por encima de los niveles que deberían observarse en un ambiente competitivo, donde los precios obedecen únicamente a consideraciones de costo"[17].

Con todo, no siempre es indispensable la existencia de poder de mercado en la configuración de prácticas anticompetitivas. En efecto, la legislación vigente no exige poder de mercado en el caso de los ilícitos constitutivos de carteles duros (consistentes en la adopción de acuerdos entre competidores con el propósito directo de eliminar a la competencia). La aprobación de la Ley n.° 20945, que eliminó la exigencia consistente en que el acuerdo entre las partes confiriera poder de mercado, introdujo en el ordenamiento jurídico la regla *per se* para carteles duros[18].

---

[14] Whish & Bailey (2018), p. 4.

[15] Rioseco (2020) p. 3.

[16] Agrega que no es necesariamente el bienestar del consumidor el que se pretende proteger, ejemplificando lo que ocurre en los casos de conductas unilaterales exclusorias.

[17] Comisión Federal de Competencia Económica (2018), p. 93.

[18] Jorge Grunberg estima que su incorporación produce importantes beneficios. En concreto, tiene un efecto disuasorio y genera ahorros en los costos administrativos destinados a la persecución de estos ilícitos. Véase Grunberg (2020), p. 4.

En suma, el papel del Estado es fundamental para que los mercados funcionen de manera eficiente. La competencia en los mercados no solo trae beneficios al promover un mayor crecimiento económico de los países y la reducción de la pobreza, sino que, también, es "un factor incidente en la mejora de los niveles de equidad, en específico, la igualdad de oportunidades"[19]. Es por ello que, cuando el Estado sanciona o previene atentados a la libre competencia, si bien limita la libertad de algunos, lo hace precisamente para proteger la competencia libre en los diferentes mercados y para evitar el costo social derivado de la falta de rivalidad entre los competidores. Con todo, autores como Barack Orbach[20] advierten que la función básica del derecho antimonopolio, al imponer restricciones a la libertad económica de las empresas con el propósito de reducir daños, es delicada.

Es así como el legislador, en el DL 211, reconoció de forma expresa la existencia de dos deberes del Estado en la materia, que emanan del art. 1° de dicho cuerpo legal. En particular, se trata de la promoción de la competencia y la defensa de la competencia.

Respecto a la promoción de la competencia, conviene precisar que se trata de un deber que le corresponde tanto al TDLC como a la FNE. La promoción no tiene relación con el conocimiento de un ilícito anticompetitivo determinado, sino que busca promover que en Chile prime una cultura de competencia libre. Este deber, respecto del cual la legislación ha sido escueta[21], se traduce en la facultad de efectuar recomendaciones normativas, la orientación de los agentes económicos y los asesores jurídicos, entre otras herramientas.

La defensa de la competencia, en cambio, apunta fundamentalmente a la respuesta de la legislación y de la institucionalidad respecto a amenazas concretas. Para cumplir con el deber de defensa de la competencia, el legislador dispuso que los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas serán corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en el mismo DL 211. En cuanto al diseño regulatorio, se optó por un marco normativo provisto de instituciones con atribuciones diferenciadas y precisas.

En primer lugar, se contempla la existencia de la Fiscalía Nacional Económica. Dicha institución tiene como misión la investigación y prosecución de los casos de libre competencia representando el interés de la colectividad en el orden económico. Además, desempeña un papel esencial en el sistema de control de operaciones de concentración, entre otras materias.

[19] Romero (2013), p. 9.
[20] Orbach (2019), p. 1462.
[21] Arancibia (2017), p. 210.

Una de las propuestas contenidas en el proyecto de ley en comento, de vital importancia en el cumplimiento de los fines de los sistemas de competencia, es la creación de un cargo de Jefe de División de la Unidad de Fiscalización en la FNE. La unidad, que se creó en abril de 2019 y que se convertirá en División, tiene por fin velar por el cumplimiento de las resoluciones de la FNE y de los fallos y decisiones dictados por el TDLC y la Corte Suprema. Se trata de una enmienda de especial relevancia, pues, como explica Daniel Crane:

> "el Derecho Antitrust es efectivo en la medida que sus mecanismos tengan enforcement. Lo sustantivo y lo procedimental no son cuerpos distintos, sino que parte de un continuo de reglas legales e institucionales, prácticas y mecanismos operando conjuntamente para asegurar el bienestar del consumidor y la eficiencia. Por tanto, es imposible entender las reglas sustantivas sin comprender los mecanismos más relevantes de ejecución de las mismas"[22].

En segundo lugar, nuestra institucionalidad contempla la existencia de un tribunal colegiado –compuesto por cinco miembros– y muy especializado, formado por abogados y economistas. El TDLC no solo debe resolver respecto de los diferentes litigios que se sometan a su conocimiento, sino que, también, debe pronunciarse sobre asuntos no contenciosos.

Finalmente, es la Corte Suprema –en particular la Tercera Sala– la encargada de revisar los fallos y resoluciones del TDLC, actuando como última instancia. Según Felipe Irarrázabal, el contrapeso al que está sujeto el TDLC frente a la Corte Suprema es:

> "sano y necesario, en tanto obliga al primero (TDLC) a conectar el derecho de la competencia a los principios generales del sistema jurídico y a traducir la argumentación a algo inteligible para un juez generalista y con escasos conocimientos profundos en la ciencia económica"[23].

En definitiva, la fórmula por la que optó el legislador –con una institucionalidad bien diseñada y un DL 211 que no define de manera pormenorizada las conductas ilícitas (permitiendo que el sistema descanse fundamentalmente en las resoluciones y sentencias de los tribunales)– facilita el correcto desarrollo del derecho de la competencia que, por definición, es en particular complejo y dinámico dada su naturaleza casuística y la heterogeneidad de los mercados involucrados.

[22] Crane (2010), p. 1.

[23] Irarrázabal (2019), p. 137.

Estos atributos, sumado a la responsabilidad de las actuales y pasadas autoridades de libre competencia, han sido esenciales para tener el ecosistema que se tiene hoy: un sistema consolidado y prestigioso, con instituciones que gozan de importantes atribuciones y un importante desarrollo jurisprudencial.

IV. Evolución del sistema de libre competencia chileno

A. Orígenes de la legislación antimonopolio en Chile

La historia de las normas antimonopolio en Chile, gracias a la influencia de la Misión Klein-Saks, comienza el año 1959. En dicho año, y tras la aprobación de la Ley n.° 13305, se implementaron por primera vez preceptos legales que tienen relación con la defensa de la competencia en los mercados. La primera ley, que apuntaba a la eliminación de los monopolios que afectaban a la industria y comercio nacional, estaba inspirada en la legislación antimonopolios de Estados Unidos[24].

En particular, en el título v de dicha ley –denominado "Normas para fomentar la libre competencia industrial y comercial"– se establecía, a través de once artículos, materias tales como la prohibición de otorgar a los particulares la concesión de monopolios, la prohibición de celebrar actos o convenciones que tiendan a impedir la libre competencia, las sanciones (penales y multas), la creación de la Comisión Antimonopolios, entre otras.

En 1963, en tanto, se promulgó la Ley n.° 15142, que modificó la ley del año 1959. Dicha ley, que creó el cargo de fiscal, determinó que este quedaría bajo la dependencia de la Comisión Antimonopolios. Sin perjuicio de considerarse un avance en la institucionalidad, el cargo de fiscal tenía importantes carencias que fueron resueltas con posterioridad. En particular, dicho cargo no contaba con presupuesto propio, no tenía independencia y no tenía personal propio.

B. El decreto ley n.° 211 de 1973

El proceso de cambio que experimentó Chile en materia económica durante la segunda mitad de 1970 se basó en el reemplazo de una economía basada en el modelo de sustitución de importaciones y en resguardos proteccionistas a una, por medio de reformas liberalizadoras en distintas áreas, en que primara la apertura al comercio exterior y el aumento de la competencia.

[24] Bernedo (2013), pp. 40-41.

Refiriéndose a estas reformas, Domingo Valdés describe lo ocurrido:

> "se reducen las barreras arancelarias, comienzan a desaparecer los monopolios nacionales que se habían formado a la sombra de una legislación proteccionista, gradualmente se eliminan los controles de precios y diversas barreras a la entrada a los mercados, se privatizan empresas públicas y se da mayor espacio a la iniciativa privada"[25].

La autoridad de la época, que buscaba elevar la competencia en el mercado doméstico, impulsó reformas en dicho sentido, pues como señala Patricio Rojas[26], la apertura produce presión competitiva desde el exterior, aspecto que reduce o elimina la posibilidad de obtener rentas sobre normales, reduciendo con ello la posibilidad de que existan monopolios.

En materia de defensa de la libre competencia, se optó por reemplazar la legislación vigente a la fecha por una nueva, con el propósito de que esta fuera más eficaz y pudiera efectuar de mejor manera las tareas de fiscalización, control y prevención. El DL 211, en su formulación original, estableció penas privativas de libertad en los casos de colusión e, incluso, incluyó sanciones aún más severas para los casos en que el delito recayere en el ámbito de los bienes o servicios de primera necesidad.

A diferencia del proyecto en tramitación[27], en dicho cuerpo legal se optó por orientar la labor del juez a través de la incorporación de un listado no taxativo de bienes y servicios considerados esenciales. En efecto, en el inciso segundo del artículo primero –además de aumentar la pena en un grado– se dispuso que reunirían la condición de primera necesidad los servicios y artículos relacionados con la alimentación, el vestuario, la vivienda, medicinas y la salud.

Adicionalmente, cabe destacar que la institucionalidad estaba conformada por las Comisiones Preventivas Regionales, la Comisión Preventiva Central, la Comisión Resolutiva y la Fiscalía Nacional Económica. Las comisiones, que tenían, desde una perspectiva orgánica, una naturaleza administrativa[28], serían reemplazadas el año 2004 por el TDLC.

Este cuerpo normativo, a pesar de las relevantes reformas que ha tenido y que se describe a continuación, continúa vigente.

---

[25] Valdés (2006), p. 236.

[26] Rojas y Berríos (2016), p. 7.

[27] Con todo, el texto propuesto por el Ejecutivo incluye criterios que reducen la discrecionalidad del juez en la materia. En efecto, el segundo párrafo del nuevo inciso segundo del art. 62 propuesto establece lo siguiente: "Para esta calificación de los bienes o servicios se deberá considerar, entre otros criterios, si el bien o servicio es de alta relevancia para la vida cotidiana de las personas, si es de uso masivo, o si fue grave el perjuicio causado a los consumidores por la conducta".

[28] Velozo y González (2011), p. 22.

C. *Las relevantes reformas al DL 211*

i) Fortalecimiento de la FNE - Ley n.° 19610 de 1999

El gobierno del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, impulsado por la Comisión Jadresic, promovió el perfeccionamiento de la institucionalidad reguladora del Estado. En materia de libre competencia, el Ejecutivo de la época finalmente optó por empujar una reforma gradual a la institucionalidad –basada de hecho en el fortalecimiento de FNE–, a pesar de que ciertos grupos promovían una reforma integral.

Quienes promovían una reforma integral, incluso, estuvieron, al inicio de la tramitación, por rechazar la idea de legislar sobre el proyecto de ley del Ejecutivo. En opinión del diputado Jaime Orpis, la modificación inicial propuesta por el Ejecutivo era insuficiente, siendo fundamental –como primer paso de modernización del Estado– avanzar en la creación de tribunales económicos, como organismos especializados y autónomos[29].

Algunos expertos invitados, según consta en la *Historia de la ley*, criticaron el mecanismo de designación de los integrantes de las comisiones, la falta de autonomía de los órganos de libre competencia e impulsaron la necesaria separación entre la función investigadora y la resolutiva[30]. El diputado Eugenio Tuma, por su parte, en una intervención de sala dio cuenta que el debate legislativo generó un amplio consenso sobre la necesidad de avanzar de manera decidida hacia la modernización integral de la legislación de libre competencia[31].

El fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica –en el que había consenso– se tradujo en una serie de propuestas. En concreto, la iniciativa legal buscaba homologar las remuneraciones de la FNE a las de las superintendencias, contar con recursos para contratar estudios externos, fortalecer las facultades de investigación (aspecto que generó controversias) y aumentar la dotación y el presupuesto del órgano persecutor.

En definitiva, la iniciativa legal pudo convertirse en ley tras un acuerdo político alcanzado en la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados. Mientras en dicha Corporación el proyecto fue aprobado en general con 76 votos favorables (no hubo ni rechazos ni abstenciones), en el Senado también el proyecto consiguió un contundente respaldo, pues contó con el voto favorable de 36 de sus miembros y una sola abstención.

Finalmente, la ley descrita fue promulgada el 19 de mayo de 1999 y, entre otras materias, definió a la FNE como un servicio público descentralizado,

[29] *Historia de la Ley* n.° 19610, p. 89.
[30] *Op. cit.*, p. 33.
[31] *Op. cit.*, p. 115.

con personalidad jurídica y patrimonio propio, incrementó su presupuesto y aumentó su número de funcionarios. Además, otorgó al fiscal la atribución de instruir las investigaciones que estimara procedentes –con el deber de notificar al afectado– y lo facultó para instruir la reserva de una investigación en la medida que se notificara al presidente de la Comisión Resolutiva.

Esta reforma marcó el inicio de un notable perfeccionamiento del régimen de libre competencia en Chile. Su aprobación permitió a la FNE profesionalizar su labor y, según Virginia Rivas[32], consiguió que la FNE pasara de ser una agencia desconocida durante gran parte de su historia, prácticamente sin atribuciones e incapaz de hacerse respetar, a un ente dotado de poderes excepcionales para un órgano de la administración[33].

ii) Creación del TDLC - Ley n.° 19991 de 2003

La iniciativa legal, que se convirtió en ley el 14 de noviembre de 2003, fue fundamental en el proceso de modernización de la legislación chilena antimonopolios. Dicha ley permitió el reemplazo de las Comisiones Preventivas (una en cada región del país y que actuaban como tribunal de primera instancia) y de la Comisión Resolutiva (que actuaba como tribunal de segunda instancia) por el Tribunal de Defensa de Libre Competencia.

Además, se le otorgó al TDLC la categoría de órgano jurisdiccional sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Se dispuso que los ministros titulares[34], que serían cinco miembros, debían cumplir con requisitos que garanticen su idoneidad técnica. En su designación participarían:

- El Presidente de la República: quien designaría de modo directo al presidente del Tribunal, debiendo elegirlo de una quina elaborada por la Corte Suprema. A parte de eso, también tendría el deber de escoger a otros dos ministros, uno de cada área profesional, a partir de dos nóminas de tres postulantes confeccionadas por el Banco Central.
- Consejo del Banco Central: designaría directamente a dos de sus integrantes, previo concurso público de antecedentes.

Otro aspecto esencial de esta reforma fue la modificación del esquema de sanciones contenida en la legislación vigente en dicha época. Bajo la

[32] Gracias a dicha ley y a la Ley n.° 20945.

[33] Rivas (2018), pp. 92-93.

[34] A diferencia del DL 211 vigente, no se dispuso la obligación de dedicación exclusiva de los ministros. Además, su remuneración se fijó en ochenta unidades tributarias mensuales con un complemento por sesión asistida (como límite se dispuso una remuneración total de ciento veinte unidades tributarias mensuales).

argumentación de que la sanción penal nunca había sido utilizada (debido a los altos estándares probatorios exigidos en materia penal), el legislador estimó conveniente su eliminación y establecer sanciones *únicamente* en el ámbito administrativo.

El gobierno del presidente Ricardo Lagos, fue quien impulsó esta reforma legal, explicaba en dicha época que:

> "como contrapartida a la eliminación del carácter penal, que rara vez ha dado paso a la acción penal y se estima que no ha logrado disuadir las conductas contra la libre competencia, se propone aumentar las multas y hacer responsables solidariamente de su pago a los directores, gerentes o administradores de las empresas que incurrieren en ellas. De esta forma, estimamos que la eliminación del carácter penal, lejos de sugerir un ablandamiento frente a las violaciones de esta ley, va a disuadir de forma más eficaz a los potenciales infractores"[35].

En efecto, en dicha ley se optó por aumentar el monto máximo de las multas de manera considerable (multas de hasta veinte mil unidades tributarias anuales). Para determinar la aplicación de las multas[36], se establecieron como criterios el beneficio económico obtenido por el infractor, la calidad de reincidente del mismo y la gravedad de la conducta, entre otros no mencionados de forma explícita. Dichos criterios, que en la actualidad incluyen expresamente también el efecto disuasivo[37] y la capacidad económica del infractor[38], han sido aplicados por el TDLC en diferentes casos[39].

Por último, es conveniente señalar que, al igual que las modificaciones legales precedentes, esta reforma fue respaldada por la inmensa mayoría de los partidos con representación parlamentaria de dicho periodo. Enrique Vergara, aludiendo a los perfeccionamientos que se han hecho al DL 211 desde 1973 al 2016, sostiene:

---

[35] *Historia de la Ley* n.° 19991, p. 7.

[36] Ricardo Jungmann sostiene que, si bien el tribunal aplica las reglas de la sana crítica, respecto de las multas es el propio art. 26 del DL 211 el que delimita la discrecionalidad del juez. Véase: Jungmann (2017), p. 706.

[37] El Colegio de Abogados, en el marco de la tramitación de la Ley n.° 20945, sugirió eliminar de las circunstancias que se deben tener en consideración para la determinación de la multa aquella consistente en que la multa sea "efectivamente disuasiva", señalando que se traba de una norma innecesaria y contraproducente. Véase Colegio de Abogados (2016), pp. 10 y 20.

[38] Incluidos por la Ley n.° 20945. Dicha ley, además, aumentó el techo de las multas aplicables. Véase al efecto el art. 26 del DL 211.

[39] Véanse sentencias del TDLC en las siguientes causas: i) FNE con AM Patagonia S.A. y otros; ii) FNE con Sociedad de Transportes Central Ltda. y otros.

> "como se puede apreciar, el perfeccionamiento de nuestra institucionalidad de libre competencia es un tema que ha generado altos grados de consenso en nuestras autoridades, lo que se ha reflejado en las votaciones que han tenido estos proyectos de ley"[40].

iii) Introducción de la delación compensada
- Ley n.° 20361 de 2009

En materia de detección de carteles, esta reforma significó un avance sustancial. En concreto, el proyecto de ley no solo incluyó un nuevo fortalecimiento de las atribuciones de la FNE[41], un aumento considerable en las multas[42] y ajustes a la descripción de las conductas sancionables, sino que, también, innovó al incorporar al DL 211 la figura de la delación compensada.

Una colusión tiene lugar, explica Germán Coloma, cuando se está en presencia de

> "una situación en la cual una serie de empresas acuerdan no competir entre ellas con el objetivo de incrementar los beneficios conjuntos de todo el grupo"[43].

Las colusiones –como han señalado el TDLC, la Corte Suprema y prestigiosos autores[44]– son las conductas más graves contra la libre competencia.

El TDLC, en el marco del caso Navieras[45], afirmó:

> "la colusión es el atentado más grave en contra de la libre competencia, por cuanto no sólo suprime la rivalidad entre competidores, miembros del cartel, incrementando las ganancias de los oferentes y disminuyendo el beneficio de los demandantes, sino también porque subvierte el uso del proceso competitivo como mecanismo de vigilancia de las actividades en un mercado, asegurando ventajas competitivas a ciertos participantes".

[40] Vergara (2017), p. 7.

[41] Francisco Agüero señala que, respecto a las medidas intrusivas, estas pueden ser desproporcionadas respecto a la gravedad de las conductas perseguidas y que su uso exige la existencia de órganos autónomos e independientes, lo que, pese a las reformas legales introducidas a dicha fecha, era un estadio que no se había conseguido respecto de la FNE. Véase Agüero (2009).

[42] Aumentando las multas en hasta treinta mil unidades tributarias anuales.

[43] Coloma (2009), p. 95.

[44] "Horizontal agreements between independent undertakings to fix prices, divide markets, to restrict output and to fix the outcome of supposedly competitive tenders are among the most serious restrictions of competition". Véase Whish & Bailey (2018) p. 520.

[45] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2019), cons. ducentésimo vigésimo sexto.

La Corte Suprema, en tanto, se ha referido al perjuicio derivado de las colusiones en diferentes causas. Al resolver el requerimiento de la FNE en contra de la Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros, sostuvo:

> "la colusión constituye de –entre todas las conductas atentatorias contra la libre competencia– la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas, de lo que se sigue que el resultado probable de tal coordinación es la subida de precios, la restricción de la producción y con ello el aumento de los beneficios que obtiene los participantes"[46].

Asimismo, en el requerimiento de la FNE en contra de Abercrombie & Kent S.A. y otros sentenció

> "la colusión constituye de todas las conductas atentatorias contra la libre competencia la más reprochable, la más grave, ya que importa la coordinación del comportamiento anticompetitivo de las empresas"[47].

La delación compensada[48], que ha demostrado ser una de las herramientas más efectivas para detectar acuerdos colusorios, incentiva a los agentes económicos que forman parte de una colusión para delatar su participación en esta y proporcionar antecedentes que permitan a la FNE desbaratar dicho acuerdo.

Este mecanismo[49], que como explican José Huerta y Martín Fischer[50], otorga un "beneficio de exención" para el primer delator y un "beneficio de reducción" para el segundo.

Su incorporación al derecho chileno, ajena a nuestra tradición jurídica, levantó dudas respecto al sentido de justicia de dicho mecanismo[51] y fue motivo de debate durante la tramitación de la iniciativa legal. El Alberto Cardemil, por ejemplo, sostuvo que la eximición de responsabilidad le parecía preocupante[52].

Con todo, finalmente el mecanismo contó con un amplio apoyo en el Congreso Nacional, pues fue respaldada por la mayoría de los expertos invitados a exponer sobre el proyecto de ley. Dichos expertos no solo confirmaron la utilidad práctica del mecanismo en otras jurisdicciones, sino que, también, sugirieron importantes perfeccionamientos al texto original del Ejecutivo.

[46] Corte Suprema (2015), cons. vigésimo.
[47] Corte Suprema (2012b), cons. vigésimo primero.
[48] Es una aplicación del Equilibrio de Nash y la Teoría de Juegos.
[49] En otras jurisdicciones se le conoce como programas de clemencia o *leniency*.
[50] Huerta y Fischer (2020), p. 3.
[51] Cruz (2016), p. 15.
[52] *Historia de la Ley* n.° 20361, p. 107.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta esencial referirse a una propuesta particular del Ejecutivo, que fue modificada durante su tramitación. En efecto, al presentarse el proyecto de ley[53] no se incluía la posible exclusión de los beneficios de la delación compensada para el organizador de la conducta ilícita que coaccionó a los demás miembros del cartel. En efecto, la iniciativa –en su formulación original– permitía a los organizadores de los acuerdos colusorios acceder, como cualquier otro solicitante, a los beneficios otorgados por la delación compensada.

Finalmente, la Comisión Mixta[54] –que conoció las discrepancias entre la Cámara de Diputados y el Senado– acordó incluir en el artículo que regularía a la delación compensada una limitación en materia de beneficios. La referida limitación consistió en que los beneficios se otorgarían,

> "salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella".

Dicha restricción continúa vigente en el DL 211 y fue determinante en la sentencia de la Corte Suprema sobre el denominado caso Tissue[55].

En definitiva, a diez años de la implementación del mecanismo de delación compensada, no existen dudas en el ecosistema de libre competencia sobre su importancia en la detección y sanción de carteles. Las cifras lo demuestran: desde la implementación de este mecanismo, parte importante de los requerimientos de la FNE han tenido su origen en delaciones de miembros activos de carteles. En concreto, de los requerimientos presentados ante el TDLC por acuerdos colusorios, entre los años 2010 y 2017, el 41% ha utilizado el mecanismo de delación compensada[56].

iv) La reincorporación de la sanción penal
- Ley n.° 20945 de 2016

Según María Elina Cruz[57], existen tres casos de alta connotación pública que facilitaron la aprobación del proyecto de ley que impulsó la presidenta

[53] El art. 26 bis original luego se convirtió en el art. 39 bis.

[54] Participaron en dicho acuerdo los senadores Juan Antonio Coloma, José García y Jovino Novoa y los diputados Jorge Burgos, Francisco Encina y Eugenio Tuma.

[55] La Corte Suprema revocó el beneficio de delación compensada que se había otorgado a CMPC Tissue S.A. y la condenó al pago de una multa a beneficio fiscal de veinte mil unidades tributarias anuales. Argumentó que CMPC Tissue S.A. no solo organizó el acuerdo colusorio, sino que, también, ejerció coacción de carácter económico contra su competidor para que forme parte del acuerdo y, posteriormente, para asegurar su permanencia. Véase Corte Suprema (2020), cons. quincuagésimo cuarto.

[56] "FNE en cifras - 2017", diapositiva n.° 14. Disponible en www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/04/FNE-en-cifras.pdf [fecha de consulta: marzo de 2020].

[57] Cruz (2016), pp. 2-4.

Michelle Bachelet y que se publicó en el *Diario Oficial* en agosto de 2016. En particular, la autora se refiere a aquellos que involucraron a la industria farmacéutica, a la industria avícola (en que sancionó a la asociación gremial que las agrupaba con la disolución de su personalidad jurídica) y a la industria del *tissue*. Dichos casos, debido a las industrias involucradas, motivaron diversas reacciones.

La FNE[58], por ejemplo, insistió sobre la necesidad de avanzar hacia un sistema de multas que sea realmente disuasivo, ya que el monto de la multa –en opinión del organismo– era menor al daño económico que generaban los acuerdos colusivos.

La Corte Suprema, en tanto, en el marco del denominado caso Farmacias se pronunció sobre el efecto disuasorio de las sanciones señalando:

> "En este tema resulta absolutamente relevante que la imposición de la multa disuada de persistir en conductas como las investigadas y sancionadas, puesto que esta Corte considera que la decisión sobre la cuantía de la multa lleva implícita la finalidad de reforzar su efecto disuasorio, en razón del beneficio que las empresas coludidas obtienen de la conducta ilícita a corto plazo"[59].

Claudio Agostini, al referirse sobre este punto mientras se tramitaba la reforma, afirmó:

> "para que una multa tenga algún efecto disuasivo respecto a potenciales conductas anticompetitivas, debe ser suficiente en magnitud como para que los costos esperados en caso de ser sorprendido y castigado sean mayores que los beneficios de violar la ley. De lo contrario, no hay ningún incentivo para no volver a violar la ley"[60].

Respecto a esta materia, la Comisión Rosende[61] –instancia convocada en la primera administración del presidente Sebastián Piñera con el propó-

[58] Véase al efecto: www.fne.gob.cl/corte-suprema-confirma-multas-por-colusion-contra-agrosuper-ariztia-y-don-pollo-y-endurece-sancion-contra-el-gremio-que-las-reune/ [fecha de consulta: marzo de 2020].

[59] Corte Suprema (2012a), cons. nonagésimo.

[60] Agostini (2015), p. 3.

[61] La referida comisión detectó espacios de mejoras en los siguientes aspectos: sanciones, delación compensada y sistema de consultas de fusiones. Una de las materias en que no existió consenso fue en la incorporación explícita de sanciones penales en la legislación antimonopolios. Con todo, los comisionados estuvieron de acuerdo en que –de establecerse sanciones penales en la legislación– se faculte a la FNE para requerir su aplicación. La sugerencia de facultar a la FNE en la materia no solo se basaba en que se trata de materias complejas que requieren alta especialización, sino que, también, en que su presencia es necesaria para que opere el mecanismo de la delación compensada.

sito de perfeccionar el régimen de libre competencia– previamente había recomendado[62] la adopción de la práctica existente en diversos países consistente en la fijación de las multas como un porcentaje de las ventas de la empresa durante el periodo en que se cometió la infracción.

En el mundo político, en tanto, se inició la tramitación de una moción parlamentaria[63] –patrocinada por los senadores Alberto Espina, Antonio Horvath, José García, Carlos Cantero y Andrés Chadwick– con el propósito de reincorporar en nuestro ordenamiento jurídico la sanción de cárcel para los casos de colusión, agregando al DL 211 un nuevo art. 3 bis del siguiente tenor:

> "El que realice cualquiera de las conductas descritas en la letra a) del artículo 3°, será castigado con la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados".

El proyecto de ley que se aprobó al final, impulsado por el Ejecutivo de la época, tuvo un alcance más amplio que la moción descrita en el párrafo anterior. En efecto, las principales enmiendas aprobadas fueron las siguientes:

a. Cambio en el cálculo de las multas que la FNE puede solicitar al TDLC: se eliminó el monto máximo y se fijaron multas de hasta el 30% de las ventas de la línea de productos o servicios involucrados o hasta el doble del beneficio económico derivado de la infracción. En caso de que ninguna de estas hipótesis pudiera calcularse, el legislador determinó que se podrían aplicar multas por hasta sesenta mil unidades tributarias anuales.
b. Se otorgó a la FNE la atribución exclusiva para ejercer la acción penal en materia de carteles y se determinó que se sancionaría con hasta penas de diez *años de cárcel los acuerdos colusivos*.
c. Se incorporó una sanción accesoria para las personas naturales condenadas por el delito de colusión consistente en la inhabilitación absoluta temporal –de hasta diez años[64]– para desempeñar
   i) cargos ejecutivos en sociedades anónimas abiertas o sujetas a normas especiales;
   ii) cargos de director o gerente de empresas del Estado en las que éste tenga participación y
   iii) cargos de director o gerente de una asociación gremial o profesional.

[62] Rosende *et al*. (2012), p. 13.

[63] "Proyecto de ley que sanciona penalmente la colusión", *Boletín* n.° 6.457-07. Adicionalmente, la iniciativa establecía que en estos casos se debían remitir de inmediato los antecedentes al Ministerio Público.

[64] La Comisión Rosende sugirió esta norma, pero con una inhabilitación menos extensa (de hasta cinco años).

d. Se introdujo un nuevo sistema de control preventivo obligatorio de operaciones de concentración.
e. Se otorgaron nuevas atribuciones a la FNE: realizar estudios de mercado, emitir recomendaciones no vinculantes, entre otras.

La promulgación de la Ley n.° 20945, aprobada hace menos de cinco años, fue la última reforma que se realizó al régimen de libre competencia y contó con informes previos de instituciones como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y miembros del University of College de Londres (UCL).

Lejos de ser una ley con cambios acotados o cosméticos, fue una reforma que modificó sustancialmente nuestra regulación antimonopolios y que convirtió a Chile en una de las jurisdicciones que contemplan las sanciones más severas del mundo, equiparando a Chile a los estándares de los países más robustos en temas de competencia[65].

V. Contenido del proyecto anticolusión

El proyecto de ley, en su formulación original, pretende introducir modificaciones de diferente naturaleza al DL 211. Las enmiendas principales se detallan a continuación:

a. Nuevas herramientas para la persecución de carteles: se proponen nuevas facultades[66] para la FNE, las cuales, en casos graves y calificados, podrá ejercer el Fiscal Nacional Económico, previa autorización del TDLC y del ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago correspondiente. De las herramientas propuestas, destacan:
   i) la facultad de solicitar el alzamiento del secreto y la reserva bancaria y
   ii) la imposición de sanciones penales a quienes impidan las medidas de entrada y registro, oculten o destruyan evidencia.
b. Aumento de las penas para el delito de colusión cuando recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad: se incorpora al art. 62 del DL 211 una figura agravada de colusión referida a aquellos casos en que el ilícito anticompetitivo recaiga sobre bienes y servicios básicos que son utilizados por la gran mayoría de la población y cuya demanda es inherentemente inelástica. La pena asociada a esta nueva figura agravada es la de presidio mayor en su grado mí-

[65] Budnik (2017) p. 55.

[66] Se mantienen los requisitos para el ejercicio de facultades que pudieren afectar garantías fundamentales de las personas investigadas por la FNE.

nimo, pena que va desde los cinco años y un día a los diez años de presidio. Sobre este punto, la iniciativa legal establece las siguientes definiciones y determinaciones:

i) Bienes y servicios de primera necesidad: el proyecto de ley considera bienes y servicios de primera necesidad aquellos que son indispensables para la subsistencia de las personas y no incluye un listado taxativo de los bienes y servicios que deben ser considerados como tales. Serán los Tribunales de Justicia quienes, de acuerdo con las circunstancias del caso particular, determinen si los hechos constitutivos de la conducta ilícita coinciden o no con el tipo agravado de colusión. Con todo, la iniciativa establece criterios para efectuar la calificación, incluyendo aspectos tales como la relevancia para la vida cotidiana de las personas, la masividad del bien o servicio o la gravedad del perjuicio causado a los consumidores.

ii) Normas de determinación de la pena: de acuerdo con el actual inciso tercero del art. 62 del DL 211, el Tribunal Penal –para determinar la pena– no puede considerar lo dispuesto en los arts. 67 a 69 del C*ódigo Penal*, ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes. Por el contrario, debe aplicar las reglas contenidas en los numerales 1 a 5 de dicho inciso tercero. Tratándose del tipo agravado de colusión introducido por este proyecto, el tribunal tampoco podrá considerar las normas de determinación de la pena de los arts. 41 a 54 del C*ódigo Penal*, ni las establecidas en otras leyes especiales. Por consiguiente, y sin importar tanto las atenuantes como las agravantes que concurran, el tribunal no podría imponer una pena inferior a los cinco años y un día, ni superior a los diez años de prisión. Además, no procedería la aplicación de ninguna pena sustitutiva.

c. Creación de la figura del denunciante reservado: se convierte en obligatorio para la FNE el resguardo de la identidad de quienes denuncien la existencia de conductas anticompetitivas cuando estos así lo soliciten. Es decir, que la identidad y los datos que permitan identificar al denunciante no constarán en el expediente, precaviendo así las posibles consecuencias que pueda sufrir como resultado de su contribución al esclarecimiento de un ilícito anticompetitivo. Para prevenir eventuales abusos de este mecanismo, el proyecto propone incorporar al art. 41 del DL 211 un nuevo tipo penal que sancione a quienes presenten ante la FNE una denuncia fundada, a sabiendas, en antecedentes falsos o fraudulentos con el propósito de perjudicar a uno o más agentes económicos, replicando los tipos

penales previstos en el inciso cuarto de la letra h) del art. 39 y en el inciso sexto del art. 39 bis de la misma ley.

d. Otras modificaciones: el proyecto de ley contempla medidas para resguardar la evidencia electrónica, la creación de un cargo de Jefe de División para efectos de fiscalización de la FNE, el apercibimiento y sanción administrativa a funcionarios públicos que no den cumplimiento a requerimientos de información del Fiscal Nacional Económico, entre otras enmiendas.

VI. El proyecto de ley en discusión: oportunidades y riesgos

El sistema de libre competencia chileno funciona de manera adecuada, con autoridades empoderadas que detentan amplias facultades y un desarrollo jurisprudencial relevante. Si bien algunas de sus últimas modificaciones relevantes aún no han tenido aplicación directa –como la reincorporación de la sanción penal en materia de colusión[67]–, parece conveniente permitir que la institucionalidad opere para determinar, en la medida que proceda, la necesidad de introducirle nuevos perfeccionamientos.

Sin perjuicio de lo anterior, la iniciativa legal objeto de este artículo –en su formulación original– está bien orientada y es coherente con el correcto diseño que tiene la legislación antimonopolios.

En particular, se estima que las nuevas atribuciones en materia de persecución de carteles que se le pretenden otorgar a la FNE no serán objeto de mayor discusión y serán aprobadas con un amplio apoyo gracias a la buena reputación de la que goza dicho organismo.

Respecto a la creación de la figura del denunciante anónimo, se considera que se trata de una propuesta valiosa y con altas probabilidades de tener una tramitación exitosa, sin perjuicio de los perfeccionamientos que se le introduzcan en el Congreso Nacional. Sobre este punto es conveniente recordar que, en la actualidad y aún sin la modificación propuesta, se pueden realizar denuncias anónimas a la FNE sobre ilícitos anticompetitivos. Existen autores que han señalado que la propuesta del gobierno en este punto es insuficiente puesto que faltarían incentivos a las personas para realizar las denuncias, sugiriendo la inclusión de cuantiosas recompensas como en el Reino Unido[68]. Compartiendo la finalidad última de quienes promueven la

[67] Debido a que tales enmiendas entraron en vigencia hace menos de cinco años.

[68] *Pulso - La Tercera*, Santiago, 16 de diciembre de 2019, p. 2.

entrega de recompensas, se cree que su inclusión podría generar malas prácticas –personas que quieran obtener los beneficios sin entregar antecedentes precisos o veraces que sirvan de base para futuros requerimientos– que podrían entorpecer la labor de la FNE.

Por otra parte, la incorporación de la agravante en el caso en que las colusiones recaigan sobre bienes y servicios de primera necesidad, que constituye una de las propuestas fundamentales de este proyecto de ley, merece ser estudiada con detención, pues generará amplio debate en el Congreso Nacional.

Como se mencionó, una norma con similar propósito fue incluida en el DL 211 original, siendo desechada posteriormente por el legislador debido al nulo uso que había tenido la sanción penal. Sin perjuicio de lo anterior, durante la tramitación de la Ley n.° 20495 se volvió a discutir sobre su conveniencia. El debate lo gatilló la presentación de una indicación parlamentaria[69] –impulsada por los diputados Cristián Monckeberg y José Manuel Edwards– que proponía incorporar un nuevo art. 286 bis en el *Código Penal*. En lo que se relaciona con la materia, la indicación pretendía establecer lo siguiente:

> "Cuando las conductas señaladas en el inciso anterior recayeren sobre bienes y servicios de primera necesidad, se aplicará el máximum de la pena señalada".

Finalmente, y tras un arduo debate, dicha indicación fue rechazada.

Conviene, entonces, referirse a la propuesta efectuada por la actual administración. El proyecto de ley, en su formulación original, dispone que para la calificación de los bienes y servicios se requerirá

> "considerar, entre otros criterios, si el bien o servicio es de alta relevancia para la vida cotidiana de las personas, si es de uso masivo, o si fue grave el perjuicio causado a los consumidores por la conducta"[70].

La norma propuesta exige, dado que formó parte del ordenamiento jurídico y que Chile cuenta con un régimen sancionatorio especialmente severo gracias a la reforma de 2016, pedir información sobre la justificación de su reincorporación.

Adicionalmente, se cree que la redacción de la norma –si bien evita incluir un listado taxativo (inconveniente por la velocidad en que cambian los mercados y las preferencias de los consumidores)– adolece de ser en exceso amplia para efectos de realizar de forma eficaz la calificación, en especial aquel criterio que considera la gravedad del perjuicio causado a los consu-

[69] *Historia de la Ley* n.° 20945, p. 200.

[70] Véase al efecto el inciso segundo nuevo que se propone incorporar al art. 62 del DL 211.

midores. En efecto, conviene preguntarse, ¿serán todos los bienes o servicios de primera necesidad excluyendo solo a los bienes suntuarios o de lujo? Surgen, al respecto, casos hipotéticos en los que aumenta la dificultad. Si, por ejemplo, un grupo de dermatólogos, o un grupo de empresas que ofrecen servicios de aire acondicionado se coluden, ¿serán calificados estos servicios como de primera necesidad?

Finalmente, se aconseja que la tramitación de esta iniciativa legal podría enfrentar dificultades en diferentes aspectos adicionales. En concreto, existe una probabilidad cierta de que se reabra la discusión[71] sobre el titular de la acción penal en la persecución de carteles, el esquema de multas vigentes y los beneficios del sistema de delación compensada.

Respecto a la titularidad de la acción en materia penal, resulta fundamental conservar el diseño vigente[72], pues su alteración podría dificultar la aplicación práctica de la delación compensada, instrumento que ha demostrado ser una de las herramientas más efectivas para detectar y sancionar carteles. El diseño institucional actual permite que la FNE, como organismo especializado y técnico, sea el encargado y responsable de la administración del sistema de libre competencia. En particular, la legislación vigente establece que la investigación penal del delito de colusión puede iniciarse de manera exclusiva por querella de la FNE, una vez que se establezca la existencia del ilícito por sentencia definitiva firme y ejecutoriada del TDLC.

Innovar en este tópico podría, eventualmente, dificultar e, incluso, impedir la detección y sanción de los carteles. La existencia de investigaciones paralelas, principal defecto de tener a dos instituciones con la titularidad de la acción, desincentivaría el uso de las delaciones compensadas. A este defecto, se suman las posibles sentencias contradictorias que podrían dictarse en caso de que se tramiten dos juicios de manera paralela.

Los resguardos que se establecieron con ocasión de la aprobación de la Ley n.° 20945 parecen suficientes para garantizar que la FNE cumpla ciertos estándares al momento de ejercer la acción penal y reducen el ámbito de discrecionalidad del ente persecutor. Al efecto, se estableció de forma expresa que el Fiscal Nacional Económico deberá interponer querella siempre que se afecte gravemente la competencia en los mercados y que, cuando estime inconveniente ejercer la acción penal, este deberá emitir una decisión fundada.

[71] El sistema de control de operaciones de concentración no debería ser objeto de debate, dado sus buenos resultados y reciente modificación.

[72] La FNE, a través de su *Guía interna para la interposición de querellas por el delito de colusión*, ha complementado lo establecido por el legislador. Su existencia es esencial, pues contribuye a la difusión de los criterios generales que utilizará al determinar si decide interponer o no una querella por el delito de colusión.

El hecho de que las leyes penales no tengan efecto retroactivo implica que para que la FNE se querelle por el delito de colusión es necesario que se descubra a un cartel funcionando en agosto de 2016[73]. Las investigaciones relacionadas con carteles, debido a que se trata de acuerdos que no operan a vista y paciencia de la autoridad de libre competencia, son en particular complejas y requieren de un prologado espacio de tiempo. Tales investigaciones exigen el análisis de una cantidad considerable de evidencia, demandan el entendimiento de mercados relevantes especialmente complejos, entre otras materias. Por dichas razones, parece conveniente darle a la FNE –institución que ha hecho un buen uso de sus atribuciones y que ha sido exitosa en su labor– un voto de confianza y desechar la idea de innovar en esta materia.

En definitiva, si bien el proyecto de ley está bien orientado, existen riesgos considerables que podrían afectar la correcta arquitectura institucional en materia de libre competencia que se ha ido perfeccionado con los años en Chile. Resultará fundamental, entonces, que entre los parlamentarios prime la responsabilidad y conserven los pilares de un sistema que, con sus luces y sombras, goza de alto prestigio en Chile y también en el extranjero.

VII. Conclusiones

El presidente Sebastián Piñera, a inicios de diciembre de 2019, anunció la presentación de una "agenda antiabusos". En el ámbito de la normativa de libre competencia, el referido anuncio se materializó en la presentación de un proyecto de ley que pretende reformar el DL 211. Los aspectos fundamentales que se pretenden reformar son los siguientes:

i) otorgarle a la FNE nuevas herramientas para la persecución de carteles;
ii) aumentar las penas para el delito de colusión cuando recaiga sobre bienes y servicios de primera necesidad y
iii) crear la figura de denunciante anónimo.

La experiencia demuestra la importancia que tienen los sistemas económicos en el desempeño de los países. En efecto, a mayor grado de libertad económica –que deriva en mayores grados de competencia– los niveles relativos de desarrollo son más altos. En dicho contexto, reformas que tengan como propósito el fortalecimiento de la competencia en los mercados son bienvenidas.

[73] Fecha en que entró a regir la Ley n.° 20945.

Si bien el espíritu de las propuestas está bien orientado, no hay garantías de que en el transcurso de la tramitación de esta reforma legal no se promuevan enmiendas que deterioren el sistema de libre competencia vigente en nuestro país. La Ley n.° 20945, aprobada hace menos de cinco años, fue la última reforma que se realizó al DL 211 y contó –a diferencia del proyecto en tramitación– con un importante trabajo prelegislativo previo que permitió su exitosa tramitación. Adicionalmente, la ausencia de consenso político sobre el diseño del sistema de libre competencia, sumado a que las enmiendas propuestas por el Ejecutivo no implican modificaciones estructurales a la institucionalidad vigente, invitan a reflexionar sobre la conveniencia de reabrir la discusión sobre la materia.

El fortalecimiento de las atribuciones de la FNE y la creación de la figura del denunciante anónimo debieran contar con un amplio apoyo en el Congreso Nacional. En otras materias, es probable que la discusión –por el interés público que generan– sea compleja. En particular, se observa con preocupación que se reabrirá la discusión sobre el titular de la acción penal en la persecución de carteles, el esquema de multas vigentes y los beneficios del sistema de delación compensada.

Respecto a la titularidad de la acción en materia penal, materia que será objeto de debate en el Congreso Nacional, se considera fundamental que se conserve la normativa vigente. Esta permite que la FNE, como organismo especializado y técnico, sea el encargado de su administración. Innovar en la materia podría, eventualmente, impedir la detección y sanción de los carteles. La existencia de investigaciones paralelas, principal defecto de tener a dos instituciones con la titularidad de la acción desincentiva el uso de las delaciones compensadas. A este defecto, se suman las posibles sentencias contradictorias que podrían dictarse en caso de que se tramiten dos juicios de manera paralela. Es conveniente darle a la FNE –institución que ha hecho un buen uso de sus atribuciones y que ha sido exitosa en su labor– un voto de confianza y desechar la idea de innovar en esta materia.

Bibliografía

Agostini, Claudio (2015). "¿Cárcel para la colusión? Seis opiniones", en *Puntos de Referencia*, n.° 409, Centro de Estudios Públicos. Disponible en www.cepchile.cl/cep/puntos-de-referencia/puntos-de-referencia-2015/carcel-para-la-colusion-seis-opiniones [fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].

Agüero, Francisco (2009). "Nuevas potestades de la Fiscalía Nacional Económica en la etapa de investigación de infracciones al D.L. 211". Disponible en www.academia.edu/28217728/Nuevas_potestades_de_la_Fiscal%C3%ADa_Nacio-

nal_Econ%C3%B3mica_en_la_etapa_de_investigaci%C3%B3n_de_infracciones_al_DL_211_A_prop%C3%B3sito_de_la_Ley_20361_ [fecha de consulta: 24 de abril de 2020].

Arancibia, Jaime (2017). "Potestades del Fiscal Nacional Económico para cumplir la función de promoción de la libre competencia en el DL 211", en Felipe Belmar (ed.). *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia*, Santiago: Fiscalía Nacional Económica.

Bernedo, Patricio (2013). *Historia de la libre competencia en Chile 1959-2010*, Santiago: Fiscalía Nacional Económica.

Budnik, Gabriel (2017). "Análisis de la Ley Nº 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la competencia", en *Revista Derecho y Humanidades*, n.° 29, Santiago.

Colegio de Abogados (2016). "Comentarios al proyecto de ley que modifica la legislación sobre defensa de la libre competencia que actualmente se tramita ante el Senado". Disponible en https://archivo.colegioabogados.cl/docsup/600065001453395318.pdf [fecha de consulta: 12 de marzo de 2020].

Coloma, Germán (2009). *Defensa de la Competencia. Análisis económico comparado*, 2ª ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Comisión Federal de Competencia Económica (2018). *Poder de mercado y bienestar social*, Ciudad de México: Cuadernos de Promoción de la Competencia.

Crane, Daniel (2010). "The Economics of Antitrust Enforcement", in Keith Hylton (ed.). *Antitrust Law and Economics*, Cheltenhman, Edward Elgar Publishing.

Cruz, María Elina (2016). "El nuevo escenario de la colusión tras la modificación del año 2016". Disponible en https://derecho.udd.cl/cdre/files/2017/12/Working-Paper1.pdf [fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].

Grunberg, Jorge (2020). "Regla per se para carteles duros y acuerdos de colaboración entre competidores: un problema regulatorio aparente". Disponible en https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/Jorge-Grunberg.-Regla-per-se-para-carteles-duros-y-acuerdos-de-colaboraci%C3%B3n-entre-competidores.pdf [fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].

Huerta, José Miguel y Martín Fischer (2020). "Nuevas multas en procedimientos para la protección del interés colectivo o difuso de consumidores y su relación con la delación compensada en materia de libre competencia". Disponible en https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/Huerta-y-Fischer.-Nuevas-multas-en-procedimientos-para-la-protecci%C3%B3n-del-inter%C3%A9s.pdf [fecha de consulta: 3 de mayo de 2020].

Irarrázabal, Felipe (2019). "Objetivos y estrategias utilizados para consolidar a la Fiscalía Nacional Económica como un servicio público confiable", en *Estudios Públicos*, n.° 154, Santiago.

Jungmann, Ricardo (2017). "El injusto monopólico y la graduación de las sanciones", en Felipe Belmar (ed.). *Reflexiones sobre el derecho de la libre competencia*, Santiago: Fiscalía Nacional Económica.

Juppet, María Fernanda y Joaquín Morales (2018). *La colusión en Chile. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Santiago: Thomson Reuters.

Khan, Lina M. (2016). "Amazon's Antitrust Paradox", in *The Yale Law Journal*, vol. 126.

Newman, John (2019). "Reactionary antitrust", in *Concurrences*, N° 4.

Orbach, Barack (2019): "The Present New Antitrust Era", in *William & Mary Law Review*, vol. 60.

Rioseco, Andrés (2020). "Libre competencia y derechos sociales: salud y educación". Disponible en https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/01/Rioseco.-Libre-competencia-y-derechos-sociales.pdf [fecha de consulta: 23 de abril de 2020].

Rivas, Virginia (2018). "La reputación técnica y el emprendimiento de políticas como fuente de poderes: el caso de la Fiscalía Nacional Económica", en *Estudios Públicos*, n.° 152, Santiago.

Rojas, Patricio y Félix Berríos (2016). "Competencia en Chile: Cuánto se ha avanzado". Disponible en https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/03/SIE255CompetenciaenChile Febrero.pdf [fecha de consulta: 1 de mayo de 2020].

Romero, Juan José (2013). *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño*, tesis doctoral para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad de Salamanca.

Rosende, Francisco *et al*. (2012). *Informe de la Comisión Asesora Presidencial para la Defensa de la Libre Competencia*.

Saavedra, Eduardo y Javier Tapia (2019). "El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuesta", en *Estudios Públicos*, n.° 153, Santiago.

Sánchez, Pilar (2018). "Defensa de la competencia y diseño institucional" en Julio Segura (ed.). *Reguladores y supervisores económicos independientes: el caso español*, Madrid: Fundación Ramón Areces.

Simonetti, Luciano (2020). "Plebiscito: ¿mecanismo democrático?". Disponible en https://lyd.org/wp-content/uploads/2020/04/serie-informe-legislativo-57-febrero.pdf [fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].

Valdés, Domingo (2006). *Libre competencia y monopolio*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Velozo, Javier y Daniela González (2011). "Reflexiones en torno a algunas de las facultas extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia", en Ricardo Jungmann *et al*. (ed.). *La libre competencia en el Chile del bicentenario*, Santiago: Thomson Reuters.

Vergara, Enrique (2017). *Anuario Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 2016-2017*. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/anuario-2017/ [fecha de consulta: 12 de abril de 2020].

Whish, Richard & David Bailey (2018). C*ompetition Law*, 9ª ed., Oxford: Oxford University Press.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema (2012a). Rol n.° 2.578-2012. Fiscalía Nacional Económica con Farmacias Ahumada y otros, 7 de septiembre de 2012.

Corte Suprema (2012b). Rol n.° 10.954-2011. Fiscalía Nacional Económica con Abercrombie & Kent S.A. y otros, 20 de septiembre de 2012.

Corte Suprema (2015). Rol n.° 32.149-2014. Fiscalía Nacional Económica con Sociedad de Transportes Línea Uno Collico S.A. y otros, 29 de diciembre de 2015.

Corte Suprema (2020). Rol n.° 1.531-2018. Fiscalía Nacional Económica con CMPC y SCA Chile, 6 de enero de 2020.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2019). Rol C n.° 292-15, Fiscalía Nacional Económica con Compañía Marítima Chilena S.A. y otros, 24 de abril de 2019.

Otros documentos

Historia de la Ley n.° 20945, en www.bcn.cl/historiadelaley [fecha de consulta: 12 de marzo de 2020].

H*istoria de la Ley* n.° 19610, en www.bcn.cl/historiadelaley [fecha de consulta: 25 de abril de 2020].

Historia de la Ley n.° 19991, en www.bcn.cl/historiadelaley [fecha de consulta: 25 de abril de 2020].

Historia de la Ley n.° 20361, en www.bcn.cl/historiadelaley [fecha de consulta: 25 de abril de 2020].

Programa de gobierno Sebastián Piñera, en www.sebastianpinera.cl/images/programa-SP.pdf [fecha de consulta: 21 de marzo de 2020].

Programa de gobierno de Alejandro Guillier, en www.servel.cl/wp-content/uploads/2017/09/Programa_Alejandro_Guillier_Alvarez.pdf [fecha de consulta: 2 de marzo de 2020].

Programa de gobierno de Carolina Goic, en www.servel.cl/wp-content/uploads/2017/09/Programa_Carolina_Goic_Boroevic.pdf [fecha de consulta: 2 de marzo de 2020].

Programa de gobierno de Beatriz Sánchez, en www.frente-amplio.cl/sites/default/files/documentos/programa-beatriz_sanchez.pdf [fecha de consulta: 2 de marzo de 2020].

LA PROMESA DE SOMETERSE EN CHILE A UNA JURISDICCIÓN NO RECONOCIDA POR LAS LEYES CHILENAS

THE PROMISE TO SUBMIT IN CHILE TO A JURISDICTION NOT RECOGNIZED BY CHILEAN LAW

Benjamín Morales Palumbo[*]

Resumen: Planteamos que el ejemplo utilizado por el art. 1462 del *Código Civil* chileno –referido a la nulidad, por vicio del objeto, de "la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas"– no se refiere al pacto de sumisión a una jurisdicción extranjera, sino que tiene un alcance más limitado, cuyo intento de reconstrucción se propone desde la perspectiva de las fuentes de su establecimiento y el pensamiento de Andrés Bello plasmado en su obra sobre derecho internacional, en contraposición a las dos comprensiones doctrinarias por tradición enfrentadas a la interrogante. Junto con ello, se propone que la cuestión sobre la validez del pacto de sometimiento a una jurisdicción extranjera debe ser analizada desde la perspectiva de la regla general que establece el art. 1462, ofreciendo una visión crítica de los argumentos planteados tradicionalmente, a favor y en contra, de la ilicitud de dicha estipulación.

Palabras clave: Objeto ilícito, jurisdicción no reconocida, pacto de sumisión.

Abstract: We propose that the example used by article 1462 of the Chilean Civil Code –referred to the nullity, due to vice of the object, of "the promise of submitting in Chile to a jurisdiction not recognized by Chilean laws"– does not refer to submission to a foreign jurisdiction, but has a more limited scope. An attempt to rebuild its understanding is proposed from the perspective of the sources of its establishment and Andrés Bello´s work on International Law, as opposed to the two doctrines traditionally faced with the question.

[*] Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: bmorales@ovb.cl

In addition, it is proposed that the question about the validity of submission to a foreign jurisdiction must be analyzed from the perspective of the general rule established in article 1462, offering a critical view of the arguments traditionally raised in favor of, and against, the illegality of said stipulation.

Keywords: Unlawful object, un recognized jurisdiction, submission agreement.

I. Introducción

El art. 1462 del C*ódigo Civil*[1] dispone:

> "Hay un objeto ilícito en todo aquello que contraviene el derecho público chileno. Así, la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto".

Este comentario tiene como propósito analizar el alcance que se ha atribuido al ejemplo que ilustra la regla contenida en el art. 1462, ofreciendo una visión crítica de los argumentos que se han sostenido para justificar dicha interpretación, e intentando una reconstrucción de su sentido.

1. Antecedentes del establecimiento y fuentes del art. 1462 del Código Civil

En el primer *Proyecto de Código Civil*, de 1847, no existe disposición alguna que aluda a una ilicitud del objeto derivado de la contravención del derecho público chileno, ni tampoco referencia alguna al ejemplo con que se ilustró dicha regla.

En realidad, el primer antecedente de la disposición aparece en la última oración del art. 1646 del Proyecto de 1853, que rezaba:

> "No vale la promesa de pagar al abogado una parte o cuota de la cosa sobre que versa la litis; di de darle una suma de dinero, o un premio cualquiera, apreciable en dinero, si vence en el pleito; ni la renuncia de la prescripción trienal de lo que se debe por honorario de abogados, procuradores, etc.; ni estipulación alguna en contravención a las reglas del derecho público chileno".

[1] En adelante, los artículos que citemos sin fuente específica, corresponden al C*ódigo Civil* chileno.

Como advertimos, es en el citado artículo del Proyecto de 1853, que se establece por primera vez la regla que establece la ilicitud de toda estipulación que contravenga al derecho público chileno.

Nótese, sin embargo, que la misma no era calificada de expresa como una hipótesis de objeto ilícito; ubicándose en el Proyecto de 1853 a continuación de las disposiciones que definían la causa ilícita (art. 1642), que sancionaba la ilicitud de los pactos sobre sucesión futura (art. 1643) y que invalidaban el dolo no remitido expresamente en un finiquito y la condonación del dolo futuro (arts. 1644 y 1645).

Más aún, no se trataba de una regla autónoma, sino de una regla general consagrada a continuación de una serie de estipulaciones entre abogado y cliente, que el Proyecto calificaba de ilícitas, y como aparente corolario de aquellas.

Luego, en el proyecto inédito se eliminaron las primeras tres oraciones del citado art. 1646, trasladándose la regla sobre la ilicitud de la estipulación celebrada en contravención al derecho público chileno, hacia el art. 1642.

Allí se le dio la que sería su redacción definitiva, por medio de la cual su primera oración disponía que hay un objeto ilícito en todo aquello que contravenga el derecho público chileno, y más importante a los fines de nuestro comentario, se incorporó la segunda oración del artículo, referida al ejemplo ilustrativo que se mantiene en la actualidad:

> "Hay un objeto ilícito en todo aquello que contraviene el derecho público chileno. Así, la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto".

Esa redacción se mantuvo en el *Código Civil* posteriormente promulgado y publicado, y subsiste sin modificaciones hasta hoy.

En cuanto a las fuentes que inspiraron el establecimiento de esta disposición, cabe destacar que el Proyecto de 1853 citaba –como fuentes del art. 1646– las *Siete Partidas* (en concreto, la Ley 14, título 6 de la *Partida Tercera*) y la *Novísima Recopilación* (la Ley XXII, título XXII del libro V; la Ley VII, título I del libro IV; y las Leyes VI y VII, título I del libro X). El análisis de estas fuentes lo retomaremos más adelante.

A su turno, y además de ello, la doctrina ha citado como fuente de la disposición el pasaje del *Digesto*, conforme al cual "El derecho público no puede ser alterado por pacto de particulares"[2].

[2] Cfr. Barrientos (2013), p. 1137; Amunátegui (2019), p. 377.

2. *Notas sobre el alcance de la regla general establecida en el art. 1462*

La primera oración del art. 1462 dispone, a modo general, que "todo aquello que contraviene el derecho público chileno" está viciado de objeto ilícito. La doctrina y la jurisprudencia no han tenido dificultad para conferir un sentido, alcance y aplicación a esta regla general.

En efecto, la doctrina y jurisprudencia entienden pacíficamente que el *Código* ha pretendido extender la sanción de nulidad absoluta a toda clase de actos jurídicos en los cuales se verifique la contravención al derecho público. Esta característica distingue este caso de objeto ilícito de otros específicamente tipificados por el mismo *Código*, en los cuales es un determinado acto jurídico –y no cualquiera de ellos, como ocurre en el art. 1462– el que merece reproche: a saber, los arts. 1464 (referido a la "enajenación"), 1465 (que alude al "pacto de no pedir más" y "la condonación del dolo futuro") y 1466 (relativo a la "venta" y a "todo otro contrato")[3].

Por otra parte, es aceptado también a estos efectos, que el concepto de derecho público chileno corresponde a aquel "que organiza el Estado y fija las atribuciones y competencia de los Poderes Públicos"[4], o más detalladamente,

> "normas de derecho público son aquellas que regulan la organización y actividad del Estado y demás entes públicos menores (como las municipalidades), su relaciones entre sí o con los particulares, actuando el Estado y esos entes en cuanto sujetos dotados de imperium, es decir, de poder público"[5].

De esta manera, se ha entendido que, si bien los arts. 10° y 1466 del *Código Civil* habrían conducido igualmente a sostener la nulidad de los actos ejecutados en contravención del derecho público nacional, por objeto ilícito[6], el *Código* ha querido "reforzar la protección de tan importantes leyes, como son las que se refieren a los Poderes Públicos y al Estado en general"[7]. Tal importancia sería demostrada, por lo demás, por la ubicación y texto de la disposición, que denotaría una "preferencia de tratamiento"[8].

Conforme lo anterior, se ha fallado:

> "La disposición en comento vino a extender el ámbito de la sanción en estudio, pues es mucho más amplio el concepto de derecho público

[3] En este sentido, Contardo (2019), p. 524; Concha (2010), p. 83.
[4] León (1983), p. 45.
[5] Alessandri, Somarriva, Vodanovic (1990), p. 34.
[6] León (1983), p. 45; Velasco (1941), p. 64.
[7] Alessandri (2010), p. 147.
[8] Contardo (2019), p. 523.

chileno, que dice relación con intereses de la colectividad, tranquilidad social y atribuciones y organización de los Poderes Públicos"[9].

Siendo ello así, adolecerá de objeto ilícito cualquier acto jurídico mediante el cual se contravenga –esto es, se infrinjan normas prohibitivas o imperativas[10]– disposiciones que integren el derecho público nacional, según el concepto amplio que a tales efectos ha tenido a la vista la jurisprudencia.

Consecuencia de lo anterior, y a modo ejemplar, sobre la base de este entendimiento, la jurisprudencia ha sancionado con la nulidad absoluta, por razón del vicio en el objeto, casos como los siguientes: la contratación de un proveedor de suministros para el ejército, en ausencia de la ley anual de presupuestos y la ley que debía autorizar la existencia del ejército[11]; la celebración de un arrendamiento sobre una concesión de radiodifusión, sin contar con la autorización previa del Presidente, conforme disponía la Ley General de Servicios Eléctricos[12]; la estipulación en virtud de la cual los cónyuges acordaban suspender la vida en común y concordaban la tuición de los hijos[13]; la práctica de una nueva inscripción de un predio ya inscrito, hecha sobre la base del art. 58 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, con omisión del informe consagrado en el art. 10 del D.L. n.° 1939, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado[14]; o la celebración de una transacción, entre el Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano y su contratista, con omisión de la autorización de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas[15].

A diferencia de la regla general estatuida por la primera oración del art. 1462, el sentido y alcance del ejemplo utilizado en su segunda oración no ha suscitado la misma claridad. En efecto, como veremos, tradicionalmente se ha vacilado entre dos formas de comprender la prohibición de "someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas".

Así, al contrario de lo que indicaba el Mensaje del *Código Civil* ("Los ejemplos ponen a la vista el verdadero sentido y espíritu de una ley en sus

[9] Corte Suprema (2016).

[10] Contardo (2019), p. 524; Concha (2010), p. 83.

[11] Corte Suprema (1909), pp. 287-301. De interés resulta que este fallo vincula, de modo expreso, la institución de la nulidad de derecho público (art. 151 de la Constitución vigente a la sazón, hoy art. 7º) con la nulidad absoluta.

[12] Corte Suprema (1947), pp. 423-430.

[13] Corte de Apelaciones de Concepción (1956), p. 92; manteniéndose en cambio, por no contravenir el derecho público, el acuerdo alcanzado sobre alimentos futuros, declarándose aquí una nulidad parcial y de oficio respecto de la convención sometida a conocimiento del tribunal.

[14] Corte Suprema (2016).

[15] Corte Suprema (2015).

aplicaciones"), ha sido el ejemplo utilizado en el art. 1462, no la regla general que pretendía ilustrar, cuyo sentido y alcance ha suscitado discusión. Lo anterior motiva este comentario.

II. El sentido y alcance que correspondería atribuir al ejemplo contenido en el art. 1462. Síntesis de las posiciones expuestas en la doctrina nacional

1. Primera posición: el art. 1462 prohíbe el sometimiento a una jurisdicción extranjera

Por una parte, se ha señalado que, con la expresión "la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas", el *Código Civil* ha querido referirse al pacto mediante el cual las partes de un contrato someten sus diferencias al conocimiento de a una jurisdicción extranjera; dicha estipulación contravendría al derecho público chileno.

Tal entendimiento se fundamenta esencialmente en la finalidad de otorgar protección de la soberanía nacional, una de cuyas manifestaciones sería el ejercicio de la jurisdicción. En este sentido, se ha señalado que la soberanía reside en la nación y es delegada en sus autoridades para ser ejercida, dentro de la cual se encuentra que las causas civiles y criminales que puedan suscitarse, están sometidas al conocimiento de los tribunales. De esta forma, el sometimiento a una jurisdicción extranjera o no reconocida por la ley chilena contravendría al orden público, puesto que tal injerencia sería contraria a la soberanía nacional[16].

[16] Claro (1937), p. 289; más recientemente, Guzmán (2008), p. 224, quien ha sostenido: "a nuestro juicio, esta cláusula carece de valor en presencia de lo prevenido en el artículo 1462 del Código Civil"; y con una fundamentación diversa, Monsalvez (2008), p. 233, indicando: "si el contrato ha sido celebrado en Chile, como el de la especie, los contratantes carecen de la facultad de elegir libremente la jurisdicción, debiendo someterse irrestrictamente a la jurisdicción de los Tribunales chilenos, por cuanto el sistema de competencia judicial en Chile es territorial conforme así lo dispone el artículo 73 de la Constitución Política, en relación con los artículos 1 y 5 del Código Orgánico de Tribunales [...] Por lo mismo, si las partes deciden someterse a la jurisdicción de los tribunales chilenos, acarrea objeto ilícito por aplicación del artículo 1462 del Código Civil y, por ello, la cláusula electio forum es nula de nulidad absoluta". Cfr. León (1983), p. 46; Velasco (1941), p. 65; Alessandri (2010), p. 150, para quienes solo las normas relativas a la organización y atribuciones del Poder Judicial son de orden público; las demás son en general de derecho privado.

Suelen invocarse, en apoyo de este entendimiento, dos sentencias de antigua data:

i) La sentencia de la Excma. Corte Suprema de 20 de diciembre de 1905, en el caso Echeverría con Club Hípico[17].
En particular, se alude al cons. 3º de la sentencia de casación, donde se expresa:

> "Que las demandas de la especie más arriba indicada, son controversias judiciales del orden temporal, cuyo conocimiento y decisión corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos en la ley de 15 de octubre de 1875, tribunales cuya competencia y jurisdicción no es lícito desconocer a persona o corporación alguna, ni aun a pretexto de contratos, cuasi-contratos o estipulaciones de cualquier género, que en la hipótesis de existir, serían nulas por la ilicitud de su objeto en cuanto contuvieran disposiciones contrarias al Derecho Público chileno".

ii) La sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 14 de septiembre de 1885[18], confirmando un fallo de un juzgado de Valparaíso del 20 de marzo del mismo año, en el caso D.F.C. Walter con don Alejandro Lamas, que rechazó una declinatoria de competencia promovida por una agencia alemana de seguros demandada en Chile[19].
La demandada había invocado al efecto una cláusula que sometía toda diferencia o discordia con el asegurado

> "a árbitros nombrados imparcialmente, bajo la presidencia del cónsul de Alemania, cuya decisión ha de ser definitiva y obligatoria para ambas partes".

La Corte confirmó el razonamiento del tribunal de primer grado, que había sostenido –invocando el art. 5º de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales– "que no está constituido con arreglo a la ley el juicio de árbitros a que se refiere el agente de la compañía La Transatlántica"; agregando a ello que al efecto debía tenerse presente también lo dispuesto en el art. 1462 del *Código*[20].

[17] Corte Suprema (1905), pp. 349-360.

[18] Corte de Apelaciones de Santiago (1885), p. 1463.

[19] Velasco (1941), p. 64.

[20] *Ibid.*, quien manifiesta que con ello, la Corte "determinó, y con razón, que en tal acto había una contravención al derecho público chileno".

2. *Segunda posición: el artículo 1462 no prohíbe el sometimiento a una jurisdicción extranjera, sino que únicamente veda el sometimiento a una jurisdicción "no reconocida"*

Por el contrario, se ha señalado también que la disposición del art. 1462 no prohíbe a las partes de un contrato someter sus diferencias al conocimiento de una jurisdicción extranjera.

Se ha esgrimido que la legislación chilena sí reconocería la jurisdicción extranjera. Así, ciertas disposiciones legales –que indicaremos a continuación– darían cuenta que el ordenamiento jurídico nacional no se opone al sometimiento a la jurisdicción extranjera, a las cuales expresamente les reconoce potestad para adjudicar conflictos[21]. Solo adolecería de objeto ilícito el sometimiento a una jurisdicción "no reconocida por las leyes chilenas", expresión esta última que –en todo caso– no se explica a qué jurisdicciones comprendería[22].

Los antecedentes legislativos que se han invocado en apoyo de esta comprensión doctrinaria, son los siguientes[23]:

i) Las disposiciones del párrafo 2, título XIX, del *Código de Procedimiento Civil* (art. 242 y siguientes), que se refieren al reconocimiento y eje-

[21] En este sentido, por ejemplo, Ramírez (2013), p. 263: "No puede sostenerse que los tribunales de otro país, como por ejemplo de Francia, al que se sometan las partes, constituyen una jurisdicción no reconocida por el Estado. Si Chile reconoce al Estado francés, reconoce obviamente a su Poder Judicial. Por lo demás, hay un reconocimiento implícito de los tribunales de los otros países en el propio Código de Procedimiento Civil, que fija reglas para el cumplimiento en Chile de resoluciones dictadas por esos tribunales"; Villarroel y Villarroel (2015), p. 403: "Debe entenderse la disposición en el sentido que excluye la sumisión a una jurisdicción extranjera en negocios puramente nacionales, esto es, que no presentan elementos extranjeros relevantes y también, cuando la jurisdicción de los tribunales chilenos es exclusiva, ya que solo en ese caso la jurisdicción extranjera no es reconocida por las leyes chilenas".

[22] Cfr. Ramírez (2013), p. 265, quien se limita a sostener que "procede la sumisión en materias en las cuales las partes puedan 'disponer de sus derechos', pero reiteramos la conveniencia de establecer reglas claras al respecto".

[23] Ramírez, (2013), p. 264; Villarroel y Villarroel (2015), p. 404; Domínguez (2012), p. 135; Vial (2003), p. 166. No obstante la exposición de argumentos, estos últimos autores manifiestan dudas con relación a la validez de estas estipulaciones. Así, el primero indica que la cuestión "es a lo menos discutible cuando no se trata de un contrato internacional". El segundo, señala: "El tema nos parece discutible, más aún si se considera que el legislador estimó necesaria la dictación de una ley especial para autorizar los pactos de sumisión al derecho extranjero de los contratos internacionales o a las estipulaciones a través de las cuales los diferendos derivados de tales contratos se someten a la jurisdicción de tribunales extranjeros en que sea parte el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas (Decreto Ley N° 2349, de 1978). El problema de interpretación subsiste en relación con los referidos pactos en contratos celebrados en Chile, en que no son parte el Estado o sus organismos, instituciones o empresas".

cución de las resoluciones pronunciadas en país extranjero. Siendo el caso que dichas disposiciones permiten reconocer y otorgar fuerza de cosa juzgada a sentencias dictadas en países extranjeros, se entendería que ello importa el reconocimiento de jurisdicciones extranjeras.

ii) Lo dispuesto en el art. 318 del *Código de Derecho Internacional Privado*, que designa como juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca[24].

iii) Las normas de la Ley n.° 19971, sobre Arbitraje Comercial Internacional. Aunque por lo común no se explicita al invocarlas, tendría que considerarse que la referencia se hace en particular a los arts. 8º, 9º, 35 y 36, que son aquellos aplicables a arbitrajes conocidos fuera de Chile; en efecto, el art. 1º de ese cuerpo normativo aclara que

> "Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8º, 9º, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional".

iv) Las disposiciones del D.L. n.° 2349, de 1978. Suele sostenerse que la exposición de motivos que antecede al D.L. reconoce la validez o licitud general de los pactos de sometimiento a la jurisdicción extranjera, al señalar:

> "Que, dentro del sistema jurídico chileno, tales estipulaciones son licitas y en esta virtud tienen frecuente aplicación en los contratos celebrados entre particulares, siendo de advertir, además, que ellas están consagradas en el Código de Derecho Internacional Privado aprobado en la Sexta Conferencia Internacional Americana, el que rige en nuestro país desde 1934".

Esta posición doctrinaria pareciera ser hoy la postura dominante entre los autores[25], y según advertimos, es también profusamente invocada por la jurisprudencia, materia que revisaremos más adelante.

---

[24] "Art. 318. Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario.

La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de situación."

[25] Además de los ya citados, a modo ejemplar, véase. Alessandri (2010), p. 150, siguiendo en ello a Velasco (1941); Eyzaguirre (1981), p. 295, quien ha sostenido, incluso, que el sistema del *Código de Procedimiento Civil* habría derogado tácitamente el ejemplo consagrado en la segunda parte del art. 1462; Vásquez (2011), pp. 349-370.

III. Las fuentes que permiten explicar el alcance de la expresión "la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas"

El propósito perseguido por este trabajo consiste en intentar reconstruir el sentido y alcance de la expresión "la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas", con prescindencia de los argumentos que la doctrina ha dado para su comprensión (los cuales, más adelante, someteremos a un análisis crítico); para, posteriormente, intentar dilucidar la situación en que se encuentran los pactos que importan el sometimiento a una jurisdicción extranjera.

Creemos que es apropiado iniciar el análisis sobre la base de los antecedentes del establecimiento de la disposición, que dan cuenta de su espíritu: las notas que Andrés Bello realizó al art. 1646 del Proyecto de 1853, atendido que la última oración del referido artículo constituye el antecedente del actual art. 1462.

Las notas en cuestión se refieren a cinco normas del derecho indiano vigente en Chile antes del *Código Civil*: la Ley XIV, del título VI de la *Partida Tercera*; la Ley XXII del título XXII, del libro V de la *Novísima Recopilación*; la Ley VII del título I, del libro IV de la misma *Novísima*; y las Leyes VI y VII del título I, también del libro X del mismo cuerpo.

Sin embargo, destacamos que para el propósito de indagar el sentido y alcance del ejemplo que utiliza el art. 1462, solo las tres últimas notas de Andrés Bello resultan de interés, pues las notas que llevan a consultar las *Partidas* y el libro V de la *Novísima*, se refieren a los aspectos que fueron eliminados del art. 1646 del Proyecto de 1853 (referidos ellos a los pactos sobre honorarios de los abogados), cuando este mudó al art, 1642 del Proyecto Inédito.

Las tres leyes de la *Novísima Recopilación* citadas por el Proyecto de 1853, que son de nuestro interés, se referían a la prohibición de someter asuntos del orden temporal a la jurisdicción eclesiástica, vedando específicamente que, entre legos, se celebraran actos o contratos en que se sometieran a la referida jurisdicción[26].

[26] Nótese a estos efectos que, a propósito de sus disquisiciones sobre la administración de justicia, Andrés Bello expresamente calificaba como ineficaz que un lego se sometiera al fuero eclesiástico en las causas del orden temporal seguidas entre legos. Comentando el art. 25 del proyecto de ley de Administración de Justicia de Mariano Egaña, señalaba: "Tratándose de la prórroga del fuero por consentimiento expreso o tácito de las partes se dice lo siguiente: sin embargo, un lego no puede someterse a un juzgado eclesiástico en causa que por derecho no

i) En efecto, la ley VII del título I, libro IV de la *Novísima Recopilación*, disponía:

"Ordenamos, que ningún lego sea osado de mandar citar ni emplazar a otro lego delante el Juez de la Iglesia, ni hacer otorgar obligación sobre sí, en que se someta a la Jurisdicción eclesiástica sobre deudas, o cosas profanas a la Iglesia no pertenecientes; y si lo hiciere, mandamos, que por el mismo hecho pierda la acción, y sea adquirida al reo; y si tuviere oficio en cualquier de las ciudades, villas y lugares de nuestros Reinos, pierda el oficio; y si oficio no tuviere, que dende en adelante no pueda haber otro; y demás, que caya en pena de diez mil maravedís, la mitad para el acusador, y la otra mitad para el reparo de los muros en la ciudad o villa o lugar do esto acaeciere"[27].

Se prohibía, de este modo, que un lego citara o emplazara a otro ante la jurisdicción eclesiástica, o que se otorgara entre legos obligación en que se sometieran a dicha jurisdicción, en relación con "cosas profanas a la Iglesia no pertenecientes", es decir, en relación con conflictos judiciales del orden temporal. La infracción a la prohibición tenía importantes sanciones: de orden civil, la pérdida de la acción para el demandante, y de orden personal, más grave aún, la pérdida del oficio o la imposibilidad de obtener uno, así como una multa pecuniaria.

ii) A su turno, la ley VI del título I, libro X de la *Novísima Recopilación*, prescribía:

"Porque somos informados que las leyes y ordenanzas de nuestros reinos, que defienden que ninguno ni algún lego no hagan contratos por do se obliguen con juramento, por do se sometan a la Jurisdicción eclesiástica, no se guardan cumplidamente, si se ejecutan las penas en ellas contenidas contra las partes, ni contra los Escribanos que vienen contra ellas, de lo cual se siguen grandes peligros y daños a las conciencias, por los perjuros en que a menudo incurren los legos que se obligan con juramento, por las excomuniones que por tales deudas comúnmente ponen los Jueces eclesiásticos, y por los grandes daños y costas que se les crecen, y la nuestra jurisdicción Real a causa de ello recibe detrimento;

corresponde a éste. Suponemos que se trata de un lego demandado en causa profana ante el tribunal eclesiástico, porque, demandado como actor a un eclesiástico en la misma causa ante el juez respectivo, no hay duda que se somete a las decisiones de éste. Entendido el artículo del modo dicho, es enteramente conforme a las decisiones de las leyes". BELLO (1885 a), p. 132.

[27] *Los códigos españoles concordados y anotados, tomo sétimo, Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1850), p. 408.

por ende ordenamos y mandamos, que de aquí en adelante las dichas leyes se guarden y cumplan; y en guardándolas, defendemos, que ningún lego cristiano, judío ni moro no haga obligación en que se someta a la Jurisdicción eclesiástica, ni haga juramento por la tal obligación junta ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba so las penas contenidas en las dichas leyes, y que la obligación no valga, ni haga fe ni prueba; y mandamos a todas y cualesquier Justicias, que no la ejecuten y manden, ni hagan pagar; y defendemos, que Escribano alguno no la reciba, ni signe la tal obligación ni juramento, si quiera se haga junta o apartadamente, so pena que el Escribano que la signare, pierda el oficio, y desde en adelante su escritura no haga fe ni prueba, y pierda la mitad de sus bienes, y de estos sea un tercio para quien lo acusare, y los dos tercios para la nuestra Cámara; y mandamos a los nuestros Secretarios, que cada y cuando libraren cartas de Escribanías y Notarías para cualesquier personas, pongan en ellas, que si signare el tal Escribano obligación entre lego y lego, por donde se someta el deudor a la Jurisdicción eclesiástica, o signare juramento de ella, que pierda el oficio"[28].

Como puede advertirse, esta ley VI reiteraba la concurrencia de importantes sanciones asociadas a la infracción de la prohibición de someterse a la jurisdicción eclesiástica

("ningún lego cristiano, judío ni moro no haga obligación en que se someta a la Jurisdicción eclesiástica, ni haga juramento por la tal obligación junta ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba so las penas contenidas en dichas leyes, y que la obligación no valga, ni haga fe ni prueba"),

e imponía también sanciones al escribano que autorizara tales estipulaciones.

Más importante aún, consignaba esta ley el motivo que justificaba la prohibición del sometimiento a la jurisdicción eclesiástica:

a) por una parte, el grave daño "a las conciencias" de quienes se sometían a dicha jurisdicción, atendido que a esa estipulación generalmente la acompañaba el otorgamiento de juramento, que exponía al perjurio y la excomunión;

b) y por otra parte, los grandes daños, costas y detrimento a "nuestra jurisdicción Real", es decir, a la jurisdicción temporal que residía, de modo exclusivo e inequívoco, en la corona castellana.

[28] *Los códigos españoles concordados y anotados, tomo noveno, Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1850), p. 305.

A estos efectos, cabe recordar que el propio libro IV de la *Novísima* iniciaba su título I estableciendo la suprema jurisdicción del Rey, sobre todos los pueblos del reino, disponiendo lo siguiente:

"Jurisdicción suprema civil y criminal pertenece a Nos, fundada por Derecho común, en todas las ciudades y villas y lugares de nuestros Reinos y Señoríos; y por esto mandamos, que ninguno sea osado de estorbar ni impedir en los lugares de Señorío la Jurisdicción suprema que tenemos en defecto de los Jueces inferiores, para que Nos la hagamos y cumplamos como convenga a nuestro servicio y guarda de los tales lugares [...]"[29].

El mismo libro IV destacaba, por lo demás, la prohibición a todo juez eclesiástico de interferir con la jurisdicción real, manifestando en su ley III:

"Ningún Eclesiástico Juez sea osado de impedir nuestra jurisdicción Real por vía de simple querella, ni en grado de apelación, ni en otra manera alguna, porque la apelación no puede pasar de una jurisdicción en otra, que es ajena y extraña de ella: y del impedimento y ocupación de la nuestra jurisdicción o Señorío ninguno puede conocer sino Nos: y podemos compeler y apremiar a los Perlados, que simplemente muestren ante Nos su derecho, si alguno tienen sobre la jurisdicción que en nuestros Reinos a Nos pertenece"[30].

El asunto resultaba aún más claro en el libro II de la *Novísima Recopilación*, donde la ley VII del título I mandaba:

"Jueces eclesiásticos, así conservadores como otros cualesquier, no sean osados en exceder los términos del poderío que los Derechos les dan en sus jurisdicciones; y si excedieren lo que los Derechos disponen, y en la nuestra Real jurisdicción se entremetieren y la atentaren usurpar, y entre legos sobre causas profanas, allende de las penas contenidas en la ley antes desta, todos los maravedís que tienen de juro de heredad o en otra cualquier manera en los nuestros libros los hayan perdido, y dende en adelante no les acudan con ellos: y cualquier lego que en las tales causas fuere Escribano o Procurador contra legos delante del tal Conservador o Juez, salvo en aquellos casos que son permisos de Derecho, por ese mismo hecho sea infame, y sea desterrado por diez años del lugar o jurisdicción donde viviere, y pierda la mitad de los bienes, la mitad para nuestra Cámara, y la otra mitad para el acusador. Y mandamos a

[29] Ley I del título I del libro IV; *Los códigos españoles concordados y anotados, tomo sétimo, Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1850), p. 407.

[30] *Ibid*.

las nuestras Justicias, que luego que esto supieren, sin esperar nuestro mandamiento, procedan al destierro de las tales personas, y secuestren luego sus bienes sin esperar nuestro mandamiento, y nos lo hagan saber, porque Nos proveamos como cumple a nuestro servicio".

Nótese, de lo que viene transcrito, que la jurisdicción eclesiástica era calificada como "ajena y extraña" a la jurisdicción temporal del Monarca, al punto que la intromisión de aquella en esta, era calificada como una usurpación. Tan cierto era ello, que los jueces eclesiásticos carecían de facultades para ejecutar sus sentencias, en los bienes o la persona de los legos, sin el auxilio de la jurisdicción temporal[31].

iii) Finalmente, la ley VII del título I, también del libro X del mismo cuerpo normativo, disponía:

"A lo que nos querellaron, que por causa de la ley pasada que hicimos en la ciudad de Toledo, por la cual defendemos ser hechos contratos con juramento entre legos, y asimismo sumisiones a la Jurisdicción eclesiástica, algunos Notarios y Escribanos de nuestros reinos no osan tomar los dichos contratos y sumisiones, no solamente siendo ambas partes legos, pero aunque el uno fuese clérigo; y por la disposición de la dicha ley los dichos Escribanos y Notarios no quieren tomar juramento en contrato, que de su natura requiere juramento para su validación, asimismo en compromisos y contratos de dotes y robras de ventas y donaciones, y otros contratos semejantes de enajenamientos perpetuos; y que generalmente la dicha ley era contra la libertad y jurisdicción eclesiástica, y que por ella se quitaba a los Jueces eclesiásticos el conocimiento de cosas que de Derecho y costumbre les pertenecía, y que nos suplicaban, que mandásemos renovar la dicha ley; a esto respondemos, que la dicha ley es justa, y se pudo hacer bien de Derecho, y no es contra la libertad eclesiástica, ni por la dicha ley se defiende el juramento al clérigo, siendo uno de los contrayentes, aunque el otro contrayente sea lego; y asimismo nuestra voluntad no fue de quitar el juramento en los contratos, que para su validación se requería; y asimismo, que no interviniese en los compromisos y contratos de dotes y arras, y vendidas y enajenamientos, y donaciones perpetuas; y así lo declaramos: y queremos, que quede libertad a los contrayentes, que en tales contratos puedan jurar, y los dichos Escribanos y Notarios puedan tomar los contratos con juramento, sin incurrir en pena alguna"[32].

[31] Ley IV y Ley IX del título I, libro II de la *Novísima Recopilación*.

[32] *Los códigos españoles concordados y anotados, tomo noveno, Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1850), p. 305.

> Esta disposición reiteraba, una vez más, que la prohibición de someterse los legos a la justicia eclesiástica no atentaba contra la libertad eclesiástica y era, por consiguiente, conforme a derecho; ratificando y aclarando el alcance de las disposiciones anteriormente reseñadas.

Como puede advertirse, las disposiciones de la *Novísima Recopilación* a que aludía Andrés Bello en su nota al art. 1646 del Proyecto de 1853, tenían por objetivo proteger la suprema jurisdicción que pertenecía a la corona castellana, de la jurisdicción eclesiástica, reservando así a la primera el conocimiento de todos los asuntos de orden temporal civil y criminal.

Se percibe, entonces, una intención de resguardar la soberanía radicada en el poder político central –la Corona– manifestada en el ámbito de la jurisdicción, de la injerencia de un poder ajeno o extraño; en este caso, un poder paralelo interno, como era la jurisdicción eclesiástica.

Por eso se entendía, sobre la base de esas leyes, que:

> "El juez eclesiástico no ha recibido la potestad temporal que ejerce sino de la beneficencia de los príncipes, que quisieron crear una jurisdicción privilegiada para los clérigos, y que pueden limitarla o abolirla cuando y como les parezca. Jesucristo no fundó sino un reino puramente espiritual, y lejos de disminuir la autoridad de las potestades seculares, se sujetó a ella en todas ocasiones, enseñó a respetarla y obedecerla con sus palabras y su ejemplo; y en su vista los apóstoles, así como sus primeros sucesores los papas y los obispos, y todas las personas dedicadas al culto divino no reusaron jamás presentarse en los tribunales de los legos como demandantes o demandados, sin que se hubiese visto autor que pusiese en duda su poder"[33].

La importancia de esa exclusividad jurisdiccional, reservada a la Corona como manifestación de su soberanía, la denotan las singulares sanciones que se seguían a la celebración de esos actos, que incluían no solo la pérdida de la acción para el litigante y la nulidad de la obligación contraída, sino, también, la pérdida del oficio y la imposición de una sanción pecuniaria en su contra. Así, se advierte que la protección que pretendía darse a la jurisdicción, como manifestación del poder soberano, era férrea, resguardada por importantes consecuencias contra quien estipulara en perjuicio de ellas.

Desde esta perspectiva, puede desprenderse que las fuentes directas a que aludió Andrés Bello al redactar el art. 1646 del Proyecto de 1853, todas se refieren a la protección de la jurisdicción, para evitar que tal manifestación de la soberanía interna fuera amenazada por una jurisdicción paralela,

[33] Escriche (1842), p. 352.

derivada de otro poder –la Iglesia– que tenía carácter interno, pero que era distinto al de la Corona.

Sin embargo, nada en las referidas leyes hispanas se refiere a la posibilidad o no de someterse a una jurisdicción extranjera; lo que probablemente resulta obvio en atención a su época.

IV. El pensamiento de Andrés Bello sobre los límites y alcances de la jurisdicción nacional y extranjera

Como dijimos, las notas de Andrés Bello en el Proyecto de 1853 no aluden concretamente a la situación de la jurisdicción extranjera, por lo que de su revisión no es posible advertir con claridad si la protección que se pretende brindar a la jurisdicción nacional lo es solo de jurisdicciones internas de carácter paralelo o, bien, respecto de jurisdicciones de otras naciones.

Para encontrar luces sobre esto último, nos ha parecido útil consultar su obra sobre derecho internacional; nos referimos a su *Principios de Derecho de Jentes*[34], posteriormente renombrado *Principios de Derecho Internacional* en su tercera edición[35].

En ella no se encuentra, sin embargo, tratamiento expreso de la cuestión sobre el sometimiento que pudieren hacer las partes de un contrato, a una jurisdicción extranjera.

No obstante, manifiesta:

> "La jurisdicción es la facultad de administrar justicia. Su extensión es la misma que la del imperio. A los tribunales de la nación, corresponde tomar conocimiento de todos los actos que están sometidos a la influencia de sus leyes, y prestar la fuerza de la autoridad pública a la defensa y vindicación de todos los derechos creados por ellas"[36].

Así, considera la jurisdicción desde una triple perspectiva: en su objeto o materia sobre la que recae, en el lugar de su ejercicio y en el valor de sus actos.

i) Desde la perspectiva del objeto o materia sobre la que recae, en el concepto de Andrés Bello, la extensión de la jurisdicción está delimitada por la extensión del imperio, noción esta última que con-

[34] Bello (1832).

[35] Véase Bello (1885b). De acuerdo con lo indicado por el prólogo del propio Andrés Bello, las diferencias que pueden advertirse entre ambas ediciones pueden atribuirse a una ampliación y mejora en virtud de la consulta de mayores fuentes.

[36] *Op. cit.*, p. 93.

ceptualiza señalando que corresponde a la soberanía "en cuanto da leyes y órdenes a las personas"[37].

Señala al efecto que el imperio sobre los extranjeros tiene los mismos límites que el territorio nacional, mientras que sobre los ciudadanos no tiene dicha circunscripción, encontrándose ellos obligados a las leyes patrias incluso en territorio extranjero, salvo contradicción con las del país en que reside el ciudadano[38].

Así, indica:

"a los tribunales de la nación corresponde tomar conocimiento de todos los actos que están sometidos a la influencia de sus leyes, y prestar la fuerza de la autoridad pública a la defensa y vindicación de todos los derechos creados por ellas";

agrega:

"por consiguiente, el conocimiento de los delitos cometidos en cualquier parte del territorio de la nación, compete privativamente a sus juzgados",

señalando, además:

"en consecuencia de la jurisdicción sobre las personas que se hallan en el territorio, puede prestarse la protección de los tribunales a los derechos constituidos por actos a que no alcanza el imperio, v. gr. por contratos celebrados en país extranjero"[39].

Cierra su disquisición indicando que la

"protección a los contratos celebrados en país extranjero se limita, según creo, a los que producen acciones pecuniarias personales, o acciones in rem. Gozan también de ella los testamentos otorgados en país extranjero [...] Finalmente, es práctica general dispensar esta protección a los actos legítimos, que determinan las relaciones de familia"[40].

Para Andrés Bello, en un primer entendimiento la jurisdicción nacional reclama para sí el conocimiento de los asuntos que involucren a sus ciudadanos –que, en su concepto, se encuentran regidos por las leyes patrias incluso en el extranjero, salvo las excepciones apuntadas– y el conocimiento de los asuntos (en particular, convenciones o contratos) que involucren a ciudadanos y extranjeros o solo a estos últimos, en

[37] Bello (1885b), p. 84.
[38] *Op. cit.*, pp. 85-86.
[39] Bello (1832), p. 43.
[40] *Op. cit.*, pp. 44-45.

tanto se encuentren en el territorio nacional; de forma tal que, en último término, la jurisdicción nacional queda unida de forma ínsita con la aplicación territorial de la ley nacional, centrando su análisis más propiamente en aquellas cuestiones que luego conformarían los arts. 14 a 17 del *Código Civil*[41].

Lo anterior denota, desde luego, el amplio ámbito de aplicación que reconocía a la jurisdicción nacional para conocer asuntos del orden temporal, puesto que, incluso, le reconocía la potestad de pronunciarse sobre actos jurídicos celebrados en el extranjero; cuestión que, a su turno, demuestra el amplio ámbito de soberanía que por esa vía pretendía defender.

ii) Desde una segunda perspectiva, referida al lugar de ejercicio de la jurisdicción, Andrés Bello expone que la "jurisdicción de un estado no se puede ejercer sino en su propio territorio"[42].

Con ello, quería significarse que los Estados extranjeros no podían instituir judicaturas de ninguna clase dentro del territorio de otro Estado, salvo que así lo hubiere autorizado el Soberano, cuestión que grafica recurriendo a la situación de la polémica sobre la jurisdicción consular.

Lo anterior, una vez más, la importancia atribuida a la jurisdicción nacional como manifestación soberana.

iii) En una última perspectiva, referida ahora al valor de los actos jurisdiccionales otorgados fuera del territorio del Estado, Andrés Bello manifiesta:

> "que la jurisdicción de los tribunales es una parte de la que reside en el estado, en virtud de su independencia y soberanía; que la jurisdicción del estado en su territorio es necesariamente exclusiva y absoluta, y no es susceptible de ninguna limitación, que él no se haya impuesto a sí mismo; que toda restricción a que se intentase someterla y que se originase de una fuente externa menoscabaría su poder soberano en esa parte y lo trasladaría al estado de que emanase la restricción; y que, por consiguiente, todo lo que limita esa

[41] En efecto, Andrés Bello parte por indicar que "es un principio generalmente reconocido que todo contrato confiere jurisdicción a los tribunales del país en que se ha celebrado", agregando que "Sin embargo, las leyes de cada estado pueden limitar la jurisdicción de sus judicaturas respecto de los extranjeros transeúntes". Bello (1885b), p. 98. A su turno, en cuanto a los contratos celebrados en país extranjero, afirma: "todo contrato por lo que toca a su valor, su inteligencia, las obligaciones que impone y el modo de llevarlas a efecto, debe arreglarse a las leyes del país en que se ajustó; pero, si ha de ejecutarse en otro país, se le aplican las leyes de este último". *Op. cit.*, p. 100.

[42] Bello (1832), p. 45.

plenitud de jurisdicción dentro del territorio debe rastrearse al consentimiento de la nación misma, y no puede derivarse de otra fuente legítima"[43].

Así, sobre la base de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos[44], Andrés Bello señala –ahora de modo explícito– la inexorable relación que existe entre jurisdicción y soberanía, haciendo hincapié en que no admite limitación de "fuente externa", sino solo del consentimiento de la nación misma. La jurisdicción nacional solo cedía ante las inmunidades de jurisdicción concedidas a la persona de un soberano que entra a las tierras de una nación amiga, a sus agentes diplomáticos, y a sus ejércitos, escuadras o naves de guerra[45].

Lo anterior da cuenta, de modo explícito, que en el pensamiento del venezolano existía la preocupación por el resguardo de la soberanía nacional respecto de la inmisión de jurisdicciones extranjeras. La cita a la Corte Suprema estadounidense es, en tal sentido, categórica. Acto seguido, el polímata analiza el valor de los actos jurisdiccionales otorgados fuera del territorio del Estado[46], concluyendo por señalar que si los actos jurisdiccionales

[43] Bello (1885b), p. 94.

[44] La sentencia en cuestión corresponde a la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica (1812), mediante la cual se estableció la inmunidad de jurisdicción que se reconoce a otras naciones soberanas. Su razonamiento, en la parte que cita Andrés Bello, corresponde al siguiente: "The jurisdiction of courts is a branch of that which is possessed by the nation as an independent sovereign power.

The jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute. It is susceptible of no limitation not imposed by itself. Any restriction upon it deriving validity from an external source would imply a diminution of its sovereignty to the extent of the restriction and an investment of that sovereignty to the same extent in that power which could impose such restriction.

All exceptions, therefore, to the full and complete power of a nation within its own territories must be traced up to the consent of the nation itself. They can flow from no other legitimate source.

This consent may be either express or implied. In the latter case it is less determinate, exposed more to the uncertainties of construction, but if understood, not less obligatory."

[45] Bello (1885b), pp. 94-95.

[46] En lo cual nuevamente sigue ciertas reglas adoptadas por la Corte Suprema estadounidense, que califica "los más sanos principios": "'Si un tribunal extranjero no puede, según el derecho de gentes, ejercer la jurisdicción que asume, sus sentencias no tienen valor alguno.' 'Acerca de la jurisdicción que los tribunales extranjeros puedan ejercer según las leyes de la nación a que pertenecen, el juicio de los mismos tribunales es la única autoridad a que debe estarse'. 'Toda sentencia de adjudicación, pronunciada por un tribunal que tiene jurisdicción en la materia del juicio, da sobre la cosa adjudicada un título incontrovertible en los países extranjeros'. 'Los tribunales de un soberano no pueden revisar los actos ejecutados bajo la autoridad de otro'". Bello (1885b), p. 102. Aunque la cita no es expresa, la jurisprudencia a que alude corresponde a la Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica (1807a) y (1807b).

> "recayeron sobre obligaciones contraídas bajo la influencia de las leyes del mismo país a que el tribunal pertenece, deben ser siempre reconocidas en los otros países, ciñéndose los juzgados de otros a hacer cumplir por un simple exequatur o auto de pareatis",
>
> pero si recayeren sobre
>
> "convenciones celebradas bajo el imperio de nuestras leyes, ya entre un ciudadano y un extranjero, ya entre dos ciudadanos, o entre dos extranjeros",
>
> sería posible a la judicatura nacional reformarlas, si se hubiere dado "una interpretación contraria al espíritu de las leyes patrias"[47].
>
> Puede advertirse, de los pasajes transcritos, que el reconocimiento que hace Andrés Bello a la jurisdicción internacional tiene un carácter limitado:
>
> *a)* por una parte, otorga pleno reconocimiento a los actos jurisdiccionales que recaigan en contratos celebrados bajo las leyes del mismo país en que se aquellos se pronunciaron, limitándose el reconocimiento al "simple *exequatur*";
>
> *b)* pero por otra, no reconoce plenamente la jurisdicción extranjera que se haya pronunciado sobre convenciones celebradas bajo el imperio de la ley chilena, las cuales "pudieran ciertamente reformarse" por nuestras autoridades judiciales, quienes "tendrían derecho para restablecer su verdadera interpretación según las reglas de justifica y de equidad, bajo cuyo imperio se ajustaron".

Colofón de todo lo anterior, es que el pensamiento de Andrés Bello tiende a la protección y favorecimiento de la jurisdicción nacional en términos robustos, en cuanto manifestación de la soberanía. Así lo revela claramente tanto la amplitud de los asuntos que pretende arrogar a su conocimiento como la imposibilidad de establecerse judicaturas extranjeras en suelo nacional y, en último término, el reconocimiento más bien limitado que hace a los actos de jurisdicción foránea.

Por eso es que explica:

> "las personas que existen dentro del territorio se hallan privativamente sujetas a la jurisdicción del estado. Las naciones extranjeras no tienen facultad para instituir en él un tribunal o judicatura de ninguna clase, si no es que el soberano del territorio se la haya conferido. Fundada en este principio, declaró la corte suprema de la Federación Americana, el año de 1974, que no era legal la jurisdicción de almirantazgo ejercida

[47] Bello (1885b), p. 104.

> por los cónsules de Francia en el territorio de aquellos estados, pues no se apoyaba en pacto alguno"[48].

Como puede advertirse, puede fundadamente concluirse que tenía en mente proteger a la jurisdicción nacional, por la vía de la nulidad absoluta por infracción al derecho público, de la injerencia de una jurisdicción instalada en territorio chileno, pero dependiente de una potencia extranjera. Su cita a la jurisprudencia de la Corte Suprema Estadounidense[49] nos parece, en este entendimiento, categórica. Así, esta última había expresado:

> "Y esta Corte Suprema es también de la opinión que ninguna potencia extranjera puede instituir, o erigir a ningún tribunal de justicia de ningún tipo, dentro de la jurisdicción de los Estados Unidos, sino solo aquellos que sean justificados, y estén en cumplimiento de tratados, por consiguiente se decreta y resuelve que la jurisdicción del almirantazgo, que ha sido ejercida en los Estados Unidos por los cónsules de Francia, no estando justificada, no es de derecho"[50].

Sin embargo, vale la pena destacar que –una vez más– la cuestión del sometimiento a la jurisdicción extranjera no queda plenamente resuelta en el pensamiento de Andrés Bello, puesto que en último término, solo se refiere a la posibilidad que las sentencias extranjeras, pronunciadas sobre actos o contratos regidos por la ley chilena, podrían ser "reformadas" por la autoridad judicial chilena, conforme a las reglas nacionales.

V. Reconstrucción de la expresión "la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas": alcance limitado

Teniendo en vista lo anterior, creemos que puede reconstruirse más fielmente el alcance que corresponde atribuir al ejemplo de que se sirve la segunda parte del art. 1462.

---

[48] Bello (1885b), p. 94.

[49] La referencia de Andrés Bello corresponde a Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica (1794).

[50] Traducción libre. El original en inglés consigna: "And the said Supreme Court being further of opinion, that no foreign power can of right institute, or erect, any court of judicature of any kind, within the jurisdisdiction of the United States, but such only as may be warranted by, and be in pursuance of treaties it is therefore decreed and adjudged. That the admiralty jurisdiction, which has been exercised in the United States by the Consuls of France, not being so warranted, is not of right".

A. En nuestro concepto, esta tarea parte por tener a la vista que nos encontramos en sede del objeto ilícito, de forma tal que el centro de la atención debe darse a la prestación que constituye el objeto mismo del acto o declaración de voluntad a la que alude el ejemplo del art. 1462 del *Código*. No se ha dado suficiente atención a lo anterior, aspecto que en nuestro concepto resulta fundamental para efectos de resolver la cuestión del alcance del ejemplo.

En efecto, el ejemplo utilizado por la segunda oración del art. 1462 se refiere a un acto jurídico en particular: "la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas". Así, el objeto de la referida promesa[51], corresponde a un comportamiento –una cosa que se debe hacer, en los términos del art. 1460– consistente en "someterse en Chile" a tales jurisdicciones.

Pues bien, la voz 'someter' significa, en su sentido natural y obvio, "encomendar a alguien la resolución de un negocio o litigio"[52]; de esta manera, el *Código* sin duda alude al pacto mediante el cual las partes de un acto o contrato encomiendan a alguien la resolución de sus diferencias.

Lo que es relevante es que el pacto a que alude el art. 1462 no tiene por objetivo simplemente someterse a una jurisdicción no reconocida por la ley chilena, sino que tiene un objetivo aún más acotado: someterse "en Chile" a una jurisdicción no reconocida.

Así, lo que el *Código* califica de viciado, por ilicitud del objeto, es la estipulación mediante la cual las partes acuerdan que sus conflictos sean resueltos, dentro de Chile, por alguna jurisdicción no reconocida por la ley nacional; esto es, que dentro del territorio de la república, se resuelvan conflictos de relevancia jurídica por una jurisdicción no reconocida por la ley chilena (sea que esta provenga de algún ente u organismo interno o externo).

B. La conclusión anterior viene respaldada, creemos, por las fuentes que ya hemos analizado en este escrito.

En tal sentido, debe recordarse que las notas de Andrés Bello al Proyecto de 1853 aludían justamente a la situación que vedaba la *Novísima Recopilación*, a saber, que en la jurisdicción interna de la corona castellana se inmiscuyera la jurisdicción eclesiástica dentro del propio reino. Se trata cla-

[51] Cuando el art. 1462 se refiere a "la promesa", es claro que emplea esa voz conforme a su acepción natural y obvia de "expresión de la voluntad de dar a alguien o hacer por él algo". RAE (2019), acepción 1ª o, lo que es lo mismo, en el sentido de un acto o declaración de voluntad mediante el cual se contrae una obligación, que es la terminología con que el *Código* se refiere a los actos jurídicos. Así resulta de la ubicación que tiene el precepto en cuestión, al formar parte del título "De los actos y declaraciones de voluntad" y lo corrobora el hecho que la voz 'promesa', es utilizada varias veces por el *Código* en el mismo sentido (arts. 1450, 1467, 1638, 2011, entre otros).

[52] RAE (2019), acepción 5ª.

ramente de proteger la soberanía de la Corona, de la que podía considerarse una amenaza interna a su poder. Por cierto, la limitación del poder jurisdiccional de la Iglesia contribuía de manera directa al fortalecimiento del poder jurisdiccional del Soberano y, por consiguiente, de su poder institucional en términos generales.

Lo mismo se advierte con claridad en el pensamiento de Andrés Bello a propósito de su obra sobre derecho internacional. La idea que una nación pudiera instalar una jurisdicción dentro del territorio perteneciente a otra, es inaceptable en su concepto, si no es con el consentimiento de ambas potencias, pues de lo contrario se inmiscuiría una potencia en el ámbito de soberanía de otra.

De este modo, para dilucidar el sentido del ejemplo del art. 1462, resulta indispensable tener a la vista que este tiene por trasfondo la protección de la jurisdicción nacional de injerencias extrañas, como mecanismo de resguardo de la soberanía nacional, una de cuyas manifestaciones es, precisamente, el ejercicio de la jurisdicción.

Esta comprensión de la jurisdicción, en cuanto manifestación de soberanía, no resulta extraña entre nosotros. En efecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado al efecto:

> "es el Estado quien ejerce la jurisdicción, a través de sus órganos especializados, esto es, los tribunales de justicia, es decir, forma parte de la soberanía nacional, en la medida que se trata de una función pública",

agregando:

> "en consecuencia, considerando a la jurisdicción como un atributo de la soberanía, se extiende hasta donde ésta alcanza en ejercicio, esto es, hasta los confines territoriales del Estado y fuera de ellos, en los sitios y casos en que el derecho internacional admite, como en alta mar sobre los barcos que llevan su bandera o pasan por aguas de su exclusivo dominio. Y cuando se admite en determinados casos la extraterritorialidad de la ley, como cuando se reconoce eficacia a la actividad jurisdiccional de los órganos del extranjero, no se hace otra cosa que respetar el derecho interno que permite se aplique la ley extranjera y se tengan por válidos los pronunciamientos jurisdiccionales de otro Estado. Es decir, que la extraterritorialidad de las leyes y sentencias extranjeras, no tiene lugar por el hecho de ser leyes y sentencias, que sólo tienen eficacia dentro del lugar donde han sido dictadas, sino porque ha mediado la voluntad del Estado, donde incidentalmente se trata de aplicar. De manera que si esa voluntad no se manifiesta expresamente, sea de un modo general, sea en forma restringida, no puede tener, dentro del Estado, eficacia alguna la actividad jurisdiccional extranjera"[53].

[53] Corte Suprema (2007a).

En mérito de lo expuesto, creemos que el alcance que tiene el ejemplo del art. 1462 es mucho más limitado de lo que se ha creído.

Al servirse el *Código* de ese ejemplo, lo que ha querido señalar es existe una ilicitud en el hecho de que, dentro del territorio nacional, se resuelvan controversias por alguna jurisdicción que no haya sido reconocida por la ley chilena, sea que dicha jurisdicción tenga una fuente nacional o extranjera.

Y desde la óptica inversa, aparece que el referido ejemplo no reglamenta expresamente a la situación de los pactos mediante los cuales las partes someten el conocimiento de una disputa, en el extranjero, a una jurisdicción internacional.

C. En tal sentido, no debe perderse de vista que, las notas de Andrés Bello al Proyecto de 1853 no se refieren directamente a las estipulaciones mediante las cuales las partes de una convención se someten a una jurisdicción extranjera, sino a una situación más acotada: la de los pactos mediante los cuales los contratantes se sometían a una jurisdicción interna, pero no reconocida, esto es, a la justicia eclesiástica que se encontraba en oposición a la jurisdicción temporal de la corona castellana. Lo mismo se advierte al estudiar la obra del codificador sobre derecho internacional privado.

Por otro lado, no debe perderse de vista que el ejemplo utilizado por el art. 1462, pretende ilustrar el sentido de una regla general referida al objeto ilícito provocado por la contravención al derecho público. Así, al analizar el ejemplo utilizado por el *Código Civil*, debemos hacerlo siempre en el entendido de que se trata de explicitar un caso en el cual se ha infringido el derecho público chileno, que como hemos dicho previamente, es la rama del derecho "que organiza el Estado y fija las atribuciones y competencia de los Poderes Públicos".

Pues bien, la jurisdicción es –por antonomasia– una potestad propia del Estado, que ejerce por intermedio de uno de sus tres poderes (el Judicial), y que es, por consiguiente, expresión misma de la soberanía[54].

Por consiguiente, resulta que el *Código* ha querido demostrar en qué consistiría la contravención a las normas de derecho público chileno, por la vía de un ejemplo que consiste en que particulares, por vía de una estipulación convencional, se someten a una jurisdicción que la ley no ha reconocido, en el entendido que las normas que confieren jurisdicción a un determinado tribunal, constituyen disposiciones que conforman el derecho público nacional.

De esta manera, tenemos que el alcance de la expresión "la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas", tiene a la idea de la soberanía tanto como punto de partida, como también sentido último.

[54] Colombo (2004), p. 13.

Lo primero, por cuanto es la protección de la soberanía, manifestada en la jurisdicción, la que constituye su antecedente inspirador; lo segundo, por cuanto el ejemplo del *Código* pretende ilustrar la contravención del derecho público chileno, mediante un caso de vulneración a su soberanía, en su faz de jurisdicción.

D. Consecuencia de lo anterior es que, conforme a la segunda parte del art. 1462, adolecerán de objeto ilícito aquellas estipulaciones que sometan diferencias –para ser falladas dentro de la república– al conocimiento de organismos, nacionales o internacionales, a los cuales la ley chilena no les reconozca jurisdicción, en los términos que prescribe la Constitución.

A estos efectos, debe tenerse presente que, conforme a nuestro derecho positivo, la jurisdicción corresponde a

> "la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley",

conforme surge del art. 76 de la Constitución Política de la República y el art. 1° del *Código Orgánico de Tribunales*.

Nótese que la Constitución vincula la potestad jurisdiccional –de forma "exclusiva"– a los tribunales establecidos por la ley; de forma tal que es la ley la que confiere la jurisdicción a determinados tribunales, puesto que es esta la que instituye a los órganos encargados de impartir jurisdicción; nótese demás, que la propia Constitución impone al legislador ciertas limitaciones para encomendar jurisdicción a los tribunales:

a) debe hacerlo mediante una ley de carácter orgánico constitucional (art. 77 de la Constitución) y

b) debe hacerlo respetando las garantías que aseguran los incisos quinto y sexto del art. 19 de la Constitución[55].

Esta circunstancia ya la reconocía el propio Código Civil, puesto que en el art. 1462 utiliza la expresión "jurisdicciones no reconocidas"; conforme a su sentido natural y obvio[56], 'reconocer' significa "admitir o aceptar algo como legítimo", y lo 'legítimo' es aquello "conforme a las leyes" o "lícito"[57].

E. Pudiera parecer que, en este entendimiento de lo dispuesto la segunda parte del art. 1462, serán relativamente escasas las situaciones en que nos enfrentemos, dentro de Chile, al sometimiento a jurisdicciones no reconocidas por las leyes chilenas.

A tales efectos, lógicamente debemos considerar la amplitud del art. 5° del *Código Orgánico de Tribunales*, que establece un amplio catálogo de tri-

[55] Lübbert (2011), p. 89.

[56] RAE (2019), acepción 7ª.

[57] *Op. cit.*, acepciones 1ª y 2ª.

bunales –incluyendo a los jueces árbitros– como facultados para conocer todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la república[58].

Sin embargo, y en primer término, podemos pensar que cobrará aplicación la regla de la segunda parte del art. 1462 cuando nos encontremos ante una estipulación que someta una determinada controversia a un órgano que revista las características de "comisión especial", en los términos que consagra el art. 19 n.° 3 de la Constitución, en su inciso quinto[59].

Para estos efectos, y en atención a la materia de que tratamos, la idea de "comisión especial" se referirá a la creación o instalación de un tribunal creado en forma *ad hoc* para conocer de un caso concreto, practicada por una de las partes de un acto jurídico y en virtud de alguna estipulación que permita o faculte proceder de ese modo.

Entendemos que un ejemplo de ello podría serlo, justamente, el caso Echeverría con Club Hípico, que fue citado más atrás, donde se desprende que el razonamiento del voto mayoritario de la Excma. Corte se articuló en este sentido, aunque sin utilizar la expresión "comisión especial". En efecto, como se indica más adelante, en tal caso la sentencia razonó que las comisiones o personas designadas para resolver la controversia allí suscitada, constituían una jurisdicción no reconocida, en el sentido de que se determinó que ellos no tenían el carácter de verdaderos árbitros y, por lo mismo, se trataba

[58] El art. 5° del *Código Orgánico de Tribunales* dispone: "A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes.

Integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía.

Integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía.

Forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los juzgados de familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz, los cuales se regirán en su organización y atribuciones por las disposiciones orgánicas constitucionales contenidas en la ley Nº 19.968, en el Código del Trabajo, y en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias, respectivamente, rigiendo para ellos las disposiciones de este Código sólo cuando los cuerpos legales citados se remitan en forma expresa a él.

Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código.

Los jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código".

[59] Cfr. Lübbert (2011), p. 93.

de una comisión que no estaba reconocida por la ley chilena para ejercer jurisdicción[60].

Del mismo modo, y en segundo término, entendemos que también cobrará aplicación la regla en comento en las circunstancias en que se estipule que el conocimiento de una determinada materia sea sometido a la resolución de un tribunal que, por razón de la materia o grado jerárquico, carezca de competencia para conocerlo.

Así, por ejemplo, adolecería de objeto ilícito el pacto por el cual las partes de un contrato someten la resolución de sus controversias, en primera instancia, al conocimiento de la Excma. Corte Suprema; o la cláusula incorporada en un contrato celebrado entre proveedor y consumidor, que sustraiga sus diferencias del conocimiento del Juzgado de Policía Local competente conforme a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, para radicarlo en un Juzgado de Letras en lo Civil o ante el conocimiento de un árbitro.

Igualmente, y como tercer ejemplo, entendemos que también cobra aplicación la segunda parte del art. 1462, en los casos en que una cuestión de arbitraje prohibido (*v. gr*. arts. 229 y 230 del *Código Orgánico de Tribunales*) sea sometida al conocimiento de árbitros o, a la inversa, en los casos en que una cuestión de arbitraje forzoso (art. 227 del mismo *Código Orgánico*) se estipule someterla al conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

No escapa a nuestro entendimiento que, en los casos ya indicados, el ordenamiento jurídico ya contempla otros mecanismos de tutela que permitirían remediar la desviación de los antedichos conflictos a una jurisdicción no reconocida (*v. gr.*, el recurso de protección, en el caso de una "comisión especial"; la alegación de incompetencia absoluta o falta de jurisdicción, en los demás ejemplos indicados).

Ello no obsta, sin embargo, al pleno reconocimiento y eficacia de la consecuencia directamente civil que tienen esas circunstancias, manifestada en la sanción de la nulidad absoluta, provocada por la ilicitud del objeto. Al efecto, no debemos olvidar la relevancia que el legislador y la jurisprudencia han atribuido a la nulidad absoluta como máxima sanción de ineficacia contemplada en el ordenamiento, cuyo propósito es el resguardo de intereses generales propios de la sociedad toda; y debe tenerse en consideración que esos mecanismos de tutela, por su propia naturaleza y características, no parecen excluir la aplicación de la nulidad absoluta por vía general.

Más aún, no debe perderse de vista que, en ciertas situaciones (*v. gr.* de impugnarse una estipulación que confiere jurisdicción a una "comisión espe-

[60] Otro ejemplo podría ser la estipulación mediante la cual una controversia suscitada en Chile, fuera sometida al conocimiento de un cónsul de una nación extranjera dentro de la república. De hecho, esa situación es evocada en diversos pasajes de la obra de Andrés Bello, previamente citada.

cial" por vía del recurso de protección) nos enfrentaremos a resoluciones que solo producen cosa juzgada formal y, por consiguiente, son susceptibles de un pronunciamiento de fondo en juicio de lato conocimiento, el que debiera sustentarse sobre las bases de la nulidad absoluta que consagra el art. 1682, en relación con el vicio de ilicitud del objeto del art. 1462.

VI. Análisis crítico de las posiciones doctrinarias sustentadas en torno al sentido y alcance del ejemplo utilizado por el art. 1462

A la luz de lo anterior, nos parece posible hacer un examen crítico las dos posiciones doctrinarias que se han sustentado para dar explicación al ejemplo que utiliza el art. 1462, así como de sus argumentos.

La crítica fundamental que puede hacerse a ambas posiciones consiste, justamente, en el hecho de que ellas han debatido sobre una premisa incorrecta: discutir si es que el ejemplo del art. 1462 permite o no someterse de manera válida a una jurisdicción extranjera, en circunstancias que el ejemplo empleado es mucho más limitado, refiriéndose solo al sometimiento a jurisdicciones no reconocidas, para que estas conozcan en Chile, de una determinada controversia.

Ahora bien, en lo que se refiere a los planteamientos de la doctrina minoritaria, es efectivo que la protección de la soberanía nacional, manifestada en el ejercicio de la jurisdicción, constituye el fundamento que está detrás de la disposición según la cual "la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto".

A tal efecto, recordemos que Luis Claro Solar indicaba:

> "La Constitución política de la República tiene establecido que la soberanía reside en la Nación que delega su ejercicio en las autoridades que establece; y establecido se halla en ella que las causas civil y criminales que puedan suscitarse están sometidas a los tribunales de justicia o pueden ser sometidas a la resolución de árbitros o de arbitradores designados al efecto en cada caso. Por consiguiente, es contraria al orden público la estipulación con arreglo a la cual el promitente ha aceptado someterse en Chile a una jurisdicción extranjera o no reconocida por las leyes chilenas, lo que vendría a dar injerencia o intervención en Chile a una judicatura extranjera, contrariando la soberanía chilena"[61].

[61] Claro (1937), p. 289.

El planteamiento de Luis Claro Solar es acertado, incluso, en su última parte, en la medida que entendamos que –conforme al recto entendimiento de la disposición, que creemos haber asentado previamente– lo que no es permitido es que, dentro de Chile se ejerza jurisdicción por algún órgano jurisdiccional, sea nacional o extranjero, al que la ley no le haya investido de esa potestad.

En línea con lo que se viene explicando es que nos parece que la habitual invocación que se hace del caso Echeverría con Club Hípico, es equivocada para sostener que el ejemplo del art. 1462 prohíbe someter una controversia a una judicatura extranjera[62].

En efecto, el caso trataba sobre una demanda deducida contra el Club Hípico por el propietario de una yegua, a efectos que se declarara que el orden de llegada de una carrera, para efectos del pago del premio y apuestas correspondientes, daba como ganadora a aquella; por su parte, el Club Hípico había deducido un incidente de "incontestación" de la demanda, aludiendo a que –conforme a las disposiciones de su reglamento– las cuestiones que suscitaran las carreras que hayan tenido lugar debían ser falladas por los tribunales establecidos por la institución.

El cons. 3° del fallo –citado habitualmente– no constituye el motivo decisorio que tuvo en vista la Excma. Corte para acoger el recurso; por el contrario, la sentencia razonó que las comisiones o personas designados por el reglamento del Club para resolver controversias, constituían una jurisdicción no reconocida, en el sentido de que se determinó que ellos no tenían el carácter de verdaderos árbitros.

De este modo, la resolución de la Excma. Corte se aviene con el criterio que ya hemos expuesto, en el sentido de que estimó que un mecanismo de resolución de disputas, establecido para tener lugar dentro del territorio chileno, no estaba reconocido por las leyes nacionales, por cuanto no se trataba de verdaderos árbitros; motivo por el cual se encontraba comprendida en la situación que establece el ejemplo del art. 1462. Como dijimos, en la terminología jurídica actual, la Corte bien podría haber sostenido que se trataba allí de una "comisión especial", que por su naturaleza, corresponde a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas.

[62] Véase Vial (2003), p. 166. En sentido ambiguo, sobre la base de esta misma sentencia, Arturo Alessandri Besa se limita a sostener que "para que se pueda desconocer la competencia a que se refiere este fallo, es menester que en un acto o contrato, una persona se obligue a someterse a otros tribunales no reconocidos por las leyes chilenas". Alessandri (2010), p. 150; mientras que Avelino León manifiesta que toda estipulación que desconozca las normas de competencia y jurisdicción que el *Código Orgánico de Tribunales* confiera para conocer las controversias del orden temporal, es nula por ilicitud del objeto. León (1983), p. 45.

Lo mismo puede sostenerse del caso D.F.C. Walter con don Alejandro Lamas, en que la Iltma. Corte de Santiago confirmó que no estaba constituida con arreglo a la ley, en conformidad con el art. 1462, la estipulación que sometía la controversia a árbitros "bajo la presidencia del cónsul de Alemania".

En ese caso, se entiende que la Corte concluyó que el dicho cónsul constituía una jurisdicción, que, si bien asentada en Chile, no estaba reconocida por las leyes chilenas; de forma tal que la nulidad de lo estipulado no tenía relación con el sometimiento a una jurisdicción extranjera, sino con el sometimiento a una jurisdicción asentada en Chile, pero no reconocida por nuestra legislación[63].

En línea con lo indicado, se ha sostenido:

> "el ejemplo de objeto ilícito contenido en el artículo 1462 del Código Civil, en cuanto es nula, por vicio del objeto, la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, no se refiere a los tribunales extranjeros, que no tienen por qué ser reconocidos por las leyes chilenas, sino a jurisdicciones privadas establecidas en Chile, distintas de los tribunales ordinarios o especiales consultados en el artículo 5º del Código Orgánico de Tribunales. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, en sentencia de 20 de diciembre de 1905, cuando desconoció la posibilidad de que una demanda de cobro de pesos fuese llevada a un tribunal privado de una sociedad constituida en Chile y no a los tribunales ordinarios de justicia"[64].

Por su parte, como decíamos, se ha impuesto como doctrina dominante –con un alcance aparentemente general– la idea que "la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas" no se refiere a las jurisdicciones extranjeras, sino que solo estaría prohibido someterse a aquellas jurisdicciones "no reconocidas" por la ley nacional.

Nos parece que, bajo el pretexto de sostener que las jurisdicciones extranjeras estarían reconocidas en la ley chilena –afirmación que no es de recibo, como expondremos a continuación– este entendimiento termina vaciando de contenido a la expresión de que se sirve la ley. En efecto, por la vía de sostener el pleno reconocimiento de la jurisdicción extranjera, la doctrina y jurisprudencia actualmente dominante han evitado explicar cuáles serían las jurisdicciones que en la actualidad "no reconoce" la legislación chilena, o

[63] Los escritos de Andrés Bello arrojan también luces sobre el repudio que existía en su pensamiento al establecimiento o aceptación de una jurisdicción consular dentro de la república. Véanse notas 49 y 50 de este trabajo.

[64] Albónico (1972), p. 31. En sentido similar, Villarroel y Villarroel (2015), p. 403.

si fuera el caso, han evitado sostener derechamente que no existen jurisdicciones no reconocidas en nuestro derecho.

En otros términos, pareciera que se ha dado por zanjada la discusión en torno al ejemplo utilizado por el art. 1462, sobre la pura base de afirmar que aquel no se refiere a las jurisdicciones extranjeras, las cuales estarían reconocidas – sin distinción en apariencia– por la ley nacional; cuestión que, creemos haber demostrado, no es precisa.

Por otro lado, estimamos que los argumentos que se invocan como fundamento de este entendimiento predominante también pueden ser sometidos a una revisión crítica, demostrando que aquellos no pueden servir como apoyo concluyente para sostener un pleno reconocimiento de las jurisdicciones extranjeras por parte de la ley chilena, sino que, a lo sumo, las disposiciones en comento han reconocido solo parcialmente la jurisdicción extranjera. A ello nos referiremos con detención en lo que sigue.

VII. ¿Validez de los pactos mediante los cuales las partes de un contrato someten una controversia al conocimiento, en el extranjero, de una jurisdicción extranjera?

El ejemplo del art. 1462, como hemos visto, se refiere a la situación en que las partes de un acto o contrato someten una disputa, para ser conocida dentro de la república, a la resolución de una jurisdicción que no haya sido reconocida por la ley nacional. No abarca, en cambio, la situación de las estipulaciones mediante las cuales las partes de un contrato someten sus controversias al conocimiento de una jurisdicción extranjera.

En nuestro concepto, la validez de las estipulaciones de sumisión a la jurisdicción extranjera, debe analizarse no en aplicación del ejemplo del art. 1462, sino recurriendo a la regla general que sienta el referido artículo: "hay un objeto ilícito en todo aquello que contraviene el derecho público chileno".

De este modo, deberíamos analizar en concreto, caso a caso, si el sometimiento a una jurisdicción extranjera contraviene o no el derecho público chileno.

Para ello, será necesario analizar si la ley chilena ha reconocido la jurisdicción extranjera a la cual se pretende sometimiento. Este análisis se requiere para determinar si la estipulación contravendría adjetivamente el derecho público chileno, esto es, si pugna con la normativa referida a la organización y atribuciones del Poder Judicial.

Llamamos la atención a este punto, pues en lo que se refiere al sometimiento a la jurisdicción internacional, se ha argumentado, incluso, que no existiría en Chile norma alguna que lo prohibiera o limitara expresamente[65]. Sin embargo, conforme a lo que hemos anotado, el razonamiento debe ser el inverso: tiene que existir una ley que confiera jurisdicción, sea a un tribunal nacional o internacional, para que nos encontremos ante una "jurisdicción reconocida por las leyes chilenas".

Así resulta del texto de lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución y de lo expresado en los arts. 1° y 5°, inciso primero, ambos del *Código Orgánico de Tribunales*. Por lo demás, siendo la jurisdicción una cuestión de derecho público, no rige a su respecto aquella máxima de que los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido –el principio de autonomía de la voluntad– sino, más bien, la contraria, conforme a la cual en derecho público solo puede hacerse aquello que esté a propósito permitido[66].

Si bien la casuística concreta que podría suscitarse desde esta perspectiva de análisis no constituye el propósito principal de este trabajo, este tópico sí nos permite formular –como ya se previno– una crítica a los argumentos que habitualmente se invocan por la doctrina dominante en apoyo de un pretendido reconocimiento pleno de la jurisdicción extranjera por parte de la legislación nacional.

A. En tal sentido, nos referimos primero a la habitual invocación a las normas del párrafo 2, título XIX, del *Código de Procedimiento Civil*, de las cuales emanaría un reconocimiento en apariencia cabal a la jurisdicción extranjera.

Si bien es formalmente efectivo que esas disposiciones permiten reconocer y dar fuerza a las resoluciones pronunciadas en país extranjero, no se ha profundizado en el hecho de que, a falta de tratados internacionales o reciprocidad internacional, el sistema de reconocimiento exige que la sentencia extranjera "tampoco se oponga a la jurisdicción nacional" [67], como requisito para reconocer valor y fuerza a una sentencia extranjera.

Como advertiremos entonces, el *Código de Procedimiento Civil* solo reconoce valor a la jurisdicción extranjera en cuanto ella no se oponga a la jurisdicción nacional. Lo anterior da cuenta de que el propio *Código* no re-

[65] Así, por ejemplo, se ha dicho que "Ninguna ley chilena, ni general, ni especial, les impide a las partes pactar en Chile o en el extranjero una cláusula de sumisión en favor de un tribunal arbitral extranjero". Albónico (1972), p. 31.

[66] Cfr. Villarroel y Villarroel (2015), p. 404.

[67] Art. 245 regla 2ª del *Código de Procedimiento Civil*. Con ello, se quiere significar "que no haya sido un tribunal chileno el competente" para conocer del asunto fallado por el tribunal extranjero y cuyo reconocimiento se pide. Guzmán (1997), p. 584.

conoce, por sí solo, valor a la jurisdicción extranjera, sino que solo presupone que dicha jurisdicción debe ser previamente reconocida por la ley chilena, para darle valor a la sentencia extranjera.

De esta manera, argumentar el reconocimiento de la jurisdicción extranjera sobre la base de lo reglado en el referido título del *Código de Procedimiento Civil* constituye una petición de principios, puesto que tales normas no contestan la interrogante misma: ¿qué jurisdicciones se oponen a la jurisdicción nacional? ¿Qué jurisdicciones no reconoce la ley chilena?[68].

B. Hemos dicho también que la doctrina dominante invoca el art. 318 del *Código de Derecho Internacional Privado* para sustentar el reconocimiento de la jurisdicción extranjera, disposición que señala lo siguiente:

> "Artículo 318. Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario.
>
> La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación."

En efecto, esa disposición permite a las partes someterse expresa o tácitamente, a una jurisdicción extranjera para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca. Esta última circunstancia denota desde ya una limitación, aunque sutil, al reconocimiento de la jurisdicción extranjera: solo es reconocida en la medida que una de las partes del acto o contrato sea nacional del país a que pertenezca el juez a cuya jurisdicción se pacta sometimiento; así, no sería posible –bajo el propio *Código de Bustamante*– someterse a una jurisdicción nacional distinta que aquellas en las cuales las partes tienen el carácter de nacionales.

[68] En relación con este tópico, la Corte Suprema (1999), estimó correctamente que se oponía a la jurisdicción nacional la ejecución de un laudo arbitral dictado en el Reino Unido, atendido que la misma cuestión que este había fallado, ya se había sometido al conocimiento de tribunales chilenos que se declararon competentes, por resolución que producía el efecto de cosa juzgada. Esta sentencia, sin embargo, ilustra solo de modo parcial el alcance de la frase "que tampoco se oponga a la jurisdicción nacional", puesto que solo se refiere al caso en que la jurisdicción extranjera se opone a la jurisdicción nacional por la razón contingente de que esta última ya entró a conocer válidamente de un asunto; no resuelve, por el contrario, la situación en que la oposición entre ambas jurisdicciones se oponga por una razón necesaria, proveniente de la ley, *ex ante* a que los tribunales entren siquiera a conocimiento del asunto.

Mas nos interesa destacar, en todo caso, el hecho que por lo general se omite hacer mención que el inciso segundo del art. 318 citado, expresamente prohíbe la sumisión a la jurisdicción extranjera respecto de las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si lo prohíbe la ley de su situación.

De este modo, este artículo solo reconoce la jurisdicción extranjera, de modo pleno, respecto a las llamadas acciones personales. En cambio, las acciones reales o mixtas sobre inmuebles solo admitirían la sumisión a jurisdicción extranjera en la medida que lo permita la ley de situación; respecto de estas últimas, entonces, somos nuevamente reconducidos a la ley chilena para determinar si se reconoce a su respecto la posibilidad de sometimiento a la jurisdicción extranjera.

Pues bien, estimamos que en nuestro derecho, no se admite la posibilidad de la sumisión extranjera en lo que toca a los bienes raíces situados dentro del territorio de la república; de forma tal que nuestro derecho no reconoce a la jurisdicción extranjera en lo que se refiere a las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, siendo así inaplicable la sumisión a jurisdicción extranjera conforme al art. 318 del *Código de Bustamante*.

A estos efectos, se ha afirmado que, por una aplicación analógica del criterio consagrado en el art. 16, fundada tanto en el interés público del Estado del lugar de situación del bien como también en la proximidad del juicio con dicho Estado:

> "debemos concluir que siempre que el actor pretenda ejercer una acción real sobre bienes situados en Chile, es decir, que se refiera a alguna de las materias comprendidas dentro del ius in re sobre dichos bienes, por las razones expuestas, necesariamente deberá entablar su acción ante los tribunales chilenos"[69].

A su turno, desde antiguo y de modo reiterado, la jurisprudencia ha señalado el mismo criterio para efectos de rechazar solicitudes de *exequatur* destinadas a obtener el cumplimiento en Chile de embargos o medidas precautorias decretadas sobre bienes ubicados en el territorio nacional. Así, se ha fallado:

> "estando sujetos a las leyes y autoridades chilenas los bienes situados en este país, como así lo establece el artículo 16 del Código Civil, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile, no se podría, sin quebrantar este precepto, cumplir un decreto de retención que afecta dineros que se hallan aquí situados"[70].

[69] Villarroel y Villarroel (2015), pp. 284-285.

[70] Corte Suprema (1921), pp. 141-142.

Nos permitimos agregar que la conclusión señalada viene confirmada por un antecedente legislativo concreto, que corresponde al inciso final del art 7º del D.L. n.° 1939, sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.

En efecto, ese artículo reglamenta la prohibición, por razón del interés nacional, de que nacionales de países limítrofes puedan adquirir el dominio o derechos reales, ejercer la posesión o mera tenencia, sobre inmuebles ubicados en zonas fronterizas; salvo que medie autorización mediante decreto supremo fundado del Presidente de la República. Pues bien, el referido artículo expresamente señala que las autorizaciones que pueda otorgar el Presidente

> "no conferirán privilegio de ninguna especie, no pudiendo invocarse, bajo pretexto alguno, para sustraerse de las leyes chilenas y de la jurisdicción de los tribunales nacionales".

De este modo, resulta claro que si el art. 7º del D.L. n.° 1939 señala de manera explícita que la autorización presidencial no permite sustraer de la jurisdicción nacional a los bienes raíces, ello es para ratificar que no existe la posibilidad de sustraer el conocimientos de las disputas sobre inmuebles de la jurisdicción chilena.

Por otro lado, llamamos también la atención al hecho de que el C*ódigo de Bustamante* –en su art. 423 y siguientes– consagra un sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, conforme al cual solo se reconocerá una sentencia extranjera en la medida que "no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse".

Esta disposición ratifica que, bajo el sistema de este C*ódigo*, aun cuando nos encontremos ante una controversia que adjetivamente pueda reconducirse al conocimiento de una jurisdicción extranjera, por medio de un pacto o estipulación de las partes, igualmente deberá analizarse si la disputa, en razón de la materia y en términos sustantivos, no entra en confrontación con el derecho público nacional.

C. Por último, hemos señalado que la doctrina dominante suele invocar también las disposiciones de la Ley n.° 19971 y del D.L. n.° 2349 para justificar el reconocimiento del sometimiento a las jurisdicciones extranjeras.

Pues bien, nótese que el art. 36 n.° 1 de la Ley n.° 19971 –referido a las situaciones en las cuales se podrá negar reconocimiento a un laudo arbitral internacional– en su letra b) establece que ello podrá tener lugar cuando el tribunal compruebe

> "que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje" o "que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile",

con lo que, en nuestro concepto, se ratifica de nuevo una limitación al reconocimiento de esta particular jurisdicción extranjera, en la medida que ella no satisfaga un análisis adjetivo, referido a la arbitrabilidad del conflicto, y más importante aún, sustantivo, referida a la conformidad con el orden público chileno[71].

En el mismo sentido, y refiriéndose al recurso argumentativo al D.L. n.° 2349, es de notar que –como ya indicamos– si bien su exposición de motivos pareciera dar cuenta que el sometimiento a jurisdicciones extranjeras goza de plena validez y vigencia, la doctrina ha afirmado que si el legislador estimó necesario dictar una ley especial para autorizar expresamente al Estado de Chile o sus organismos, instituciones y empresas para convenir pactos de sumisión a jurisdicción extranjera, el problema subsiste en el caso de contratos celebrados entre particulares[72].

VIII. La posición de la jurisprudencia reciente

La jurisprudencia reciente de la Excma. Corte Suprema ha seguido la doctrina dominante al momento de comprender el alcance del ejemplo consagrado en la segunda parte del art. 1462[73].

En efecto, la Excma. Corte ha resuelto que dicho precepto se limita solo a prohibir el sometimiento a jurisdicciones "no reconocidas" por las leyes patrias, cuyo no sería el caso de las jurisdicciones extranjeras, indicando:

> "si bien se ha discutido la validez de la sumisión a una jurisdicción extranjera pactada entre particulares, lo cierto es que en el ejemplo que se da en el precepto recién citado lo que se prohíbe, es someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, puesto que las

[71] Esto explica, creemos, el actual texto del art. 29 del D.F.L. n.° 251, modificado por la Ley n.° 20667. La disposición indica, en su inciso primero: "Las cuestiones litigiosas que se susciten con motivo de los contratos de seguros directos y reaseguros sujetos a esta Ley, serán sometidas a la jurisdicción chilena, siendo nulo todo pacto en contrario"; pero en su inciso segundo, señala: "no obstante, producida una controversia sobre reaseguros, las partes podrán acordar que ella se resuelva conforme a las normas sobre arbitraje mercantil internacional previstas en la ley chilena". Hay aquí una disposición que, en virtud de consideraciones propias del orden público chileno, impedía la sumisión a la jurisdicción extranjera; pero que por razones de conveniencia del tráfico, estableció una excepción reconociendo validez a la jurisdicción arbitral internacional que Chile ha recogido. Lo relevante es que esto último lo ha hecho expresamente.

[72] Vial (2003), p. 166.

[73] Aguirrezábal, Pérez y Romero (2011), pp. 441-443.

> jurisdicciones extranjeras si se encuentran reconocidas por las leyes chilenas como aparece de los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil"[74].

En el mismo sentido, de modo más reciente, la Corte ha negado la existencia de impedimentos de eficacia a las estipulaciones mediante las cuales se adscribe competencia a un tribunal extranjero[75].

A tales efectos, la Corte Suprema ha sustentado su comprensión precisamente en el conjunto de normas ya reseñadas, señalando:

> "que nuestro legislador ha reconocido la posibilidad de someterse a la jurisdicción de otros países bajo ciertas condiciones en relación a la materia, las personas y carácter de los tribunales llamados a resolver. En este sentido se encuentra dispuesto en el artículo 318 del Código de Derecho Internacional Privado, en la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, en el Decreto Ley 2349 de 28 de octubre de 1978 y en la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, que entró en vigencia el 29 de septiembre de 2004"[76].

En particular, la Excma. Corte ha reconocido la vigencia y validez de los pactos que someten controversias al arbitraje internacional, exponiendo

> "la jurisdicción y competencia que tenía el juez árbitro para decidir la controversia fue derivada de la voluntad de las propias partes, manifestada libre y espontáneamente en las cláusulas compromisorias. Estos pactos de arbitraje reúnen los requisitos establecidos por el artículo 7° de la Ley 19.971 para tener validez en Chile, puesto que el artículo 113 inciso 2° del Código de Comercio faculta a las partes para sustraerse de las disposiciones de las leyes de la República, de manera que corresponde rechazar el reproche del oponente relativo a que el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral sería contrario al orden público chileno"[77]; y que "el ordenamiento nacional reconoce explícitamente la posibilidad que los particulares estipulen someter las controversias que de la aplicación de un contrato internacional pudieran derivarse, al conocimiento de tribunales extranjeros, sean ellos ordinarios o arbitrales"[78];

[74] Corte Suprema (2006).
[75] Corte Suprema (2017).
[76] Corte Suprema (2007b).
[77] Corte Suprema (2017).
[78] Corte Suprema (2008).

reconociendo, incluso, una jurisdicción extranjera particular, correspondiente a una forma de arbitraje internacional de carácter institucional pero proveído por una asociación gremial[79].

De lo anterior, puede advertirse que –planteada la cuestión sobre la validez del pacto de sumisión a una jurisdicción extranjera– la Corte se ha manifestado por la afirmativa. El criterio ha sido sustentado, de forma indistinta, sobre la base del propio art. 1462, invocado en el entendimiento que, por "jurisdicciones no reconocidas", no se refiere a jurisdicciones extranjeras, aunque sin desarrollar mayormente el punto o, bien, recurriendo a la invocación de los considerandos del D.L. n.° 2349, de lo estatuido en el título XIX del *Código de Procedimiento Civil*, en el art. 318 del *Código de Bustamante*, o en la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, normas sobre las cuales ya hemos expuesto nuestro comentario.

Las decisiones que comentamos aplican, en nuestro concepto, una fundamentación equivocada para dar correcta resolución a los casos que le fueron planteados.

En efecto, como hemos expuesto en este trabajo, consideramos que ni el ejemplo del art. 1462 reglamenta la cuestión sometida a la resolución de la Excma. Corte, ni las demás disposiciones que ella invoca permiten conferir un pleno o irrestricto reconocimiento al valor de los pactos mediante los cuales se somete una controversia al conocimiento de una jurisdicción extranjera.

Sin embargo, la solución a que en cada caso llega el Máximo Tribunal es en último término correcta, en el entendido que ante ella se ventilaba la discusión a propósito de los que la Corte denomina "contratos internacionales"[80], calificando como tales aquellos en que es

> "posible la aplicación de distintos sistemas jurídicos, en especial por el desplazamiento de un Estado a otro para el cumplimiento de la prestación o que las partes se encuentren localizadas en el territorio de diferentes países",

sobre la base de la nacionalidad, domicilio o residencia de las partes; el lugar de la negociación, celebración del contrato o ejecución de sus obligaciones; o de cualquier otro punto que vincule a las partes y le sean relevantes[81].

[79] Corte Suprema (2018a). En un sentido idéntico, Corte Suprema (2018b).

[80] Nótese que en varios de esos casos la Corte se encontró dividida en cuanto a la calificación de internacional de los respectivos contratos. Atendido que la calificación jurídica que correspondía hacer de los mismos excede el propósito de este trabajo, la corrección del mérito de lo fallado por la Excma. Corte se analiza dando por buena esa calificación.

[81] Corte Suprema (2006); Corte Suprema (2008).

Sobre los contratos internacionales, parece existir consenso en que está admitida la posibilidad de someterse válidamente a una jurisdicción extranjera. En cambio, la doctrina ha manifestado que la cuestión "es a lo menos discutible cuando no se trata de un contrato internacional"[82].

Desde otra perspectiva, en todos los casos analizados previamente la Corte Suprema se enfrentó al reconocimiento de sentencias arbitrales dictadas por tribunales extranjeros que tenían tal carácter o, bien, a la incompetencia declarada respecto de los tribunales nacionales, por el hecho de existir cláusulas compromisorias de carácter internacional.

Como hemos apreciado anteriormente, a la luz de lo dispuesto por la Ley n.° 19971 –vigente al momento de conocerse todos esos asuntos– conforme a la ley chilena resultaba posible que tales casos hubieran sido fallados por tribunales arbitrales extranjeros. Así, como dicha jurisdicción estaba reconocida por la ley chilena, no se suscitaba la aplicación del ejemplo del art. 1462, cualquiera fuere el entendimiento que se diera a este.

Bibliografía

Aguirrezábal, Maite, Álvaro Pérez y Alejandro Romero (2011). "Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil internacional: un examen desde la justicia procedimental y el debido proceso en el Derecho positivo chileno", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, tomo xxxvi, Valparaíso.

Albónico, Fernando (1972). "Régimen internacional de los contratos por correspondencia", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo lix, 1ª parte, Santiago.

Alessandri Besa, Arturo (2010). *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, 3ª ed. actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo i.

Alessandri R., Arturo, Manuel Somarriva, Antonio Vodanovic (1990). *Derecho civil. Parte preliminar y parte general*, 5ª ed., Santiago: Ediar Conosur Ltda., tomo primero.

Amunátegui, Carlos (2019). *Código Civil de Chile*, Valencia: Tirant Lo Blanch.

Barrientos Grandón, Javier (2013). *Código Civil*, 2ª ed., Santiago: Legal Publishing, tomo ii.

Bello, Andrés (1832) *Principios de Derecho de Jentes*. Disponible en http://libros.uchile.cl/185 [fecha de consulta: 28 de octubre de 2019].

[82] Domínguez (2012), p. 135. En el mismo sentido se expresa el voto de minoría de Corte Suprema (2006), donde se expuso "Que en un contrato que no tiene carácter internacional no resulta lícito y es contrario a derecho interno, someter las posibles controversias a una jurisdicción internacional, pues conforme a ello se estaría privando del ejercicio de la soberanía nacional a ciertos y determinados litigios, lo que el legislador no permite".

Bello, Andrés (1885a). *Obras completas. Volumen ix: Opúsculos jurídicos. Administración de justicia*, Santiago.

Bello, Andrés (1885b). *Obras completas. Volumen x: Derecho internacional*, Santiago.

Claro Solar, Luis (1937). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Tomo undécimo, De las obligaciones II*, Santiago: Imprenta Nascimento.

Colombo, Juan (2004). *La competencia*, 2ª ed. actualizada y aumentada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Concha, Ricardo (2010). "El objeto ilícito contrario al Derecho Público (artículo 1462 del Código Civil)", en Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Concepción (coord.). *Estudios de Derecho Civil V*, Santiago: Legal Publishing.

Contardo, Juan Ignacio (2019). "Contrato de transacción contrario al derecho público chileno celebrado por una municipalidad con un funcionario. Procedencia de la nulidad absoluta en desmedro de la nulidad de derecho público. Corte Suprema: Roles N° 15943-2016, 24 de mayo de 2016; N° 14333-2016, 19 de mayo de 2016; N° 6809-2016, 19 de mayo de 2016; N° 10528, 29 de marzo de 2016; N° 21898-2015, 24 de marzo de 2016; N° 17893-2015, 10 de marzo de 2016; N° 14276-2014, 30 de octubre de 2014", en *Ius et Praxis*, año 25, n.° 1, Talca.

Domínguez Águila, Ramón (2012). *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed. actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Escriche, Joaquín (1842). *Diccionario razonado de legislación*, Madrid: Librería de Calleja e hijos.

Eyzaguirre, Rafael (1981). *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Guzmán, Diego (1997). *Tratado de derecho internacional privado*, 3ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Guzmán, Diego (2008). "Valor en Chile de las cláusulas contractuales de elección de ley extranjera y de sumisión a tribunales extranjeros", en Eduardo Picand (coord. académico). *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Santiago Benadavia*, Santiago: Librotecnia, tomo ii.

León Hurtado, Avelino (1983). *El objeto en los actos jurídicos*, 2ª ed. actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Lübbert, Valeria (2011). "El derecho a no ser juzgado por comisiones especiales: análisis crítico de jurisprudencia", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.° 15.

Monsálvez, Aldo (2008). "Validez de las cláusulas de electio forum en los contratos internacionales. A propósito del caso State Street Bank Trust v. Inversiones Errázuriz Limitada", en Eduardo Picand (coord. académico). *Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Santiago Benadavia*, Santiago: Librotecnia, tomo ii.

Ramírez, Mario (2013). *Derecho internacional privado*, Santiago: Legal Publishing.

RAE (2019). *Diccionario de la lengua española*, edición del tricentenario. Disponible en https://dle.rae.es/ [fecha de consulta, octubre de 2019].

Vásquez, María Fernanda (2011). "Recepción del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial. Una revisión ineludible", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 n.° 2.

Velasco, Eugenio (1941). *El objeto ante la jurisprudencia*, Santiago: Imprenta Nascimento.

Vial, Víctor (2003). *Teoría general del acto jurídico*, 5ª ed. actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Villarroel, Carlos y Gabriel Villarroel (2015). *Derecho internacional privado*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Normas citadas

Los códigos españoles concordados y anotados, tomo sétimo, Novísima Recopilación de las Leyes de España (1850), Madrid: Imprenta de la Publicidad, tomo i.

Los códigos españoles concordados y anotados, tomo noveno, Novísima Recopilación de las Leyes de España (1850), Madrid: Imprenta de la Publicidad, tomo iii.

Proyectos de Código Civil. Disponibles en www.memoriachilena.gob.cl/archivos2/pdfs/MC0064761.pdf [fecha de consulta 28 de octubre de 2019].

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Código Orgánico de Tribunales

Código de Derecho Internacional Privado, decreto n.° 374, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, 25 de abril de 1934.

Decreto ley n.° 1939, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, de 10 de noviembre de 1977.

Decreto n.° 232, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, de 15 de abril de 1994.

Jurisprudencia nacional

Corte de Apelaciones de Concepción (1956). 8 de octubre de 1956, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 53, sec. 2ª.

Corte de Apelaciones de Santiago (1885). "D.F.C. Walter con don Alejandro Lamas, sobre cobro de un seguro", 14 de septiembre de 1885, en *Gaceta de los Tribunales*, año 1885, Santiago, sentencia 2445.

Corte Suprema (1905). Echeverría con Club Hípico, 20 de diciembre de 1905, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo iii, sec. 1ª, Santiago.

Corte Suprema (1909). Folch Quiroz con Fisco, 11 de octubre de 1909, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo VII, sec. 1ª, Santiago.

Corte Suprema (1921). Brasevich con Barberich, 13 de enero de 1921, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XX, sec. 1ª, Santiago.

Corte Suprema (1947). Massoni con Mendoza, 29 de diciembre de 1947, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLV, sec. 1ª, Santiago.

Corte Suprema (1999). Rol n.° 2087-1999. Sociedad Naviera Transpacific Steamship Ltda. con Compañía de Seguros Euroamérica S.A., 18 de octubre de 1999.

Corte Suprema (2006). Rol n.° 3247-2006. Mauricio Hochschild S.A.C.I. con Ferrostaal A.G., 22 de enero de 2008.

Corte Suprema (2007a). Rol n.° 5864-2006. Cortés Delgado Luis y otros con Mahura Corporation, 2 de octubre de 2007.

Corte Suprema (2007b). Rol n.° 2349-2005. State Street Bank and Trust Company con Inversiones Errázuriz Limitada y otras, 14 de mayo de 2007.

Corte Suprema (2008). Rol n.° 2026-2007. Marlex Ltda. Con European Industrial Engineering", 28 de julio de 2008.

Corte Suprema (2015). Rol n.º 2581-2015. Fisco de Chile con SERVIU Metropolitano, Consorcio Kodama Limitada, 10 de diciembre de 2015.

Corte Suprema (2016). Rol n.° 5615-2015. Peralta Valenzuela Ricardo y otro con Inmobiliaria e Inversiones Barel Ltda., 1 de agosto de 2016.

Corte Suprema (2017). Rol n.° 82442-2016. Almendra y Miel S.A. con Gallegos Davico Gonzalo Luis, 30 de noviembre de 2017.

Corte Suprema (2018a). Rol n.° 37980-2017. Schreiber International Foods con Agropesca S.A., 20 de junio de 2018.

Corte Suprema (2018b). Rol n.° 41841-2017. Ramírez con Pesquera Villa Alegre S.A., 26 de junio de 2018.

Jurisprudencia internacional

Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica (1794). Glass v. The Betsey, 3 U.S. 3 Dall. 6.

Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica (1807a). Rose v. Himely 8 U.S. 241, 2 L. Ed. 608, 4 Cranch 241.

Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica (1807b). Hudson v. Guestier 8 U.S. 293, 2 L. Ed. 625, 4 Cranch 293.

Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica (1812). The Exchange v. McFaddon, 11 U.S. 7 Cranch 116.

LA AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO COMO HERRAMIENTA DE FOMENTO AL EMPRENDIMIENTO: EXPERIENCIA EUROPEA, ESPECIALMENTE EN ESPAÑA

THE ECONOMIC INTEREST GROUPING AS A TOOL FOR PROMOTING ENTREPRENEURSHIP: EUROPEAN EXPERIENCE, ESPECIALLY IN SPAIN

Alejandro Lagos Torres[*]

Resumen: Se analiza la Agrupación de Interés Económico en España y la Unión Europea, tanto en sus aspectos jurídicos como en sus beneficios sobre el mercado para empresas y consumidores. Se estudian también usos propios de la economía del siglo xxi, inexistentes cuando fue implementada, y se evalúa la percepción que de ella se tiene en España.

Palabras clave: Agrupación de Interés Económico, emprendimiento, cooperación, eficiencia.

Abstract: The Grouping of Economic Interest in Spain and the European Union is analyzed, both in its legal aspects and in its benefits on the market for companies and consumers. The uses of the economy of the 21st century, which did not exist when it was implemented, are also studied, and the perception of it in Spain is evaluated.

Keywords: Economic Interest Grouping, entrepreneurship, cooperation, efficiency.

[*] Abogado, profesor de Derechos Fundamentales, Universidad del Desarrollo sede Concepción; Magíster en Derecho de la Empresa Mención en Derecho Tributario, Universidad del Desarrollo; Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas, Universidad de Salamanca, España. Correo electrónico: af.lagos@udd.cl

I. Introducción

Existe desde hace ya tres décadas en la Unión Europea una figura societaria que tiene por objetivo promover la cooperación entre empresas, pero que de forma extraña no ha sido todo lo utilizada que se esperaría al estudiar las múltiples ventajas y beneficios que aporta a los asociados. Es la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), y la Agrupación de Interés Económico (AIE) en el caso de su recepción en el derecho mercantil español[1]. La idea original era generar una estructura jurídica que soportara una asociación de empresas para desempeñar una actividad auxiliar al objeto principal de los asociados, sin perseguir fin de lucro en sí misma, para así facilitar la cooperación entre empresas, buscando en última instancia fomentar el emprendimiento y aumentar la eficiencia empresarial, especialmente en beneficio de las Pymes. En el caso de la AEIE, se trató, además, de la primera entidad creada en el ámbito europeo[2] para fomentar la iniciativa mercantil privada.

Emprender es difícil, no solo porque se requiere contar con habilidades y actitudes que favorecen el trabajo independiente, sino, además, porque iniciar un negocio es una aventura onerosa y de largo aliento, el acceso a financiación es caro y complejo, y el retorno tarda tiempo en manifestarse, mientras que, en general, la mayoría de las personas no están dispuestas a esperar, en una clara manifestación de un sesgo en favor del presente. A su vez, la velocidad de la vida contemporánea, potenciada por la revolución tecnológica, genera que el ser humano sienta aun con mayor intensidad esta preferencia por el presente, producto de lo cual se muestra reacio a invertir recursos hoy para cosechar beneficios en el futuro, aun cuando dicha postergación de beneficios le genere en términos absolutos un mayor nivel de bienestar.

¿Por qué estudiar hoy la AIE, transcurridos más de treinta años de vigencia en Europa? Ha parecido interesante su estudio no solo porque no existe en Chile, sino que, además, por las grandes dificultades que enfrenta todo emprendedor para trabajar, mayores aun en el caso de iniciativas sin fines de lucro, y ahora peores con la recesión mundial producida por la pandemia de Coronavirus. Además, si bien se suelen destacar los positivos resultados económicos que ha experimentado Chile en las últimas décadas, presentándose al país prácticamente como si se tratara de una economía

[1] Se usará la sigla AEIE para referirse exclusivamente a la entidad europea, y la sigla AIE para hablar de manera indistinta de la variante española y de la agrupación de interés económico en términos generales.

[2] Cuando se creó la AEIE en 1985 no existía la Unión Europea, sino que era la Comunidad Económica Europea (CEE).

desarrollada, lo cierto es que aún falta mucho por recorrer para que esta apariencia realmente se concrete, como también se observa una falta de políticas públicas que promuevan en la población una cultura general de la colaboración.

Se dice que las Pymes constituyen el fundamento de la economía de la Unión Europea, dado que el 99% de las empresas de Europa tienen un tamaño inferior a 250 trabajadores y, de ellas, la microempresa, la que cuenta entre cero y nueve empleados y factura como máximo dos millones de euros al año, es mayoritaria en la Unión Europea al representar el 93% del total de las empresas de Europa, y genera, además, un tercio del empleo y una cuarta parte de la facturación total[3].

Son varias las razones que han hecho necesaria la intervención de los organismos públicos y de la Unión Europea en favor de las Pymes. En primer lugar, sus características intrínsecas las hacen más vulnerables, especialmente en los primeros años, pues casi la mitad de ellas de la Unión desaparecen en los primeros cinco años de funcionamiento. Los principales factores que determinan esta vulnerabilidad son un entorno legal, fiscal y administrativo cada vez más complejo, la dificultad para acceder a programas y actividades de investigación y para incorporar sus resultados, la debilidad estructural de su capacidad de gestión, problemas de acceso a la financiación a un costo razonable, tanto en la fase de puesta en marcha como en fases de expansión, y la existencia de barreras para acceder a los mercados de bienes y servicios. De todos modos, esta problemática no las afecta por igual a todas, ya que dentro de la Unión existe una gran heterogeneidad en razón de sus tamaños y según los países. Así, en los países del sur las empresas tienden a ser mucho más pequeñas que el promedio europeo, y son mucho más numerosas las microempresas. Por el contrario, las empresas alemanas, luxemburguesas, holandesas y austriacas poseen un tamaño medio muy superior al resto, donde, incluso, duplican en tamaño medio y triplican en facturación media a las empresas del sur[4].

Nótese que la construcción del mercado interior de la Unión ha cambiado los puntos de referencia de las empresas europeas y les plantea desafíos específicos, pues, por ejemplo, las Pymes tienen mucho que ganar con la desaparición de los obstáculos a los intercambios intracomunitarios, ya que tanto las formalidades burocráticas como las diferencias en reglamentos y normas nacionales tienen un costo proporcionalmente mucho más elevado para ellas que para las grandes empresas.

Además, su estructura financiera genera cargas y gastos superiores a los de las grandes empresas, consecuencia de una mayor infracapitalización

[3] Jordán (2013), p. 450 ss.

[4] *Ibid*.

en Europa y América Latina respecto a la estadounidense, una mayor dependencia de fondos ajenos y de financiación oficial directa que las grandes empresas, una gran dependencia de los bancos como fuente principal de obtención de los recursos ajenos, situación que mostró toda su crudeza con la crisis económica de los años 2008-2013 en los países del sur, y una alta proporción de créditos a corto plazo. De todos modos, no se puede generalizar su problemática financiera, ya que las necesidades varían según el tipo de empresa, su tamaño, y el momento del "ciclo vital" en el que se encuentre[5].

A todos estos factores, se debe agregar el escaso espíritu emprendedor, pues solo el 45% de los europeos afirma que le gustaría trabajar por cuenta propia, frente al 55% que asevera lo mismo en Estados Unidos[6], un entorno empresarial que no fomenta la creación de empresas y su crecimiento, caracterizado por una fragmentación persistente de la normativa y un exceso de burocracia para iniciar una actividad, la capacidad limitada de las Pymes para adaptarse a una economía baja en carbono y eficiente en el uso de la energía y de los recursos, debido a unos medios financieros y una competencia limitados, como también su limitada capacidad para abrirse a mercados extranjeros dentro y fuera del mercado único.

Por último, tienen una importancia estratégica respecto a los objetivos de creación de empleo y de cohesión económica y social, en conexión con la política de cohesión de la Unión Europea, pues contribuyen de manera significativa a la creación de empleo en las regiones menos desarrolladas, dado que allí son mayoritarias. Por el contrario, en las regiones en declive industrial, tradicionalmente menos dependientes de las Pymes, se necesita estimular la creación de ellas que sustituyan a las grandes empresas en reconversión.

La globalización de los mercados, el aumento de la competencia a escala internacional y el cambio tecnológico surgen como nuevos parámetros orientadores del comportamiento organizacional, donde la revisión de la dimensión empresarial a través de la búsqueda de estructuras más eficientes se convierte en la práctica en imperativa. Aunque las fórmulas son múltiples, la cooperación emerge cada vez con más fuerza, siendo objeto de un gran impulso en las últimas décadas, de modo que se generaliza en todos los sectores de la economía y amplía su campo de acción a todo tipo de instituciones[7].

Surge así la AEIE como un nuevo instrumento de cooperación internacional dotado de gran flexibilidad, con capacidad jurídica completa, independiente de sus integrantes, que puede ser constituida sin un capital

[5] Jordán (2013), p. 450 ss.

[6] *Ibid*.

[7] González (1998), p. 585.

social, y cuya finalidad es facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, con la que debe estar vinculada y ser auxiliar, mas no la de realizar beneficios para sí misma. Resulta interesante advertir que el primer ente creado por el derecho comunitario sea precisamente una fórmula de cooperación internacional cuyo propósito principal es incentivar la colaboración entre agentes económicos de cualquier envergadura y de cualquier sector de actividad, aunque, en particular, entre las Pymes de los Estados miembros[8], la cual nace ante las dificultades surgidas para la puesta en marcha de otras iniciativas como la Sociedad Europea, la Asociación Europea, la Sociedad Cooperativa Europea o la Mutualidad Europea. Se usará como ejemplo de una AIE nacional exclusivamente el caso español.

II. La institución original: la Agrupación Europea de Interés Económico

Creada por el reglamento de la entonces Comunidad Económica Europea n.° 2137/85 de 25 de julio de 1985, fue diseñada para facilitar a las empresas de diferentes países hacer negocios juntos o para formar consorcios para participar en programas de la Unión Europea[9]. Sus actividades deben ser complementarias a las de sus miembros y, al igual que en una asociación, todo beneficio o pérdida que se produzca se atribuye a sus miembros. Se basa en la figura jurídica francesa Groupement d'intérêt économique regulada en los arts. L251-1 a L252-12 del *Código de Comercio* francés, con un carácter de asociación, no de sociedad[10]. Se trata de una respuesta a la necesidad de dotar a las empresas, en especial las Pymes, de una estructura jurídica que les permitiera adaptarse a la continua expansión que están experimentando los mercados, pero conservando la personalidad y autonomía de los participantes.

Como instrumento de cooperación, no puede sustituir a sus miembros ni absorber en su totalidad su actividad, teniendo como fin solo desarrollar una actividad auxiliar y vinculada con sus miembros[11], donde "auxiliar" no debe interpretarse como "secundaria", ni en términos excesivamente restrictivos que podrían privar de utilidad a la figura. Como no persigue fines de lucro en sí misma, los resultados que genere se consideran pertenecientes a sus socios y deberán ser repartidos entre ellos en la proporción que haya sido prevista en el contrato o, en su defecto, por partes iguales. Este hecho no se

[8] González (1998), p. 585.
[9] Baz (1996), p. 31 ss.
[10] Campuzano (2014), p. 81.
[11] Art. 3.1 del reglamento.

conforma como una prohibición de obtención de resultados positivos, incluso de manera reiterada, sino que impone su carácter accesorio con respecto a la actividad de la agrupación. En contrapartida, debe hacerse presente que el reglamento no confiere un eventual derecho a participar en una AEIE.

La AEIE no puede[12]:

a) ejercer, directa o indirectamente, el poder de dirección o de control de las actividades propias de sus miembros o de las actividades de otra empresa, en particular en los sectores relativos al personal, las finanzas y las inversiones;
b) poseer, directa o indirectamente, por cualquier título, ninguna participación o acción, en cualquier forma, en una empresa miembro; la posesión de participaciones o de acciones en otra empresa solo es posible en la medida en que es necesaria para alcanzar el objetivo de la agrupación y si tiene lugar por cuenta de sus miembros;
c) emplear más de quinientos asalariados;
d) ser utilizada por una sociedad para efectuar un préstamo a un directivo de una sociedad o a cualquier otra persona relacionada con él, cuando tales préstamos están sujetos a restricción o a control según las leyes de los Estados miembros aplicables a las sociedades; una agrupación tampoco debe utilizarse para la transferencia de un bien entre una sociedad y un directivo, o cualquier otra persona relacionada con él, excepto en la medida permitida por las leyes de los Estados miembros aplicables a las sociedades. Para los fines de la presente disposición, el préstamo engloba cualquier operación de efecto similar y el bien puede tener un carácter mobiliario o inmobiliario y
e) ser miembro de otra AEIE.

Se regirá primero por las normas imperativas del reglamento y de la legislación nacional del Estado sede dictadas en ejecución de la norma europea que resulten aplicables, luego por las cláusulas del contrato y las decisiones adoptadas por los socios sobre puntos no regulados imperativamente por el reglamento y la legislación nacional de ejecución y, por último, por las normas dispositivas del reglamento y de la legislación nacional no modificadas por el contrato o por decisiones de los asociados[13]. En consecuencia, la legislación nacional de la AIE tiene carácter subsidiario en relación con las AEIE que se domicilien en España, por lo que en todo lo que no esté previsto en el reglamento les será aplicable la ley española de AIE.

Ostenta un carácter transnacional y europeo, ya que se exige que al menos dos de sus miembros tengan su administración central o ejerzan su

[12] Art. 3.2 del reglamento.
[13] Baz (1996), p. 61 ss.

actividad principal en Estados miembros diferentes. Solo podrán ser miembros de una agrupación[14]:

a) las sociedades y demás entes jurídicos de derecho público o privado, constituidos de conformidad con la legislación de un Estado miembro, que tengan su sede estatutaria o legal y su administración central en la Comunidad y
b) las personas físicas que ejerzan una actividad industrial, comercial, artesanal, agrícola, de profesión liberal o de otros servicios en la Comunidad.

A su vez la agrupación deberá componerse al menos:

1. De dos sociedades u otros entes jurídicos que tengan su administración central en Estados miembros diferentes
2. De dos personas físicas que ejerzan su actividad con carácter principal en Estados miembros diferentes o
3. De una sociedad o de otro ente jurídico y de una persona física de la que la primera tenga su administración central en un Estado miembro y la segunda ejerza su actividad con carácter principal en un Estado miembro diferente.

Cualquier Estado miembro puede excluir o restringir por razones de interés público, la participación en una agrupación de algunas clases de personas físicas, de sociedades o de otros entes jurídicos. En consecuencia, la AEIE puede constituirla cualquier persona física o jurídica, como sociedades, asociaciones, corporaciones, fundaciones, incluso entes públicos o semipúblicos, con tal que realice alguna actividad económica, entendida esta en su concepto más amplio como actividad industrial, comercial, artesanal, agrícola o, incluso, una profesión liberal, y de que esté vinculada a la Comunidad Europea, pudiendo ejercer cualquier actividad siempre que esté relacionada de forma directa con la de sus miembros y tenga carácter auxiliar a ella.

Esta figura reviste una amplia flexibilidad, y se confiere extensa libertad a los socios para organizar sus relaciones contractuales y el funcionamiento interno. El proceso de constitución consta de dos actos: el contrato y el registro. Aunque es cierto que con estos dos actos basta para que la agrupación se entienda válidamente constituida, es necesario para garantía de terceros que el proceso sea completado con la publicación, que comprende los datos esenciales de la agrupación, y debe practicarse tanto en un boletín oficial apropiado del Estado como en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, con lo cual estamos frente a un sistema de doble publicidad para suplir la carencia de un registro único central.

[14] Art. 4 del reglamento.

El contenido mínimo del contrato es[15]:

a) la denominación de la agrupación precedida o seguida, bien de las palabras agrupación europea de interés económico, bien de las siglas AEIE, a menos que tales palabras o siglas figuren ya en la denominación;
b) la sede de la agrupación;
c) el objeto de la agrupación;
d) el nombre, razón o denominación social, la forma jurídica, el domicilio o sede social y, en su caso, el número y el lugar de registro de cada uno de los miembros de la agrupación y
e) la duración de la agrupación, cuando no sea indefinida.

No se exige la intervención de un ministro de fe, por lo cual basta que el contrato conste en instrumento privado.

En cuanto al registro y publicación[16], los Estados miembros designarán el o los registros competentes para la inscripción, determinarán las normas aplicables a esta, fijarán las condiciones en que se efectuará el depósito de los documentos pertinentes, garantizarán que cualquier persona pueda tomar conocimiento en el registro correspondiente de los documentos, actos e indicaciones que deban figurar en el mismo e, incluso, obtener copias, y limitarán el importe de los gastos relativos a las operaciones mencionadas, si está previsto su pago por los propios interesados.

Se deben inscribir los siguientes actos[17]:

a) cualquier modificación del contrato de agrupación, incluidos cambios de su composición;
b) la creación y la supresión de cualquier establecimiento de la agrupación;
c) la decisión judicial por la que se comprueba o declara la nulidad de la agrupación;
d) el nombramiento del o de los administradores de la agrupación, su nombre y cualquier otra información de identidad exigida por la ley del Estado miembro en el que se halla el registro, la indicación de que pueden actuar solos o deben hacerlo conjuntamente, así como el cese en sus funciones;
e) cualquier cesión por un miembro de su participación en la agrupación o de una fracción de esta;
f) la decisión de los miembros por la que se declara o constata la disolución de la agrupación, o la decisión judicial que declara esta disolución;

[15] Art. 5 del reglamento.
[16] Art. 39 del reglamento.
[17] Art. 7 del reglamento.

g) el nombramiento del o de los liquidadores de la agrupación, así como el cese en sus funciones;
h) el cierre de la liquidación de la agrupación;
i) el proyecto de traslado de sede y
j) la cláusula por la que se exonera a un nuevo miembro del pago de las deudas nacidas con anterioridad a su entrada.

Detenta plena capacidad para obrar, ser titular de derechos y obligaciones, celebrar contratos y litigar, aunque no tiene por qué traducirse en atribución de personalidad jurídica. En este punto, la discusión sobre la naturaleza jurídica de la AEIE se ha decantado dentro de las siguientes opiniones[18]:

1. Es un contrato de colaboración, por sobre cualquier consideración institucional, cuya finalidad es ayudar al desarrollo de la actividad de sus miembros, sin sustituirla ni obtener beneficios para sí;
2. Se trataría de una especie de cooperativa, aunque no le resulte aplicable la normativa de estas entidades;
3. Correspondería a una figura de naturaleza societaria, ya que integra todos los elementos propios del contrato de sociedad, aunque presente peculiaridades en materia de aportaciones y de lucro, tratándose en definitiva de un nuevo tipo empresarial societario y
4. Sería una institución jurídica nueva híbrida situada a medio camino entre las sociedades y las asociaciones, características que le confieren al mismo tiempo originalidad y autonomía.

En todo caso, a partir del diseño general establecido por el reglamento, no resulta apropiado hablar de un único modelo de AEIE, sino de tantos como Estados integran la Unión Europea, con lo cual lo mismo se puede afirmar respecto de la naturaleza jurídica de esta institución. De todas formas debe observarse que el reglamento diseña la AEIE siguiendo al modelo francés, en el que la agrupación no constituye una sociedad.

Una gran novedad es que no se requiere de capital social para su constitución, donde la justificación parece hallarse en la intención de hacerla más accesible a las empresas de menor tamaño. En contrapartida, se establece un régimen de responsabilidad solidaria e ilimitada para los miembros por las deudas de la agrupación en cuanto a la contribución a la deuda, si bien en carácter de subsidiario respecto a la obligación a la deuda[19], y existe en todo caso la posibilidad de exonerar a los nuevos socios de las deudas originadas con anterioridad a su incorporación[20].

[18] Baz (1996), p. 73 s.
[19] Art. 24.1 del reglamento.
[20] Art. 26.2 del reglamento.

La AEIE se disolverá[21]:

a) Por decisión unánime de sus miembros;
b) Por decisión de sus miembros que declare cumplido el periodo de actividades, la realización de su objeto o la imposibilidad de conseguirlo;
c) Cuando no tenga el mínimo necesario de miembros y
d) Por sentencia judicial en caso de infringirse prohibiciones impuestas por el Reglamento, o a petición de cualquier interesado en caso de pérdida del mínimo de socios, o por justa causa, o a petición de un Estado miembro por causa de interés público.

Finalmente en materia tributaria[22] le es aplicable el régimen tributario de transparencia fiscal, en que los resultados de la agrupación solo estarán sujetos a imposición en el ámbito de sus miembros. No obstante, la tributación de las AEIE está sometida a las reglas generales de la imposición estatal, autonómica y local, salvas las particularidades señaladas en los arts. 30 de la Ley 12/1991 de AIE y 44 de la Ley 27/2014 de Impuesto sobre Sociedades.

Respecto de la AEIE rige lo siguiente:

a) En el Impuesto sobre Sociedades, están sometidas al mismo régimen que las AIE, salvo que no tributan por el impuesto sobre sociedades, ni por la base imponible imputable a los socios residentes, ni por la base imputable a los socios no residentes.
b) Las AEIE y sus socios residentes en España no tienen obligación de efectuar retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de las personas físicas o del impuesto de sociedades, respecto de los rendimientos sometidos a retención que recíprocamente se satisfagan.
c) Se aplican las normas de las AIE en cuanto a obligaciones formales referentes a la relación de socios, notificación de imputaciones e información relativa a dividendos distribuidos, que se analizarán más adelante.
d) Respecto al IVA, y a las transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, siguen las mismas normas y exenciones aplicables a las AIE, que se verán más adelante.

Respecto de la tributación de los socios de la AEIE, debe hacerse la siguiente distinción:

a) Si la AEIE es residente en España, se debe subdistinguir:
   i. Los socios residentes en España deberán integrar en la base imponible de su impuesto personal sobre la renta la parte correspondiente a la base imponible positiva o negativa obtenida por la AEIE.

[21] Arts. 31 y 32 del reglamento.

[22] Art. 21 del reglamento.

ii. Si el socio no reside en España, será sujeto pasivo del impuesto a la renta de los no residentes únicamente si, de acuerdo con lo establecido en la ley de impuesto a la renta de los no residentes o en el respectivo convenio de doble imposición internacional, resultase que la actividad realizada a través de la AEIE da lugar a la existencia de un establecimiento permanente en territorio español, el cual tributará por la totalidad de las rentas que le sean imputables con independencia de su lugar de obtención.

b) Si la AEIE no reside en territorio español: en principio rige lo mismo que lo señalado para la AEIE residente, pero este régimen no procederá en el periodo impositivo en que la AEIE realice actividades distintas de las propias de su objeto o alguna de las señaladas como prohibidas en el art. 3.2 del reglamento.

III. La recepción española: La Agrupación de Interés Económico

Como consecuencia de la creación en el ámbito comunitario de la AEIE en 1985, los Estados miembros de la Comunidad tenían la obligación de tomar las medidas oportunas para la efectiva puesta en marcha de esta institución en sus respectivos territorios. En el caso de España se optó por crear una normativa *ad hoc* por medio de la cual se creó la Agrupación de Interés Económico mediante la Ley 12/1991 de 29 de abril de 1991.

Ya el ordenamiento jurídico español consideraba diferentes entidades que trataban de facilitar la cooperación entre empresas, y que se mostraban a todas luces insuficientes. Así, las Agrupaciones de Empresas, las Sociedades de Empresas y la Cesión de Unidades de Obra resultan derogadas con la implementación de la AIE, que busca ser un instrumento que permita desarrollar proyectos a personas físicas o jurídicas, que excedan de sus capacidades individuales, pero que, a la vez, no tengan suficiente envergadura como para que se justifique constituir una nueva sociedad mercantil. Para ello, el legislador español se apartó del modelo francés que inspirara a la AEIE como una agrupación sin carácter societario, creando para España una figura *ad hoc* inspirada en el modelo alemán, esto es tomando como base la sociedad colectiva[23], orientación que se manifiesta especialmente en la responsabilidad personal e ilimitada de los socios[24], y en la aplicación del estatuto de las sociedades colectivas como normativa supletoria[25].

[23] Campuzano (2014), p. 268 s.
[24] Art. 5 de la Ley de AIE.
[25] Art. 1 de la Ley de AIE.

La AIE también se encuentra dotada de una amplia flexibilidad que emana de la extensa capacidad de acción que se le reconoce a los miembros, no tendrá ánimo de lucro para sí misma[26], aunque nada impide que pueda conseguir resultados positivos como consecuencia de la actividad que le es propia, detenta un carácter auxiliar[27], ya que su finalidad es desarrollar o facilitar la actividad de sus socios, en tanto que se le prohíbe la posesión directa o indirecta de participaciones en sociedades que sean miembros suyos, y la dirección o control directo o indirecto de las actividades de sus miembros o terceros[28], al tiempo que se caracteriza por la amplitud de sujetos que pueden intervenir, cualesquiera personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, entidades no lucrativas dedicadas a la investigación, y profesionales liberales[29]. Por consiguiente, no pueden formar parte de una AIE las entidades dedicadas con ánimo de lucro a la investigación, las sociedades capitalistas cuyo objeto no consista en una actividad empresarial, agrícola o artesanal, las Uniones Temporales de Empresas por carecer de personalidad jurídica, las sociedades civiles salvo las de profesionales, las que desarrollen actividades agrícolas o artesanales, o las que se dediquen a la investigación sin ánimo de lucro, y las fundaciones o asociaciones salvo las que desarrollen actividades agrícolas o artesanales o se dediquen a la investigación sin ánimo de lucro. En todo caso, presenta una libre configuración de la denominación social, pues no hace falta que figuren los nombres de los socios.

Se constituye por medio de escritura pública que luego se debe inscribir en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio de la agrupación que se inscribe[30]. Sin embargo, antes de suscribirse dicha escritura, deberá solicitarse al Registro Mercantil la denominación y, en consecuencia, obtener la certificación de que la denominación solicitada está disponible, por no figurar previamente registrada. La escritura de constitución deberá contener como mínimo[31]:

1. La identidad de los socios;
2. La voluntad fundacional de los otorgantes;
3. El capital social, si lo tuviere, con expresión numérica de la participación que corresponde a cada socio;
4. La denominación;
5. El objeto;

[26] Art. 2.2 de la Ley de AIE.
[27] Arts. 2.1 y 3.1 de la Ley de AIE.
[28] Art. 3.2 de la Ley de AIE.
[29] Art. 4 de la Ley de AIE.
[30] Art. 7 de la Ley de AIE.
[31] Art. 8 de la Ley de AIE.

6. La duración y la fecha de inicio de sus operaciones;
7. El domicilio social, que deberá establecerse en España y
8. La identidad de las personas que se encargan de la administración.

Del punto de vista patrimonial no se exige capital social ni patrimonio propio[32], pero sí se le atribuye personalidad jurídica[33], con lo que puede desarrollar relaciones externas distintas de las existentes con sus partícipes, y puede formar un patrimonio separado. Respecto a la prohibición legal de perseguir ánimo de lucro por sí misma, cuando los socios pacten en el contrato de constitución la realización de actividades lucrativas con terceros, ha de entenderse que el contrato celebrado es de otra índole, y si a pesar de ello la agrupación operare, ha de ser tratada como una sociedad mercantil colectiva irregular, o en su caso como una sociedad civil. Los problemas más graves se presentan en la hipótesis de que la violación de la cláusula no lucrativa sea encubierta, es decir, cuando la agrupación constituida de forma correcta realiza *de facto* operaciones con terceros en el mercado[34]. En este caso, el régimen fiscal privilegiado deja de aplicarse y habrá que considerar que la sociedad incurre en causal de disolución[35], que puede ser hecha valer por cualquier interesado o por la autoridad competente[36].

En cuanto a su naturaleza jurídica, predominan las opiniones de que la AIE española posee una naturaleza asociativa basada en la sociedad colectiva, que le permite actuar jurídicamente, al tiempo que se trata de una estructura independiente de los socios que no permite aplicar el "levantamiento del velo"[37]. Se le confiere mercantilidad por la forma, es decir, siempre reviste carácter mercantil, independientemente de su objeto[38].

En cuanto a los socios, la AIE posee un carácter personalista, pues se establece un régimen de responsabilidad especial por el cual los miembros responden personal, solidaria e ilimitadamente por las deudas de la agrupación en cuanto a la contribución a la deuda, aunque siempre de forma subsidiaria a esta respecto de la obligación a la deuda[39]. Los socios pueden perder tal condición por muerte, concurso o suspensión de pagos[40], en tanto que se requiere del consentimiento de todos los socios para la transmisión de las

[32] Art. 8.1.3° de la Ley de AIE.
[33] Art. 1 de la Ley de AIE.
[34] Alfaro (2016).
[35] Art. 18.1.6° de la Ley de AIE.
[36] Art. 18.3 de la Ley de AIE.
[37] Campuzano (2014), p. 37.
[38] Art. 1 de la Ley de AIE.
[39] Art. 5 de la Ley de AIE.
[40] Art. 16 de la Ley de AIE.

partes sociales[41]. En cuanto a los acuerdos, estos pueden adoptarse en asamblea de socios, por correspondencia o por cualquier otro medio que permita dejar constancia escrita de la consulta y del voto emitido, al tiempo que el régimen jurídico que establece el legislador es la regla general de unanimidad[42].

Pero el aspecto en que se detecta un mayor alejamiento respecto de la regulación de la sociedad colectiva es, sin duda, el referente a la administración de la sociedad, que se halla muy próximo al establecido para las sociedades anónimas[43]. La AIE será administrada por una o varias personas designadas en la escritura de constitución o nombradas por acuerdos de los socios[44]. Se admite expresamente que administre un tercero no socio[45] y la designación como administrador de una persona jurídica[46]. Las posibilidades de organizar contractualmente el órgano administrativo y de establecer otros órganos auxiliares son en la práctica ilimitadas, incluyendo la administración privativa de un socio. Si la AIE dispusiere de un consejo de administración, se aplicarán supletoriamente las reglas previstas para las sociedades de capital[47]. La representación corresponde a los administradores[48], cuya responsabilidad sufre una agravación respecto de lo previsto en el *Código de Comercio* español para la sociedad colectiva[49], pues responderán de forma solidaria de los daños causados a la agrupación, salvo que prueben haber actuado con diligencia[50].

Son causales de disolución[51]:

1. Por acuerdo unánime de los socios;
2. Por expiración del plazo o por cualquier otra causa establecida en la escritura;
3. Por la apertura de la fase de liquidación, cuando la Agrupación se hallare declarada en concurso;
4. Por conclusión de la actividad que constituye su objeto o por imposibilidad de realizarlo;
5. Por paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento;

[41] Art. 15 de la Ley de AIE.

[42] Art. 10 de la Ley de AIE.

[43] Alfaro (2016).

[44] Art. 12 de la Ley de AIE.

[45] Art. 12.3 de la Ley de AIE.

[46] Art. 12.2 de la Ley de AIE.

[47] Art. 12.4 de la Ley de AIE.

[48] Art. 13 de la Ley de AIE.

[49] El art. 130 del *Código de Comercio* español hace responsable de dicho daño exclusivamente al socio que lo causó.

[50] Art. 14.2 de la Ley de AIE.

[51] Art. 18.1 de la Ley de AIE.

6. Por no ajustarse la actividad de la Agrupación al objeto de la misma;
7. Por quedar reducido a uno el número de socios y
8. Por concurrir justa causa.

Se aplica a las AIE el régimen de transparencia fiscal, pero deben tributar en el Impuesto de Sociedades por la parte de base imponible correspondiente a sus socios no residentes, aunque no se les atribuye limitación respecto de la imputación de bases imponibles negativas, a diferencia del resto de entidades transparentes[52].

La tributación de las AIE se rige por lo siguiente:

a) En cuanto a la renta, son sujetos pasivos de Impuesto de Sociedades, ya que se trata de una entidad mercantil con personalidad jurídica propia, a las que se les aplican las normas generales para el cálculo de la base imponible, es decir, al resultado contable se le aplicarán los ajustes fiscales positivos o negativos que reflejen las diferencias permanentes y temporales entre la norma contable y la norma fiscal. Para determinar la tributación de la base imponible se debe considerar la situación de los socios:
   i. La AIE no tributa por la parte de la base imponible imputable a los socios residentes en el territorio español, y tampoco tiene derecho a percibir devoluciones por las retenciones e ingresos a cuenta correspondientes a esa parte de la base imponible.
   ii. La AIE sí tributa por la parte de base imponible imputable a los socios no residentes en territorio español, al tipo de gravamen general del 30%, salvo que cumplan las condiciones para ser considerada "empresa de reducida dimensión", en cuyo caso les serán aplicables las tasas de estas empresas de 25% o 20% según sea el caso. Se aplican las deducciones y bonificaciones en la cuota del impuesto de sociedades así como las retenciones e ingresos a cuenta soportados a que tengan derecho los socios no residentes en territorio español, aunque los convenios de doble tributación pueden alterar esta regla. La AIE deberá realizar pagos fraccionados por sus participantes socios no residentes.
b) En cuanto al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, regido por el real decreto legislativo 1/1993, existen importantes ventajas fiscales, ya que las operaciones de constitución, aportación de los socios y su reducción, de transformación, de disolución y de liquidación, así como los contratos preparatorios y demás documentos cuya formalización constituya

[52] Art. 23 y siguientes de la Ley de AIE, y 43 de la Ley 27/2014 de Impuesto sobre Sociedades.

legalmente presupuesto necesario para dicha constitución, gozan de exención de este impuesto.

c) Respecto del IVA, regulado por la Ley 37/1992, por regla general las AIE son sujetos pasivos de este impuesto. Sin embargo, los servicios prestados directamente por las AIE a sus socios podrán gozan de exención en la medida que cumplen los requisitos señalados en el art. 20.1.6° de la ley del IVA:
    a) Que los servicios se presten de primera mano por la entidad a sus miembros;
    b) Que los servicios se utilicen directa y exclusivamente en las actividades de sus miembros y sean necesarios para el ejercicio de las mismas;
    c) Que los miembros se limiten a reembolsar la parte que les corresponde en los gastos hechos en común y
    d) Que las AIE solo pueden prestar servicios a sus socios, quedando excluidas las entregas, salvo aquellas que se refieran a los bienes que se hayan utilizado por la propia AIE en el desarrollo de su actividad.

En cuanto a la tributación de los socios, debe hacerse la siguiente distinción:

a) Respecto de los socios residentes en España, la renta obtenida por la AIE se les traslada de manera íntegra en la misma proporción que les corresponda, de modo que la base imponible positiva se traslada o imputa a los socios, integrándose en la renta de estos últimos en el impuesto sobre la renta que les corresponda, según su naturaleza de persona física o jurídica, con la particularidad de que no se aplicará limitación alguna respecto de la imputación de bases imponibles negativas.
b) Respecto de los socios no residentes en España, es la AIE la que tributa por la parte de la base imponible imputable a los socios no residentes en el territorio español, al tipo de gravamen que le corresponda en el impuesto de sociedades, al tiempo que los dividendos percibidos por los socios no residentes tributarán por el impuesto a la renta de no residentes, así como, si procede, por lo dispuesto por los convenios de doble tributación.

IV. Comparación de la AEIE con la AIE

Pese a las múltiples similitudes, en especial como consecuencia de que el legislador ha tenido la intención de darles la mayor correspondencia posible,

ambas instituciones no son figuras jurídicas idénticas, sino que, al contrario, detentan diferencias sustanciales que deben tenerse en consideración.

En primer lugar, como ya se ha señalado, la AEIE tiene la naturaleza jurídica de una agrupación de empresas, siguiendo el modelo del Groupement d'intérêt économique francés, en tanto la AIE se encuentra regulada tomando como base las sociedades colectivas, por haberse utilizado para ello como ejemplo el modelo alemán.

Si bien la capacidad para actuar en el tráfico jurídico de que está dotada la AEIE no tiene por qué traducirse necesariamente en la atribución de personalidad jurídica, esta atribución se encuentra, a propósito, reconocida para la AIE en la ley española.

Debe también notarse que la AEIE va a tener un carácter mercantil o civil en función de la naturaleza de la actividad que desarrolle. Por el contrario, la AIE revestirá siempre carácter mercantil, independiente de su objeto, es decir, según la ley española goza de mercantilidad de forma.

Por tratarse de una figura de marcado carácter transnacional, se exige que al menos dos de los componentes de la AEIE tengan su administración central o ejerzan su actividad principal en diferentes Estados miembros de la Unión Europea, circunstancia que por fuerza de la lógica no se produce en la AIE.

El art. 4.3 del reglamento considera la posibilidad de que algún Estado miembro restrinja el número de socios de una AEIE a un máximo de veinte, en tanto que esta limitación no existe en la ley española para la AIE.

La AEIE tiene prohibido realizar una serie de acciones señaladas expresamente en el art. 3.2 del reglamento, disposiciones que acotan de forma considerable el ámbito de acción de estas entidades. Por el contrario, la ley española no indica para la AIE otras restricciones al objeto que el desempeñar una actividad auxiliar al giro principal de los miembros y el no perseguir fines de lucro por sí misma.

Según la ley española, en la AIE es perfectamente factible que alguno de los partícipes de la agrupación llegue a detentar la mayoría de votos. En contrapartida, el art. 17.1 del reglamento prohíbe de manera expresa esta posibilidad para la AEIE.

Señala la ley española que las AIE tributan en el Impuesto de Sociedades por la parte de la base imponible correspondiente a los socios no residentes. Pero los socios no residentes de las AEIE establecidas en el territorio español tributarán por obligación real solo si la actividad que realizan a través de la agrupación determina la existencia de un establecimiento permanente en España.

Finalmente se debe notar que la AEIE puede contratar sin problemas con los diferentes Estados. Por el contrario, aunque en estricto rigor legalmente no se establece ninguna limitación por la ley española a la AIE, en la práctica solo se reconoce en los concursos públicos como fórmula de coope-

ración apta para el acceso a la Unión Temporal de Empresas, lo cual deja en los hechos fuera a las AIE de la posibilidad de participar en estas instancias.

V. La Agrupación de Interés Económico aplicada en España

Ahora se analizarán algunos temas puntuales sobre la aplicación de la AIE en España que reflejan la gran utilidad que puede prestar a la actividad empresarial.

a) Algunas formas de realizar el traspaso de beneficios

Se verán solo algunos ejemplos de cómo pueden vincularse la AIE y sus socios para materializar el traspaso de los beneficios por ella generados, sin que se agote el abanico de posibilidades. Todo dependerá de la disposición que tengan los asociados, en razón de lo que permitan las circunstancias, a relacionarse con la AIE de otras diferentes maneras[53].

Primeramente, en una agrupación constituida para prestar servicios a sus miembros, el traspaso de beneficios de manera directa podría consistir en que el precio que de ordinario le abonarán los socios será un precio inferior al del mercado, el cual será equivalente, sumados los costos operativos, al de adquisición del producto o de producción del servicio de que se trate, mientras que en forma indirecta los socios pueden recibir la ventaja de la asociación estableciendo que la AIE pacte con sus miembros precios de mercado, pero que luego les reembolse de forma periódica el excedente.

Otra técnica de acceso a la ventaja de la asociación podría ser "deseconomizar" la gestión, donde la AIE va a proporcionar la prestación final a los socios directamente y sin contraprestación alguna, es decir, sin "precio", al tiempo que la agrupación solo se va a financiar mediante las cuotas de contribución que con periodicidad van a ser enteradas por sus miembros según lo pactado en el contrato de constitución.

Una tercera técnica de acceso de los socios a la ventaja generada por la agrupación pudiera ser la actuación de la AIE por cuenta de los socios, por ejemplo, en las agrupaciones que tengan por objetivo la realización de obras. Aquí la AIE va a desarrollar la actividad programada por cuenta de las empresas agrupadas, de manera que, al igual que en un mandato, la agrupación va a cargar y abonar en la cuenta de sus miembros todos los costes en que incurra y todos los ingresos que reciba, cerrando de esta forma su balance en cero.

[53] Alfaro (2016).

b) Explotación de bienes bajo régimen de comunidad

Siguiendo a Jesús Alfaro, es factible imaginarse un caso práctico de utilización de la AIE consistente en la explotación de bienes que se hallan en comunidad[54], por ejemplo, dos empresas generadoras de electricidad A y B que son copropietarias de una central nuclear según las reglas de las comunidades de bienes conforme a al art. 392 y siguientes del *Código Civil* español.

En este caso, la explotación de la central está encargada por los copropietarios a una AIE de la que son socios las mismas empresas, siendo, a su vez, la AIE el titular "de la autorización de explotación" según disposición adicional 2ª del real decreto-ley 13/2014[55]. Esta estructura organizativa significa que las copropietarias encargaron a la AIE la gestión de la central nuclear en razón de los altos costes de funcionamiento y mantención que esta genera. La AIE se limita a esta labor, de modo que la energía producida por la central es "entregada" a los copropietarios en proporción a su participación en la propiedad, por ejemplo, si la central es por mitades propiedad de A y B, la producción será entregada por mitades a cada una de ellas.

Entonces son A y B las que venden en el mercado la electricidad así producida, pero sin efectuar pago alguno a la AIE por la electricidad generada bajo esta modalidad. Así, A y B cubren los gastos de la AIE transfiriéndole los fondos necesarios para pagar sueldos, combustible y demás costos, razón por la cual la AIE no genera beneficios ni reparte bien alguno entre sus socios.

Se trata, en definitiva, de otra alternativa de naturaleza contractual, distinta de las tres señaladas en el apartado anterior, para que la AIE traspase los beneficios que produce a los socios.

c) El cine en España

Un caso de particular interés lo constituye en la actualidad la producción cinematográfica española, la cual se realiza recurriendo a las AIE en razón de la normativa explícitamente señalada en los arts. 21 de la Ley del Cine 55/2007 y 36 de la Ley de Impuesto sobre Sociedades 27/2014, disposiciones que señalan importantes incentivos fiscales para fomentar esta actividad cultural.

En efecto, el art. 21.2 de la Ley del Cine señala:

> "Para un mejor aprovechamiento de los incentivos fiscales previstos en la normativa tributaria..., el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales fomentará: a) La constitución de agrupaciones de interés económico de acuerdo con lo previsto en la Ley 12/1991...".

[54] Alfaro (2016).

[55] Real decreto-ley 13/2014.

A su vez, el art. 36.1 de la Ley de Impuesto sobre Sociedades indica:

> "Las inversiones en producciones españolas de largometrajes cinematográficos y de series audiovisuales de ficción, animación o documental, que permitan la confección de un soporte físico previo a su producción industrial seriada darán derecho al productor a una deducción: a) Del 25 por ciento respecto del primer millón de base de la deducción. b) Del 20 por ciento sobre el exceso de dicho importe. La base de la deducción estará constituida por el coste total de la producción, así como por los gastos para la obtención de copias y los gastos de publicidad y promoción a cargo del productor hasta el límite para ambos del 40 por ciento del coste de producción. Al menos el 50 por ciento de la base de la deducción deberá corresponderse con gastos realizados en territorio español. El importe de esta deducción no podrá ser superior a 3 millones de euros. En el supuesto de una coproducción, los importes señalados en este apartado se determinarán, para cada coproductor, en función de su respectivo porcentaje de participación en aquella".

Las normas señaladas significan en la práctica que se beneficia la producción cinematográfica con una deducción contra el impuesto sobre sociedades de un porcentaje de los costes generados con la producción de la película. Para hacer uso de este beneficio, se constituye una AIE entre un productor y un inversor, donde este último será quien financiará el rodaje, llevando, a su vez, un 99% de la participación en la AIE para maximizar el beneficio tributario. Una vez rodada la película, se cede la propiedad intelectual a la AIE para que tenga desde entonces la calidad de "productora" y con ello pueda acceder al derecho de obtener el referido incentivo fiscal.

Entonces, como la AIE es la productora, y los beneficios y pérdidas correspondientes a la AIE se trasladan a sus socios, estos integrarán en su propia base imponible los rendimientos obtenidos por parte de la AIE en el porcentaje en que participan en ella, con lo cual el inversor que detenta el 99% tendrá derecho a imputar a su impuesto a la renta el 99% de los beneficios y pérdidas de la AIE y el 99% del porcentaje de deducción al que le da derecho la ley, con lo cual el incentivo fiscal queda trasladado al inversor, quien verá recuperada vía deducción de impuesto a la renta la inversión realizada para financiar la obra.

VI. La AIE en el siglo XXI

Ahora se verán nuevos usos de la AIE derivados de circunstancias propias del siglo XXI, inexistentes cuando fue implementada en 1991.

a) Competencia, regulación y bienestar

La AIE puede ser una poderosa herramienta para potenciar la especialización entre las empresas, pues, además de la simple cooperación, el objetivo fundamental de las AIE es generar sinergia entre los asociados, de forma tal que el ambiente colaborativo que se produzca va a favorecer el desarrollo de actividades en condiciones más competitivas que serían imposibles de abordar por los socios en forma independiente, sea por los altos costos o, bien, por la falta de especialización. Se puede, entonces, señalar que la AIE favorece enormemente la competencia, en especial considerando los aspectos que indicamos a continuación[56].

La primera gran consecuencia de utilizar una AIE es que, como efecto de trabajar en grupo, los asociados pueden beneficiarse de las economías de escala y de alcance, lo cual les permitirá disminuir sus costos operativos, por ejemplo, la compra de materias primas o el utilizar una infraestructura común o una red de proveedores común, sumado, además, al aumento de eficiencia como consecuencia de lograrse un mayor grado de especialización.

El efecto consiguiente de la disminución de costos de operación, como consecuencia de que la AIE está pensada para favorecer el trabajar en grupo, es que dicha baja de costos será traspasada a los consumidores finales en la forma de una disminución de los precios, lo cual no solo significa para ellos el aumento de su bienestar, sino que, además, es un factor adicional para estimular la competencia entre los agentes del mercado, considerando que en una economía de libre mercado es el precio el elemento fundamental que ordena el intercambio.

Luego, se observa un aumento de la calidad de los bienes y servicios, pues como la AIE está pensada para desempeñar una actividad auxiliar al giro de sus socios, principalmente en potenciar la especialización de las empresas, se produce como efecto lógico que la AIE debería estimular el desarrollo de las actividades productivas de sus asociados, con lo cual, en definitiva, debería obtenerse como resultado un aumento de la calidad de los productos y servicios ofertados por los asociados a sus consumidores finales, quienes, a su vez, verán como consecuencia que se incrementa su bienestar.

La competencia hará también que aumente la inversión, siendo la AIE un poderoso vehículo para que las empresas inviertan, pues genera la posibilidad de que todas en conjunto empleen recursos en proyectos comunes en beneficio de todos los asociados, con lo cual se está fomentando la inversión al utilizarse los recursos de una forma mucho más eficiente que si cada

[56] Pascual (2018), p. 115.

una de las empresas se avocara a efectuar esas mismas inversiones en forma separada, y como consecuencia de ello, los agentes económicos aumentarán la innovación, aspecto que también es resultado del mayor grado de especialización que favorece la AIE, ya que al ser externalizada en ella una determinada actividad del proceso productivo, se obtiene la ventaja de que habrá una sola entidad dedicada exclusivamente al desarrollo de nuevos procesos, productos, mejoras, etcétera. En definitiva, la AIE permite que el mercado gane eficiencia para las empresas, condición que es indispensable para que aumente la competencia y con ello crezca el bienestar de los consumidores.

Pero es bien sabido que las empresas a la larga tienden a no competir, por lo que un acuerdo de cooperación entre empresas pudiere, en principio, ser visto con suspicacia, debiendo, entonces, tenerse presente la legislación antitrust, normativa que en caso de la Unión Europea se encuentra establecida en el art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)[57]. Señala el apartado 1 de dicho artículo:

> "Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; y e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos".

Todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las excepciones a los ilícitos señalados, que corresponden a las exenciones, las excepciones generadas por la ley por interés general y la regla "de minimis"[58].

En este estudio la atención se centra en los "acuerdos horizontales", que son los que se celebran entre competidores reales o potenciales, es decir, dentro del mismo eslabón de la cadena de producción, debiendo distinguirse aquí el "cártel", que consiste en coordinar las partes su comportamiento en

[57] La redacción actual del TFUE está dada por el Tratado de Lisboa de 2007.

[58] La regla "de minimis" es tolerar lo que no tiene la suficiente importancia como para que la ley le preste atención.

el mercado, sin que sea necesario que el acuerdo sea secreto, del "acuerdo de cooperación", que es aquel que busca producir efectos positivos en el mercado, para empresas y consumidores, como serían, por ejemplo, acuerdos de investigación, desarrollo, mejora de producción, acuerdos de especialización, de comercialización, de estandarización, transferencia de tecnologías, etcétera. Por el contrario, un cártel en la Unión Europea es siempre ilícito, aunque también se dice que no toda fijación de precios es mala, pues si el acuerdo beneficia al consumidor, esta debiera aceptarse. Por consiguiente, el problema con los acuerdos horizontales ocurre cuando los acuerdos de cooperación pueden eliminar la competencia según qué es lo que se ha pactado, por lo que en principio los acuerdos horizontales están permitidos. Será ilícito el acuerdo en la medida en que afecte el mercado, bien por su "objeto" si hubiere intención directa de afectar la libre competencia o, bien, por su "efecto" en el caso en que debía preverse el resultado de afectarse la competencia, aunque este no haya sido el objeto de la conducta, debiendo distinguirse en uno u otro caso las cláusulas negras, que se refieren a elementos esenciales del acuerdo que son prohibidos y que como consecuencia anulan todo el acuerdo, de las cláusulas grises, que recaen sobre elementos accesorios del acuerdo que son prohibidos, y en tal caso se anula solo dicha cláusula.

Sin embargo, el apartado 3 del mismo art. 101 señala que la prohibición del apartado 1 puede ser dejada sin efecto si el acuerdo:

1. Contribuye a mejorar la producción o distribución de productos o al desarrollo económico;
2. Aporta ventajas equitativas a los usuarios (produce bienestar a los consumidores) y
3. No impone a las empresas concertadas condiciones que les impida competir o que, derechamente, se elimine la competencia.

No obstante, en el derecho antitrust la línea entre lo lícito y lo ilícito es difusa, pues muchas veces un acuerdo entre empresas puede generar un efecto no deseado que afecta la competencia, y como en esta materia los delitos son de peligro, la intención no es relevante, al tiempo que el riesgo de cártel siempre está presente en un acuerdo de cooperación, pues la empresas naturalmente tenderán a no competir. Así, la Comisión Europea[59] ha señalado criterios para la correcta aplicación del señalado art. 101, al tiempo que reconoce:

> "Los acuerdos de cooperación horizontal pueden dar lugar a beneficios económicos sustanciales, en especial si combinan actividades, conocimientos o activos complementarios. La cooperación horizontal puede ser un medio de compartir el riesgo, ahorrar costes, incrementar las

[59] La Comisión Europea es el poder ejecutivo de la Unión Europea.

inversiones, agrupar los conocimientos técnicos, aumentar la calidad y variedad del producto y lanzar más rápidamente la innovación"[60].

Como ejemplos de acuerdos horizontales podemos señalar:

a) Acuerdos de cooperación, los que aun cuando en principio pueden tener un fin completamente lícito, se corre el riesgo de caer en la especialización extrema, con lo que se paraliza la investigación y desarrollo, y, en definitiva, se deja de competir, eliminándose así la posibilidad de innovación subsiguiente;
b) Acuerdos de compras o ventas conjuntas, por los que se hace una sola operación buscando eficiencia;
c) Acuerdos de transferencia de tecnologías como, por ejemplo, trabajar todos juntos para comercializar una sola licencia por el total, lo cual es más barato, pero el riesgo de cártel es alto y
d) Acuerdos de intercambio de información, por ejemplo, de los registros de morosos, con los que, si bien se protege al sistema financiero, en la práctica se genera un alto riesgo de cártel.

Se puede concluir que la AIE puede en efecto potenciar el desarrollo de las empresas, en especial de las Pymes, dado que les permite trabajar cooperando entre sí de forma institucionalizada, logrando con ello principalmente una mayor eficiencia, pero debe tenerse especial atención en que dicha cooperación no configure situaciones que tengan como consecuencia una limitación o, incluso, la total eliminación de la competencia. En definitiva, una cooperación entre empresas bien gestionada a través de una AIE, y dentro del marco de la ley antitrust, sin lugar a dudas generará beneficios para el mercado.

b) Mejora la economía colaborativa

Con la expresión "economía colaborativa" se suele hacer referencia, de manera genérica, a los nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios surgidos a principios del siglo XXI, que en opinión de la generalidad de la doctrina tienen como rasgos distintivos:

a) el necesario uso de Internet;
b) la interconexión en red tanto de personas como de activos;
c) el acceso al uso de activos tangibles e intangibles desaprovechados;
d) el logro de interacciones significativas y la confianza y
e) el carácter abierto, inclusivo y global[61].

[60] Comisión Europea (2011).
[61] Stokes *et al.* (2014), p. 11, en Alfonso (2016), p. 236.

La Comisión Europea entiende, a su vez, por la expresión economía colaborativa a aquellos

> "modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares"[62].

En todo caso, las transacciones de la economía colaborativa no implican necesariamente un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro.

Según la Comisión Europea[63], en la economía colaborativa intervienen tres tipos de agentes:

1. Los prestadores de servicios, que son los particulares o profesionales que comparten activos, recursos, tiempo o competencias, de forma gratuita o previo pago, debiendo, a su vez, subdistinguirse en esta categoría a los "pares" (o "prosumidores"), que son los particulares que ofrecen sus servicios de manera ocasional, de los "prestadores de servicios profesionales", que corresponden a aquellos prestadores de servicios que actúan a título profesional;
2. Los usuarios, que son quienes disfrutan de los servicios que ofrecen los citados prestadores de servicios y
3. Las plataformas colaborativas, que son plataformas en línea que actúan como intermediarias, conectando en tiempo real a los prestadores de servicios con los usuarios, facilitando las transacciones entre ellos.

Sin embargo, las plataformas que posibilitan la utilización de la economía colaborativa generan también una serie de inconvenientes que pueden repercutir tanto en el desempeño y la utilidad que a través de ella tienen quienes intervienen en calidad de vendedores o prestadores de servicios como también es posible que se produzcan determinadas situaciones que derechamente perjudican los intereses de los consumidores. Ocurre así, por ejemplo, con situaciones derivadas de la propiedad de la plataforma en relación con la utilidad que esta genera, ya que por lo general el propietario y el usuario de la plataforma son personas distintas, lo que acarrea entre otras consecuencias, problemas relacionados con la gobernanza de la plataforma, así como también referentes a estándares mínimos de seguridad y de garantías que el uso de la plataforma debe entregar a los diversos intervinientes. En este contexto, resulta interesante mirar a la AIE como una entidad de

[62] Comisión Europea (2016b).
[63] *Ibid*.

coordinación de la utilización de las plataformas colaborativas que pueda facilitar que sean los mismos agentes intervinientes quienes gestionen la administración de las plataformas, aprovechando precisamente el carácter auxiliar del giro principal de los asociados con el que fue diseñada la agrupación, al tiempo que es también la utilización común de una plataforma colaborativa una excelente instancia para generar sinergia en forma institucionalizada entre las entidades que conforman la AIE.

Se ha dicho que la economía colaborativa tiene, en realidad, poco de este adjetivo, siendo más acertado hablar de "capitalismo de plataforma", ya que estas plataformas no comparten ni la propiedad ni los beneficios con los usuarios que, en definitiva, son quienes generan valor dentro de ellas. Surge, entonces, en contraposición, una nueva doctrina que fomenta volver a la raíz del adjetivo colaborativo, dando lugar a plataformas en las que propiedad, beneficios y responsabilidad sean realmente distribuidos entre quienes trabajan en ellas[64]. Así nace la noción de "cooperativismo de plataforma", esto es, de plataformas cuya propiedad corresponde a los usuarios que proporcionan los recursos para hacerlas funcionar, ya sea en forma de trabajo o de bienes, o como consumidores de un producto o servicio, gobernadas de forma democrática, y que, incluso, reparten sus beneficios entre los copropietarios, sean productores o consumidores[65]. Se tiene, entonces, que la AIE, por ser una entidad con personalidad jurídica propia que puede participar en el tráfico jurídico con un carácter auxiliar de las actividades principales de las empresas en ella asociadas, puede ser la entidad que desempeñe el papel de administrador de una plataforma colaborativa que sirva a los intereses de los asociados. Al explotar de esta forma una plataforma colaborativa, las empresas miembros ganan en eficiencia en cuanto a los recursos que deben destinar en visibilidad y en posesionarse en el mercado, ya que dicha actividad será realizada en forma unificada por una sola entidad que la gestiona para todos los asociados, sin despilfarros y con un único estándar de calidad para todo el grupo, de manera que todos los miembros puedan posesionarse por igual en el mercado.

Asimismo, además de la visibilidad y posicionamiento conjunto en el mercado, la utilización de una sola plataforma unificada para todos los miembros del grupo permite el desarrollo de otras actividades unificadas soportadas por la misma plataforma única con un mismo estándar de calidad, como podría ser, por ejemplo, el establecimiento de centrales de compras y ventas de los diferentes productos y servicios trabajados por los miembros de la agrupación, con lo cual efectivamente los asociados ganan en cuanto

[64] Passoni (2016), pp. 1-4, en Alfonso (2016), p. 243.
[65] Scholz (2014), en Alfonso (2016), p. 243.

a la eficiencia con que utilizan sus recursos, al tiempo que el presentarse en grupo al tráfico mercantil puede garantizar a miembros y consumidores un determinado estándar común de calidad.

Pero tal vez la primera inquietud que llega a la mente de un usuario de una plataforma colaborativa sea saber con quien está tratando. Lo normal es que las plataformas colaborativas controlan de algún modo el acceso de prestadores de servicios y usuarios, exigiendo para el registro en la plataforma datos personales como nombre y apellidos, dirección de correo electrónico o una cuenta abierta en redes sociales como Facebook o Google. Se ha propuesto, incluso, una regulación específica relativa a las condiciones de acceso, llegando a considerarse la identificación mediante la presencia física del prestador en aquellos servicios que puedan generar un mayor riesgo, así como también la contratación de seguros o la entrega de una determinada documentación a los usuarios, como certificados penales, carnets, licencias, etcétera. Pero en contra también se argumenta que puede no resultar adecuado extender las mismas obligaciones a todas las plataformas colaborativas, independiente de los servicios que entreguen, debiendo tal vez optarse por regímenes jurídicos específicos para cada tipo de plataforma colaborativa, ya que un exceso de celo en el control del acceso podría traducirse en un obstáculo para prestadores y usuarios decididos a participar en un modelo de negocio presidido por la confianza[66]. Parece, entonces, que una plataforma administrada por una AIE claramente es un aporte para la seguridad de las transacciones, ya que permite que exista una absoluta certeza acerca de quiénes son los prestadores de los bienes y servicios ofertados.

También es muy importante para las relaciones comerciales a través de plataformas el poder saber si la relación se está entablando con un profesional o con un prestador particular. Así la Comisión Europea destaca como factores importantes a tener en cuenta a la hora de distinguir entre prestadores particulares y profesionales la frecuencia de los servicios prestados, el fin lucrativo y el volumen de negocio[67]. Si bien será necesario llegado el momento realizar un estudio caso a caso, señala que se podría entender que hay indicios de estar ante un profesional cuanto mayor sea la frecuencia con la que se prestan los servicios, si el prestador está actuando con ánimo de lucro, es decir, recibiendo una compensación por encima de los costos, y cuanto mayor es el volumen de negocio generado por dicho prestador. Para despejar esta incertidumbre, mucho ayudaría una plataforma colaborativa administrada por una AIE, ya que sin lugar a dudas aportaría certeza a los intercambios en cuanto a saber que a través de ella están operando de ma-

[66] Martín (2017), p. 191.

[67] Comisión Europea (2016a).

nera exclusiva los profesionales que están asociados en la AIE, con lo que el comercio colaborativo ganaría sustancialmente en términos de certeza, confianza, y de otorgar garantías a los distintos intervinientes en las operaciones que se realicen.

Existen también plataformas colaborativas que establecen códigos de conducta, que, si bien constituyen textos programáticos y, por ende, no vinculantes, no dejan por ello de ser una herramienta más de protección del consumidor[68]. Si dicho código de conducta reglare una plataforma cuya propiedad y administración recae en una AIE, ciertamente que entregaría a los usuarios la confianza de que se está tratando con una plataforma seria operada por profesionales, que se han comprometido a hacer cumplir el código que ellos mismos se han autoimpuesto, por lo que tienen la disposición y motivación de que sus miembros asociados lo van a hacer cumplir.

Lo mismo ocurriría frente a un sistema coordinado de resolución de conflictos. Al respecto, el Parlamento europeo destaca la necesidad de una mayor claridad en relación con la protección de los consumidores en caso de litigio, y pide a las plataformas colaborativas que velen por el establecimiento de sistemas efectivos para los procedimientos de reclamación y la resolución de litigios, simplificando el modo en que los consumidores pueden ejercer sus derechos[69]. Así, en caso de conflicto entre un prestador de servicios y un usuario, invita a las plataformas a representar un papel activo, ofreciéndose como mediadoras. En definitiva, la AIE puede mejor responder a las exigencias de sistemas de resolución de conflictos que se espera sean implementados por las plataformas, pues se crea un soporte institucional que administra la plataforma, en el que el interés del grupo de asociados será la mejor garantía de un sistema transparente y eficiente de resolución de conflictos, como consecuencia de que los problemas que afecten a la plataforma incidirán directamente sobre los intereses comunes de todos los miembros de la agrupación.

c) Marcas colectivas e información asimétrica

En general una marca tiene como función básica indicar al mercado el origen empresarial del producto o servicio, pero, además, cumple una función indicadora de un estándar de calidad determinado, con lo cual se produce una suerte de retroalimentación calidad-publicidad, donde la calidad actúa como reclamo frente al público, y la publicidad como medio necesario de difusión de la calidad de los productos y servicios identificados por el signo.

[68] Martín (2017), p. 193.

[69] Parlamento europeo (2017).

Por ello, dada la relevancia publicitaria de la marca, resulta importante tener en cuenta las normas de competencia desleal y publicidad ilícita con el fin de evitar utilizaciones de signos que puedan crear engaño, confusión, asociación, imitación, aprovechamiento de prestigio o cualquier otro efecto no deseado susceptible de generar error en la mente de los consumidores y usuarios, alterándose así el funcionamiento eficiente del mercado en términos de libre y leal competencia.

Según el art. 62.1 de la Ley de Marcas 17/2001, se entiende por Marca Colectiva

> "todo signo susceptible de representación gráfica, de los expresados en el artículo 4.2, que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de los miembros de una asociación titular de la marca de los productos o servicios de otras empresas",

siendo su función distintiva primaria indicar el origen empresarial de los productos o servicios de los usuarios de la marca, tal como sucede con la marca individual. A su vez, señala el art. 68.1 de la misma ley que se entiende por Marca de Garantía

> "todo signo susceptible de representación gráfica, de los expresados en el artículo 4.2, utilizado por una pluralidad de empresas bajo el control y autorización de su titular, que certifica que los productos y servicios a los que se aplica cumplen unos requisitos comunes, en especial, en lo que concierne a su calidad, componentes, origen geográfico, condiciones técnicas o modo de elaboración del producto o de prestación del servicio",

siendo su función primaria indicar un estándar de calidad de los productos o servicios certificados por esa marca, o de poseer una serie de características comunes y singulares, función que tiene un carácter secundario en la marca individual y en la marca colectiva. En definitiva, mientras la marca individual y la marca colectiva indican una calidad homogénea de los productos o servicios distinguidos por la marca en un plano socioeconómico, la marca de garantía garantiza jurídicamente un cierto nivel de calidad en los productos o servicios identificados por ella[70].

Tanto las marcas colectivas como las de garantía son de uso colectivo, en las que debe distinguirse entre el titular de la marca y el colectivo de usuarios de ella. El titular no las usa, sino que se limita a autorizar y controlar su uso por terceros. Sus usuarios serán autorizados y controlados por el titular, normalmente mediante el mecanismo de la licencia de marca, entendiéndose satisfecha

[70] Carbajo (2009), p. 516 s., en Martínez (2009).

la obligación de uso con la utilización que de ella haga cualquiera de los usuarios autorizados para ello. Sin embargo, en el caso de la marca de garantía la distinción entre titular y usuarios tiene un mayor alcance, pues no está condicionado por requisitos de índole subjetiva como pudiese ser la pertenencia a una asociación, sino por el estricto cumplimiento de los requisitos objetivos relacionados con los componentes, la calidad, el origen geográfico, las condiciones técnicas o el modo de elaboración del producto o de prestación de servicio.

Se dice que las marcas colectivas tienen un impacto positivo sobre la eficiencia, aunque este viene moderado por el tamaño de la marca colectiva, produciéndose así una relación curvilínea en forma de U invertida, es decir, el impacto de la marca colectiva es menor cuando el conjunto de empresas que utiliza la marca es muy reducido o a la inversa si es muy grande, generándose los rendimientos óptimos en conjuntos de usuarios de tamaño medio. La posición tradicional postula que las marcas colectivas proporcionan economías de escala en producción y en promoción, al tiempo que también se sugiere que la marca colectiva tiene una influencia en la eficiencia de sus empresas miembro, debido a que señala una reputación colectiva que fomenta una inversión más eficiente en calidad. Sin embargo, la marca colectiva también puede tener un efecto opuesto sobre los incentivos de una empresa a una inversión en calidad, ya que dicha marca puede incentivar la aparición de "gorrones"[71]. Resulta indispensable, entonces, un sistema de administración y control eficaz respecto del cumplimiento de las obligaciones que pesan sobre quienes usan la marca colectiva.

La participación en una marca colectiva facilita, además, la especialización, lo que también permite ahorros significativos, al tiempo que la coordinación de actividades queda motivada por las complementariedades de demanda, por ejemplo, diversas empresas especializadas en producción de vinos requieren de una coordinación exigida por la pertenencia a una Denominación de Origen, la cual en definitiva crea una sinergia.

Se tiene, entonces, que una AIE administrando una marca colectiva evitará la duplicación de los costos fijos asociados con la promoción o, al menos, los reducirá en promedio. De hecho, uno de los objetivos perseguidos con el uso de marcas colectivas es reducir las inversiones de *marketing* requeridas en el lanzamiento de un nuevo producto[72]. La reputación colectiva fomenta una inversión eficiente en calidad por parte de las empresas que elaboran productos de experiencia donde la calidad del producto es difícil de observar antes de la compra, produciéndose, por consiguiente, graves problemas de información asimétrica entre consumidores y productores.

[71] Sellers (2011), p. 6 s.
[72] *Ibid*.

En definitiva, las marcas colectivas y de garantía permiten que se reduzca la incertidumbre en los consumidores, reduciéndose así, a su vez, la cantidad de información de *marketing* necesaria para vender.

Confirma lo dicho un estudio efectuado en 2011 al sector vinícola español[73], donde el vino es precisamente de un bien de experiencia, existiendo por cierto problemas de información asimétrica en perjuicio de los consumidores. En todo caso, no debe olvidarse que un importante riesgo de las marcas colectivas es que los defectos de calidad de cualquier marca individual podrían afectar a la imagen de la marca colectiva y, por tanto, a la imagen de todas las marcas individuales implicadas.

En consecuencia, se puede observar que efectivamente la AIE podría ser la entidad que, siendo independiente de sus asociados, y cumpliendo sin fin de lucro directo un objetivo auxiliar al giro de sus miembros, solicite y gestione la titularidad y utilización de marcas colectivas y de garantía, administrando en forma unificada y con un estándar común la utilización de estos signos distintivos en beneficio de los asociados, quienes, a su vez, no tendrán que invertir recursos en esta tarea, con lo que ganarán eficiencia en el desempeño de sus actividades principales, lo cual se traspasará en definitiva a los consumidores en la forma de mayor bienestar.

VII. La percepción de la AIE en España

Por último, se cita un estudio que busca analizar la AIE sobre la base de su desempeño transcurrida una década de vigencia[74, 75]. Si bien es antiguo, igual sirve para ilustrar empíricamente el comportamiento de esta institución en España, arrojando la siguiente caracterización:

a) El 78,51% de las AIE tiene un tamaño pequeño de menos de cincuenta empleados.
b) El 46,42% tiene un volumen de ventas inferior a trescientos millones de pesetas, es decir, se trata de agrupaciones más bien pequeñas; en tanto solo un 26,79% genera ventas por sobre mil millones de pesetas.
c) El 44,64% se dedica a realizar actividades auxiliares en áreas económicas catalogadas como "servicios diversos"; un 30,35% trabaja

[73] Sellers (2011), p. 22 s.

[74] Se trata del estudio "Análisis de las agrupaciones de interés económico", de la Dra. Emilia Aragón Bueno de la Universidad de Extremadura, realizado sobre una muestra de AIE de todo el territorio español, publicado en 2001.

[75] Nótese que por la época del estudio se habla de "pesetas" (recién en 2001 entró en circulación el euro).

en áreas correspondientes a comercio, energía y agua, y construcción; en tanto un 10% lo hace en las áreas de industria, transporte y telecomunicaciones.

d) El 84% opera dentro de España; el 7% trabaja a escala europeo y el 9% lo hace en el ámbito internacional.
e) Dentro de las que solo opera en el contexto nacional, el 44% trabaja solo en su provincia sede; el 20% opera dentro de su Comunidad Autónoma y el 36% lo hace abarcando varias comunidades autónomas.
f) El 21,43% tiene dos socios; el 50% tiene hasta tres socios; el 55% tiene hasta cuatro; el 58,93% tiene hasta cinco; el 41,07% tiene más de seis y el 66,07% tiene hasta nueve socios.
g) El 62,50% se compone solo de personas jurídicas privadas; el 23,21% está constituida por personas jurídicas privadas y personas físicas; en tanto ninguna (0%) está conformada solo por personas físicas o profesionales liberales.
h) El 95% están constituidas con el aporte de un capital inicial, en tanto solo el 5% fueron constituidas sin efectuar dicho aporte.
i) De aquellas AIE en las que se hizo un aporte inicial, el 66,03% recibió un capital inferior a diez millones de pesetas; en tanto solo un 3,78% recibió un aporte inicial superior a quinientos millones de pesetas.
j) De las AIE que recibieron un aporte inicial, el 86% lo recibió en dinero; el 2% lo hizo en bienes; el 8% recibió dinero y bienes a la vez (el 4% restante no contestó).
k) En cuanto al valor asignado a las aportaciones no dinerarias, el 57% recibió el aporte a valor de mercado; el 30% lo hizo a valor contable y en el 13% restante la valorización se hizo de otra manera.
l) El 70% no tiene establecido un sistema de aportes periódicos o esporádicos de parte de los socios como forma de financiación; en tanto el 30% sí posee este sistema.
m) De aquellas AIE que tienen establecido un sistema de aportaciones periódicas o esporádicas, en el 18% de ellas las cuotas son reintegrables a los socios; en tanto que en el 82% de los casos dichas cuotas no se les reintegran.
n) De las AIE que recibieron un aporte inicial, el 30% tiene socios que aportaron industria; en tanto el 70% no posee socios que hayan aportado industria.
ñ) Finalmente el 64,29% reparte todo el beneficio que genera a sus socios; el 28,57% reinvierte las utilidades en la misma AIE; en tanto el 7,14% señala que no reparte beneficios por no generar utilidades.

El estudio detecta una baja utilización de esta figura, señalando que en España las AIE se caracterizan por ser de tamaño pequeño a mediano, realizar sus actividades mayoritariamente en un radio limitado a su provincia o Comunidad Autónoma, poseer pocos socios, por lo general dos o tres, los cuales en todo caso son empresarios con personalidad jurídica, se destaca como rasgo preponderante la gran flexibilidad de esta figura, concluyendo que se trata de un mecanismo apropiado para ser utilizado por las Pymes. Señala, a su vez, como principales inconvenientes el tipo de responsabilidad que deben asumir los socios y las limitaciones al objeto de su actividad. Reconoce el estudio que el bajo nivel de implantación de esta figura en el ámbito societario español puede deberse a la poca publicidad que se le ha dado y a los inconvenientes ya señalados. En consecuencia, no obstante el bajo nivel de utilización que se observaba a fines de la década de 1990, se concluye que se trata de un instrumento adecuado para ser utilizado por las Pymes, tal como señalara el legislador al establecer esta figura.

VIII. Conclusiones

La importancia de estudiar la AIE, tras tres décadas de vigencia, es que efectivamente presenta un gran potencial para apoyar el emprendimiento, en especial como consecuencia de que favorece y fomenta la cooperación entre empresas, lo cual es muy relevante respecto de los pequeños negocios, no solo por la importancia que las Pymes tienen hoy en la economía, en especial en los países aun en vías de desarrollo, sino que, además, porque el trabajo independiente constituye una vía de autorrealización y de movilidad social que, en definitiva, contribuye a la superación de la pobreza y a la inclusión social. En consecuencia, se observa que la AIE es una poderosa herramienta para fortalecer el mercado, ya que hace posible a las empresas aumentar su grado de especialización y disminuir sus costos, lo cual resulta relevante especialmente en aquellos países donde las Pymes son un elemento clave para el funcionamiento de la economía.

Por tratarse de una entidad dotada de personalidad jurídica y con total capacidad para actuar en el tráfico jurídico, aunque sin conformar una nueva sociedad, que tiene como fin específico desarrollar una actividad auxiliar del giro principal de los asociados, y que está liberada de varios elementos y obligaciones que recaen sobre las sociedades, el empresario persona natural, y las entidades sin fines de lucro, la AIE constituye una interesante herramienta de fomento al emprendimiento, ya que puede desempeñar su cometido en favor de sus socios con mayor fluidez que la que caracteriza a las figuras mercantiles tradicionales.

Entre las ventajas más destacadas se encuentra su régimen fiscal, la independencia respecto de sus miembros y la flexibilidad. Sorprende la baja valoración a la ausencia de capital social y de patrimonio obligatorio. En general, el balance sobre el empleo de esta figura es favorable, aunque cabe señalar como principales inconvenientes la parquedad de la ley, en exceso concisa en algunos casos, la novedad de la figura, el régimen de responsabilidad de los socios y el carácter auxiliar de la figura que disuade la realización de determinadas labores o dificulta la definición del objeto social. Se estima que, no obstante las notables ventajas que la AIE genera, ha sido poco utilizada hasta ahora en gran medida producto del desconocimiento que de ella tienen los emprendedores.

Debe destacarse, además, los indudables beneficios que la AIE aporta al mercado en términos de eficiencia, tanto para empresas como para consumidores, en especial en cuanto a los nuevos usos propios del siglo XXI que pueden darse a esta figura, impensables cuando la AEIE y la AIE fueron creadas hace ya tres décadas como, por ejemplo, el poder utilizarse para administrar marcas colectivas o plataformas colaborativas, lo cual se traduce, en definitiva, en mayores niveles de bienestar general para toda la sociedad.

Por último, parece importante destacar que la AIE, que no existe en Chile, es una institución tremendamente novedosa para el derecho mercantil nacional, por cuanto una futura implementación en el ordenamiento jurídico chileno sería un real aporte al fomento del emprendimiento y la cooperación empresarial en Chile, en especial en el contexto de una economía que se ralentiza.

IX. Bibliografía

Alfaro Águila-Real, Jesús (2016). "Lecciones: la Agrupación de Interés Económico". Disponible en www.almacendederecho.org/ [fecha de consulta: 8 de febrero de 2019].

Alfonso Sánchez, Rosalía (2016). "Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social", en *Revista de Economía Pública, Social Y Cooperativa*, n.° 88, diciembre .

Aragón Bueno, Emilia (2001). "Análisis de las agrupaciones de interés económico", en *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, vol. XXX, n.° 109, julio- septiembre. Disponible en www.dialnet.unirioja.es/ [fecha de consulta: 7 de abril de 2019].

Baz Izquierdo, Fernando (1996). *Agrupaciones de interés económico y sus conexiones con la ley de sociedades limitadas*, Madrid: Civitas.

Campuzano, Ana Belén *et al.* (2014). *Agrupaciones de interés económico*, Madrid: Thomson Reuters.

González, Lydia (1998). "La cooperación interempresarial a través de las agrupaciones de interés económico, Universidad Europea de Madrid". Disponible en www.dialnet.unirioja.es/ [fecha de consulta: 8 de febrero de 2019].

Jordán Gladuf, Josep María *et al.* (2013). *Economía de la Unión Europea*, Madrid: Thomson Civitas.

Martín Moral, María Flora (2017). "Economía colaborativa y protección del consumidor", en *Revista de Estudios Europeos*, n.° 70, julio-diciembre.

Martínez Gutiérrez, Ángel *et al.* (2009). *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*, Madrid: La Ley.

Pascual Pons, Carlos (2018). "Los beneficios sociales de la competencia y su defensa", en IC*E Regulación de mercados y competencia*, n.° 905, noviembre-diciembre.

Sellers, Ricardo *et al.* (2011). "Valor de marca colectiva: aproximación desde el enfoque de la eficiencia, Ivie Serie EC". Disponible en www.dialnet.unirioja.es/ [fecha de consulta: 7 de abril de 2019].

Normas

Código Civil español (1889).

Código de Comercio español (1885).

Comisión Europea (2011). "Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal", 14 de enero.

Comisión Europea (2016a). "Guía revisada sobre la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales", 25 de mayo.

Comisión Europea (2016b). "Una Agenda Europea para la economía colaborativa", 2 de junio.

Ley 12/1991 de AIE.

Ley 17/2001 de Marcas.

Ley 27/2014 de Impuesto sobre Sociedades.

Ley 37/1992 de IVA.

Ley 55/2007 del Cine.

Parlamento europeo (2017), resolución de 15 de junio.

Real decreto legislativo 1/1993 sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Real decreto-ley 13/2014, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares.

Reglamento CEE n.° 2137/85 sobre AEIE.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea TFUE (redacción actual de 2007).

EL DERECHO DE PETICIÓN Y DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN FRENTE A LA NORMATIVA DE LIBRE COMPETENCIA EN CHILE Y ESTADOS UNIDOS: UNA LECTURA CONVERGENTE

COMPETITION LAW AND THE RIGHT TO PETITION IN CHILE AND THE UNITED STATES: A CONVERGENT READING)

Mario Ybar A.[*]
Mauricio Garetto B.[**]

Resumen. En este artículo analizamos sumariamente de qué modo el derecho chileno y estadounidense delimitan el ejercicio del derecho de petición y de acceso a la jurisdicción en atención a consideraciones de libre competencia. Mientras que en Estados Unidos el problema ha sido resuelto exclusivamente por vía jurisprudencial, dando lugar a lo que hoy se conoce como 'doctrina Noerr-Pennington', una descripción del tratamiento de esta cuestión en el derecho chileno supone considerar tanto la solución legislativa contenida la Ley n.º 20169, que Regula la Competencia Desleal, como la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Corte Suprema, cuyo desarrollo antecede la precitada ley. Sin perjuicio de ciertas diferencias y de distintos énfasis en el tratamiento del problema en ambas jurisdicciones, argumentamos que los desarrollos de ambas tienden a converger.

[*] Abogado, Universidad de Chile. LL.M University College London. Counsel, Garrigues. Correo electrónico: mario.ybar@garrigues.com

[**] Abogado Universidad de Chile. LL.M London School of Economics. Estudiante de doctorado, Universidad de Oxford. Correo electrónico: mauricio.garettoboeri@law.ox.ac.uk

Secciones de este artículo toman como base parte de un informe en derecho realizado por Mario Ybar para la Asociación de Armadores de Transporte Marítimo, Fluvial, Lacustre y Turístico del Sur Austral A.G., en relación con el procedimiento rol n.° 377-2019 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Palabras clave: Derecho de la competencia, abuso de posición dominante, competencia desleal, abuso de derecho, derecho de petición.

Abstract. In this article we analyze how the Chilean and US law delineates the right to petition in attention to considerations of competition law. While in the U.S. the issue has been decided exclusively by the jurisprudence –giving rise to what is known today as the 'Noerr-Pennington doctrine'–, the regulation of the subject by the national law has been constructed based on a legislative provision (law 20.169 which regulates unfair competition) as well as the jurisprudence of both, the Competition Court and the Supreme Court. Nonetheless the existence of certain differences and dissimilar accents on the treatment of the subject in both jurisdictions, the article argues that the developments of both tend to converge.

Keywords: competition law, abuse of dominance, unfair competition, abuse of process, right to petition.

I. Introducción: El derecho de petición y el derecho de acceso a la jurisdicción frente a la normativa de libre competencia

De conformidad con el art. 19 n.° 14 de la Constitución Política de la República de Chile, la misma reconoce a todas las personas

> 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.

Tradicionalmente, la doctrina nacional ha identificado en esta disposición la consagración del derecho de petición, a través del cual se garantiza la comunicación y el acceso directo de las personas a la autoridad para expresar sus problemas, planteamientos u observaciones, sin la existencia de barreras intermedias[1].

El contenido fundamental del derecho de petición es, desde una perspectiva temporal, doble. Por una parte, impide el establecimiento de prohibiciones u obstáculos ("barreras intermedias") a la formulación de solicitudes u observaciones que pudieran efectuar los individuos a los poderes públicos; por otra, impide que se impongan sanciones o agravios a los particulares en

[1] A modo ejemplar véase Nogueira (2008), pp. 90-91; Evans (1986), p. 28 ss.

razón de haber formulado tales solicitudes o la manifestado determinadas observaciones a la autoridad. Lo anterior explica la afirmación –habitual en la literatura– en cuanto a que del ejercicio del derecho de petición "no puede derivar perjuicio alguno para el peticionario", salvo que a su respecto este incurra en falta o delito[2].

Descrito de este modo general, resulta fácilmente concebible que el ejercicio del derecho de petición (y, en su caso, de acceso a la jurisdicción) pueda conflictuar en determinadas hipótesis con el bien jurídico protegido de competencia en los mercados o, de modo más preciso, con las normas de conducta de protección de la libre competencia establecidas en el art. 3° del decreto con fuerza de ley n. °1 de 2004 del Ministerio de Economía, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n.° 211 de 1973 (DL 211). Piénsese, por ejemplo, en las siguientes hipótesis:

i) un grupo de empresas que se desempeñan en un mismo mercado despliega un exitoso *lobby* ante el Congreso Nacional para que apruebe una legislación que los exceptúa de la aplicación de las normas de libre competencia;
(ii) el mismo grupo de incumbentes logra persuadir a un regulador sectorial de la adopción de regulaciones que dificultan la entrada de rivales al mercado o realiza solicitudes en sede administrativa que tienen un efecto comparable;
iii) uno o más agentes de mercado interpone(n) acciones judiciales en contra determinados competidores a raíz de lo cual se ralentiza su desempeño competitivo.

Ninguna de estas conductas es inverosímil o siquiera difícil de imaginar como parte de la realidad cotidiana de varias jurisdicciones. Y, en tanto es plausible argüir –parafraseando el tenor del art. 3° DL 211– que tales conductas son aptas para impedir, restringir o entorpezca la libre competencia, o que, al menos, han tendido a producir dichos efectos, se plantea la pregunta acerca de si quienes resultan afectados por estas solicitudes de intervención de los poderes públicos pueden justificadamente accionar en sede de libre competencia en contra de quienes solicitaron dichas intervenciones. Se presenta, en otras palabras, el problema de delimitación del derecho de petición en atención a la normativa de protección de la competencia, debiendo identificarse los criterios que permiten distinguir conductas amparadas por dicha garantía constitucional de aquellas susceptibles de calificar como ilícito anticompetitivo.

En este artículo examinamos breve y sumariamente la respuesta dada a este problema en Estados Unidos y Chile. Expondremos cómo, sin perjui-

[2] Nogueira (2008), p. 91. Véase, en el mismo sentido, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2003).

cio de ciertas diferencias, los desarrollos de cada jurisdicción presentan fuertes similitudes, permitiendo interpretar ambos en un sentido convergente. Según veremos enseguida, la solución estadounidense supone, por una parte, el reconocimiento de una exención general de aplicación de la normativa libre competencia para aquellas conductas realizadas al amparo del derecho de petición y, por otra, el reconocimiento de una excepción a dicha exención general que se configura en caso de ejercicio no genuino o ilegítimo [sham] de peticiones o acciones. En Chile, en tanto, la solución supone diferenciar el ámbito de ejercicio legítimo del derecho de petición (y acción) –en cuyo contexto no cabe una evaluación de los efectos de tal ejercicio para la libre competencia– del ejercicio manifiestamente abusivo de tales derechos –que, una vez acreditado, configurará un ilícito anticompetitivo si se demuestra que el mismo es apto para restringir o tender a restringir la competencia–.

Dos prevenciones son pertinentes a efectos de facilitar la exposición posterior. La primera es que en este trabajo haremos referencia al derecho de petición comprendido de un modo amplio, esto es, comprendiendo solicitudes de particulares dirigidas a cualquier órgano del Estado o poder público, incluidos aquellos que no forman parte de la administración (como es el caso, por ejemplo, de solicitudes dirigidas a los tribunales de justicia). La prevención se justifica por el hecho de que, en la literatura constitucional chilena, trabajos recientes tienden a distinguir el derecho de petición de la garantía de acceso a la jurisdicción a través de acciones y recursos, la que por lo común es denominada "derecho a la acción" o "derecho de acceso la jurisdicción", indicando que este último derivaría del art. 19 n.° 3 C. Pol. (en lugar del art. 19 n.° 14), entre otras disposiciones[3]. En tanto, la posición doctrinaria tradicional, tiende a considerar que el derecho a activar actividad jurisdiccional puede entenderse como expresión del derecho de petición[4]. La posición que se adopte a este respecto es irrelevante para los efectos de este trabajo. Según queda de manifiesto en el título de este artículo, el análisis que se realiza y las conclusiones que se sostienen son también aplicables respecto de la interposición de acciones ante tribunales de justicia aun si ellas no se entienden como expresión del derecho de petición, sino de otra garantía constitucional.

La segunda prevención es que se entenderá que tanto el ejercicio de recursos en especial regulados en la ley (u otras formas de peticionar ante una autoridad que se encuentran especialmente reconocidas en la legislación) como la formulación de peticiones no reguladas o informales, son expresión del derecho de petición. Esta prevención se justifica por el hecho de

[3] Véase, por ejemplo, Bordalí (2000), p. 718; Nogueira (2008), p. 92.

[4] Véase, por todos, Couture (1958).

que, en ocasionas, con la finalidad de enfatizar que el ejercicio del derecho de petición no requiere estar en una relación determinada con la autoridad o tener forma de legitimación activa alguna, algunos sectores de la doctrina han señalado que este tendría un carácter 'residual' y que el mismo no se confundiría, por ejemplo, con el ejercicio de recursos administrativos (los que están especialmente regulados en la ley y suponen una relación determinada entre el particular y la administración)[5].

Ambas clarificaciones, como veremos, son importantes para comprender los razonamientos que subyacen a la jurisprudencia nacional y estadounidense, los cuales están guiados también por una concepción amplia del derecho de petición.

II. Estados Unidos: La doctrina Noerr-Pennington

1. Aspectos generales

En Estados Unidos, el problema de delimitación del derecho de petición en relación con la normativa de libre competencia comenzó a desarrollarse por vía jurisprudencial hacia casi seis décadas en lo que hoy se conoce como la doctrina Noerr-Pennington. De conformidad con la misma, el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de participar en el proceso democrático solicitando al Estado lo que se crea pertinente tiene primacía sobre los potenciales efectos que esta intervención pudiese tener en materia de competencia. Es en cierto sentido evidente –como observa Herbert Hovenkamp– que el proceso democrático "habitualmente produce resultados anticompetitivos"[6] y que ello no es un motivo en sí mismo suficiente para establecer limitaciones basadas en consideraciones de competencia. De ahí que, desde la perspectiva (restringida) de esta última, Herbert Hovenkamp asevere expresivamente que lo anterior puede ser visto como una manifestación de "parte del precio que pagamos por la democracia"[7].

Su importancia reside precisamente en la protección del derecho fundamental de los ciudadanos de incidir en el actuar de los diversos órganos del Estado y afectar el proceso de toma de decisiones de estos últimos, cualquiera sea su naturaleza. En efecto, la Corte Suprema de Estados Unidos ha

[5] Así, Nogueira (2008), p. 92.
[6] Hovenkamp (2016), p. 919.
[7] *Op. cit.*, p. 932.

desarrollado esta doctrina fundamentalmente al alero de los principios de la Primera Enmienda de la constitución de dicho país, recordando que el derecho de petición es una de las libertades más valiosas que fueran protegidas por la Bill of Rights. Así lo ha reconoce también en la actualidad la Federal Trade Commission (FTC) en el contexto de sus lineamientos de fiscalización desarrollados para respetar el alcance de esta doctrina:

> "Como ha explicado la Corte Suprema en una serie de casos que llegado ser conocidos colectivamente como doctrina Noerr-Pennington, los tribunales deben interpretar la Sherman Act de forma tal que se respete la capacidad de los órganos de gobierno [goverment] para adoptar, y el derecho de los ciudadanos de solicitar, acciones gubernamentales –incluso cuando la acción de gobierno limita o elimina la competencia. Basada en los principios de la Primera Enmienda y en aprensiones acerca del detrimento del proceso de toma de decisiones a nivel gubernamental, la protección otorgada por Noerr y las decisiones que lo siguieron promueven importantes objetivos en nuestra democracia. Como la Corte Suprema ha notado, el derecho de petición [right to petition goverment] se encuentra 'entre las más preciosas libertades garantizadas por la Bill of Rights' "[8].

Adicionalmente, tratándose de solicitudes a la autoridad realizadas por diversos agentes que se encuentran en una similar situación, ciertos pronunciamientos de la Corte estadounidense han considerado también el derecho de asociación entre grupos con intereses comunes para formular en conjunto sus peticiones o requerimientos ante los órganos del Estado competentes[9].

Un elemento característico de ella es su aplicación respecto de todos los poderes del Estado [branches of goverment], esto es, administrativo, legislativo y judicial[10], así como respecto de acciones de diversa naturaleza

[8] FTC (2006) p. 3. La traducción es nuestra. La referencia final es a United Mine Workers v. Illinois State Bar A, 389 U.S. 217, 222 (1967).

[9] En menor medida, también sobre la base del derecho de petición, otras decisiones han destacado la importancia de que los particulares puedan requerir de los órganos del Estado las acciones que estimen convenientes a efectos de resguardar el adecuado proceso de toma de decisiones de estos últimos [sobre el particular, véase FTC (2006), pp. 12-15]. La Corte ha razonado que, si tal derecho no fuera protegido, los poderes públicos no estarían en condiciones, en otros casos, de adoptar decisiones que remuevan obstáculos a la competencia

[10] Como veremos enseguida, ello es bastante claro en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense y así ha sido constatado repetidamente en la literatura. Véase, por ejemplo, American Bar Association (2009) p. 70: "[…] the case law is clear that petitioning immunity applies to any brunch of government […]. En el mismo sentido, Holmes (2006), p.

ante los poderes públicos destinadas a que estos actúen de determinada manera (sea a través de solicitudes informales o no reguladas, como aquellas destinadas a persuadir a la autoridad de adoptar nuevos cursos de acción –*v. gr.* acciones de *lobby*–; sea mediante el ejercicio de derechos, recursos u otros mecanismos consagrados en el ámbito legal que determinan el resultado de una decisión de tales órganos). De este modo, Noerr-Pennington ha resultado plenamente aplicable también, entre otros, respecto de la interposición de acciones ante los tribunales de justicia (y, de hecho, este constituye un importante ámbito de aplicación de la doctrina) o respecto del ejercicio de derechos o la presentación de recursos ante la administración del Estado. Como anticipamos, su justificación por referencia al derecho de petición [right to petition] en la tradición estadounidense, se ha desarrollado bajo una comprensión amplia del mismo[11, 12].

2. *Contenido sustantivo de la doctrina Noerr-Pennington*

Esta doctrina se origina en dos decisiones dictadas a comienzos de la década de 1960 por la Corte Suprema de Estados Unidos –a partir de las cuales se deriva su nombre–. Pronunciamientos posteriores de la Corte han precisado y clarificado sus alcances. En lo que sigue, haremos referencia pormenorizada a las decisiones más relevantes.

i. Eastern Railroad Conference v. Noerr Motor[13]

La primera decisión que cabe referir recayó sobre una acción interpuesta por un grupo de empresas de camiones contra empresas de ferrocarriles, fundada en que estas últimas, mediante el uso de información falsa, habrían conseguido persuadir al Poder Ejecutivo de establecer medidas que les otorgaban una ventaja competitiva sobre otros medios de transporte. En este caso, la Corte Suprema desestimó la demanda, argumentando que el ejercicio del derecho de petición ante el legislador o el Ejecutivo para que adopte un curso de acción

812 §8:8: La doctrina Noerr-Pennington hace a las normas del derecho antitrust "inapplicable to individual or group action intended to influence legislative, executive, administrative, or judicial decision-making".

[11] Véanse los párrafos finales del acápite precedente.

[12] En el caso estadounidense, dicha noción amplia del derecho de petición deriva de una comprensión amplia del concepto de autoridad, esto es, el poder público que puede actuar como receptor de las peticiones de los particulares.

[13] Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, 365 US. 127, 81 S. Ct. 523 (1961).

particular no puede generar responsabilidad en sede de libre competencia. La sentencia estableció que la Sherman Act

> "[…] no prohíbe a dos o más personas de asociarse conjuntamente en un intento de persuadir al legislador o al ejecutivo de adoptar acciones particulares con respecto a normas que producen una restricción o monopolio"[14].

En el fallo, la Corte concluyó que existía una diferencia clara entre tales esfuerzos de asociación y las formas de asociación típicamente consideradas atentatorias contra el Sherman Act, las que se caracterizan por el hecho de que las partes, a través de acuerdos o entendimientos, sacrifican o ponen a disposición su libertad comercial [trade freedom] mediante mecanismos tales como fijación de precios, boicots o repartos de mercado.

Este razonamiento está en la base de la doctrina en análisis, toda vez que permite a la Corte diferenciar de forma cualitativa esfuerzos conjuntos amparados por el derecho de petición de aquellos acuerdos entre competidores propios de un ilícito contra la competencia:

> "Aunque esas asociaciones [aquellas que buscan persuadir al legislador o al ejecutivo de adoptar acciones particulares con respecto a normas que producen una restricción o monopolio [supra]] podrían, tal vez, a través de un proceso de construcción expansiva, considerase subsumibles bajo la prohibición general de 'acuerdo(s) …restrictivos del comercio' ['combination[s]… in restraint of trade'], ellas presentan ninguna o muy poca semejanza con aquellas asociaciones que normalmente se consideran atentatorias contra el Sherman Act, asociaciones que ordinariamente se caracterizan por un acuerdo expreso o tácito, o un entendimiento de que los participantes conjuntamente renuncian a su libertad comercial [trade freedom], o bien colaboraran mutuamente para despojar a otros de su libertad comercial [trade freedom], a través del uso de instrumentos tales como acuerdos fijación de precios, boicots, acuerdos de reparto de mercado, y otros arreglos semejantes […]
>
> Esta diferencia esencial entre un acuerdo conjunto que busca [que se dicte] legislación o se haga cumplir la ley [law enforcement] y los acuerdos tradicionalmente sancionados por el § 1 de la ley [Sherman Act], incluso si no se consideran por sí mismos concluyentes con respecto a la pregunta sobre aplicación de dicha ley, constituyen una advertencia a

[14] *Op. cit.*, 136. La traducción es nuestra. El original es del siguiente tenor: "We think it equally clear that the Sherman Act does not prohibit two or more persons from associating together in an attempt to persuade the legislature or the executive to take particular action with respect to a law that would produce a restraint or a monopoly".

> tratar la conducta de los demandados como si ella fuese equivalente a una restricción al comercio de derecho común. Y creemos que la pregunta se resuelve de modo concluyente, en contra de la aplicación de dicha ley [Sherman Act], cuando esa falta de similitud esencial es considerada en conjunto con otras dificultades que se presentarían en caso de sostener que el Sherman Act prohíbe asociaciones con el propósito de influenciar la dictación o el cumplimiento [enforcement] de las leyes"[15].

La decisión también es relevante por el hecho de que la Corte estableció que aquellos actos incidentales que constituyen un esfuerzo genuino de influencia en la dictación y aplicación de normas por parte de la autoridad [legislation and law enforcement practices], están también cubiertos por la inmunidad que confiere la doctrina en análisis. Lo anterior, incluso, cuando de dichos esfuerzos pueda derivarse perjuicio para los intereses de las partes contra quienes los mismos se dirigen.

En efecto, la Corte desestimó en este contexto que la producción y difusión de una serie de circulares, discursos, artículos de diarios y memorándums en que se discutían ciertos cargos formulados por los empresarios de ferrocarriles en contra de los empresarios de camiones, constituyese una infracción al Sherman Act. En dichas publicaciones se hacía mención a que los camiones pesados dañaban las carreteras, infringían las normas jurídicas y creaban riesgos de tránsito, y se propugnaba, entre otros, que los mismos fuesen compelidos a respetar las leyes, forzados a pagar una justa porción de los costos de reparación de calzadas y que se les impusieran límites al peso que les era permitido transportar. La Corte razonó que era inevitable que ciertas acciones destinadas a tener efecto en la dictación o en la aplicación de las leyes por parte de la autoridad tuvieran costos para las contrapartes de quienes las impulsan y que ello –aun si la parte que acciona se había representado tales costos– no era una razón para considerarlas ilícitas[16].

La Corte previno, no obstante, que podían existir otras situaciones en las cuales una campaña efectuada con publicidad, aparentemente dirigida a influir la acción gubernamental, pudiera constituir un sham destinado a encubrir una acción que no fuese otra cosa que un intento de interferir de forma directa en las relaciones de negocio de un competidor, en cuyo caso la aplicación de las normas del Sherman Act estaría justificada. Como veremos, este reconocimiento es importante, pues anticipa la excepción de sham litigation o sham petitioning que se delineará en la jurisprudencia posterior.

[15] Idem. La traducción es nuestra.

[16] Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, 365 US. 127 (1961), 142-144.

La Corte no profundizó sobre el particular en Noerr, toda vez que descartó tempranamente que se diera una hipótesis de sham. Lo anterior, fundado en que los hechos daban cuenta de que los empresarios ferrocarrileros habían desplegado un 'esfuerzo genuino' por influir en la dictación de legislación y en las prácticas de fiscalización y aplicación de la ley desarrolladas por la autoridad ("a genuine effort to influence legislation and law enforcement practices")[17].

ii. United Mine Workers v Pennington[18]

Tiempo después, conociendo United Mine Workers v Pennington, la Corte Suprema amplió los razonamientos ofrecidos en Noerr señalando que los esfuerzos de persuasión desplegados ante el gobierno, incluso cuando este actúa en calidad de partícipe del mercado, también estaban exentos de la aplicación de las normas de competencia.

Pennington es relevante, en primer lugar, porque se reconoce con claridad que la exención ya reconocida en Noerr se extiende más allá del ámbito legislativo. En este caso particular un sindicato de trabajadores de carbón y un grupo de mineras de gran tamaño había buscado persuadir a la autoridad administrativa de que exigiera un salario mínimo más alto para aquellas compañías que pretendían abastecer de carbón a una agencia pública, medida que tenía el efecto de excluir otros oferentes.

En segundo lugar, Pennington es importante porque, coherentemente con el análisis seguido en Noerr, la Corte Suprema estableció que era irrelevante si las partes perseguían una determinada acción gubernamental cuyo efecto sería mermar el desempeño competitivo de sus rivales. Los esfuerzos conjuntos dirigidos a influenciar a la autoridad [public officials] –sentenció– no violan normas de competencia, aunque las medidas que se persiguen tengan el propósito de eliminar la competencia[19].

iii. California Motor Transport Co. v Trucking Unlimited[20.]

Luego, en California Motor, la Corte Suprema se pronunció en un caso en que se alegaba que un grupo de transportistas incumbentes en rutas interestatales habrían conspirado conjuntamente para la presentación de reque-

[17] *Op. cit.*, 144.

[18] United Mine Workers v Pennington, 381 US. 657, 85 S.Ct. 1585 (1965).

[19] *Op. cit.*, p. 670. Como estableció la Corte "Noerr protege de la aplicación del Sherman Act a esfuerzos conjuntos de persuasión a los 'oficiales públicos', con prescindencia de su intención o propósito" ["Noerr shields from the Sherman Act a concerted effort to influence public officials regardless of intent or purpose"], *ibid*.

[20] California Motor Transport Co. v Trucking Unlimited, 404 U.S. 508, 92 S.Ct. 609 (1972).

rimientos y solicitudes ante a la autoridad administrativa, con el supuesto propósito de frustrar la adquisición de nuevos derechos de operación por parte de aquellos transportistas que operaban en el ámbito intraestatal. En este contexto, la Corte estableció de manera inequívoca que la jurisprudencia de Noerr-Pennington aplica al derecho de petición ejercido ante cualquiera de los poderes del Estado, incluido el derecho a presentar acciones judiciales o la presentación de reclamos ante las autoridades del Poder Ejecutivo. La sentencia estableció:

> "Resultaría destructivo de los derechos de asociación y de petición sostener que grupos con intereses comunes no pueden, sin quebrantar las normas de libre competencia, usar los canales y procedimientos del Estado, las agencias federales y los tribunales para promover sus causas y puntos de vista con respecto a la resolución de sus negocios y sus intereses económicos frente a sus competidores"[21].

California Motor también es relevante porque en esta decisión comenzó a esbozarse con mayor notoriedad la excepción para la inmunidad conferida por la doctrina Noerr-Pennington: sham petitioning. Como vimos, la Corte había anunciado previamente esta posibilidad en Noerr (supra) y la había reiterado de otro modo en Walker Process Equipment v Food Machinery & Chemical Corp[22]. Y, aunque en California Motor la Corte no desarrolla todavía criterios claros para determinar cuándo se configura la excepción de sham –el alcance de la excepción se fue delineando de manera progresiva, según veremos enseguida, en pronunciamientos posteriores–, la decisión avanza por la vía de identificar al menos un primer caso de sham: esfuerzos destinados a impedir a terceros el acceso efectivo a las agencias públicas y tribunales, lo que se opone directamente al fundamento de Noerr-Pennington (*i.e.* proteger esfuerzos de persuasión a los poderes públicos, sin importar su intención o propósito).

[21] *Op. cit.*, 511. Traducción nuestra del original en inglés: "It would be destructive of rights of association and of petition to hold that groups with common interests may not, without violating the antitrust laws, use the channels and procedures of state and federal agencies and courts to advocate their causes and points of view respecting resolution of their business and economic interests vis-a-vis their competitors".

[22] En efecto, en Walker Process Equipment v Food Machinery & Chemical Corp , caso referido al ejercicio de acciones judiciales para proteger una patente obtenida fraudulentamente, la Corte Suprema había señalado también que el ejercicio de ciertas acciones judiciales no estaba exento de responsabilidad en sede de libre competencia, pero no había desarrollado todavía una regla sobre la materia para clarificar bajo qué condiciones podía acarrear responsabilidad.

iv. City of Columbia v Omni Outdoor Advertising[23]

Columbia es un caso de particular importancia para el desarrollo de un criterio general que permita determinar cuándo se configura una excepción de sham. La Corte precisó que una petición podía caracterizarse como sham cuando la misma constituye un subterfugio tendiente a dañar rivales mediante las cargas que impone el proceso de petición en sí mismo, y no mediante la acción gubernamental solicitada[24].

El mismo fallo previene, no obstante, que, si existe intención de obtener la intervención estatal y una razonable probabilidad de obtenerla, la petición no podrá calificarse como sham, aunque el competidor resulte más afectado por el proceso de petición mismo que por la decisión gubernamental[25].

En efecto, desechando un alegato del demandante, la Corte Suprema previno que ciertos razonamientos formulados previamente en California Motors se habían hecho en un contexto determinado por procedimientos y acciones ejercicios sin causa probable y sin miramiento al mérito de los casos. La Corte advirtió que extender la aplicación de esos razonamientos a contextos en que el proceso regulatorio ha sido invocado de manera genuina [*genuinely*], convertiría al derecho de la competencia en un regulador del proceso político, que es lo que precisamente la jurisprudencia previa de la Corte Suprema sobre el particular había buscado deliberadamente evitar[26].

v. Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries[27]

Por último, en Professional Real Estate, la Corte Suprema precisó que en la medida que exista un "esfuerzo de litigación objetivamente razonable" una acción judicial no podrá ser considerada como sham independiente de la intención subyacente de quien acciona[28]. A este respecto, la Corte añadió que

[23] City of Columbia v Omni Outdoor Advertising, 499 U.S. 365, 381, 111 S.Ct. 1344, 1354 (1991).

[24] En palabras de la Corte: "But the purpose of delaying a competitor's entry into the market does not render lobbying activity a "sham," unless (as no evidence suggested was true here) the delay is sought to be achieved only by the lobbying process itself, and not by the governmental action that the lobbying seeks". City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, 499 U.S. 365 (1991), 381. Véase Hovenkamp (2016), p. 930.

[25] Así lo explica Herbert Hovenkamp, con su claridad habitual. Véase Hovenkamp (2016), p. 931.

[26] Véase City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, 499 U.S. 365 (1991), pp. 381-382.

[27] Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49 (1993).

[28] En efecto, el máximo tribunal estadounidense sostuvo: "[…] In California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited […], we elaborated on Noerr in two relevant respects. […] We

una acción judicial exitosa constituye, por definición, un esfuerzo razonable de petición[29]. En contraste –previno– los tribunales deben resistirse a la "entendible" tentación de concluir *post hoc*, sin justificación suficiente, que una acción que no resultó exitosa es por ello irracional o carente de justificación[30]. Por el contrario, si la acción carece objetivamente de fundamento, deberá indagarse si aquella esconde la "intención de interferir directamente con el desempeño comercial de un competidor"[31]. Cumplidos ambos requisitos una acción judicial resultará susceptible de calificarse como sham, perdiendo así la inmunidad de cara a la libre competencia.

Profesional Real State reviste una importancia insoslayable, entre otros, porque la Corte Suprema, precisando la jurisprudencia precedente, formula un 'test' general de dos pasos para evaluar si una determinada forma de litigación califica como sham –y, de este modo, establecer una excepción a la "inmunidad" conferida por doctrina Noerr-Pennington–. De conformidad con este procedimiento –que, siendo Profesional Real State el fallo más reciente de entre los ya reseñados, permite en cierto modo resumir la aproximación que seguiría hoy la Corte Suprema estadounidense–, deben cumplirse dos condiciones (una objetiva y otra subjetiva), para que se configure una excepción de sham. En primer lugar, debe concluirse que la acción interpuesta carece objetivamente de sustento, en el sentido preciso en que ningún litigante razonable podría, bajo una perspectiva realista, esperar éxito sobre la base de su mérito[32]. En segundo lugar, debemos estimar

left unresolved the question presented by this case –whether litigation may be sham merely because a subjective expectation of success does not motivate the lawsuit. We now answer this question in negative and hold that an objectively reasonable effort to litigate cannot be a sham regardless of subjective intent". Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. (1993), pp. 56-57.

[29] Véase *Op. cit.*, p. 58: "And we have explicitly observed that a successful 'effort to influence governmental action ... certainly cannot be characterized as a sham'". La referencia interna es a Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc., 486 U. S., 500. Véase también el extracto transcrito en la nota que sigue.

[30] *Op. cit.*, p. 60, n. 5: "A winning lawsuit is by definition a reasonable effort at petitioning for redress and therefore not a sham. On the other hand, when the antitrust defendant has lost the underlying litigation, a court must 'resist the understandable temptation to engage in post hoc reasoning by concluding' that an ultimately unsuccessful 'action must have been unreasonable or without foundation'. [...] The court must remember that '[e]ven when the law or the facts appear questionable or unfavourable at the outset, a party may have an entirely reasonable ground for bringing suit'".

[31] Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, 508 U.S. 50, 113 S.Ct. 1922, citando a Noerr, 144.

[32] *Op. cit.*, p. 60: "We now outline a two-part definition of "sham" litigation. / First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically

que la acción interpuesta constituye un esfuerzo de interferencia directa en los negocios de un competidor a través del uso, como herramienta anticompetitiva, de los procedimientos públicos en cuanto tales, por oposición al resultado de tales procedimientos. Este segundo aspecto debe evaluarse solo en caso de que el primer requisito (carencia de méritos en sentido objetivo) se satisfaga[33].

Como ha enfatizado la Corte, el efecto de probar ambos elementos se traduce en la inaplicabilidad de la inmunidad de la doctrina Noerr al caso, sin que por ese solo hecho se configure un ilícito para la competencia. En otras palabras, la demostración de que se configura la excepción de sham no libera al demandante de la carga de probar una infracción a la libre competencia[34].

III. Chile: el derecho de petición y el abuso de derecho en la jurisprudencia del TDLC y la Corte Suprema

A diferencia de Estados Unidos –donde, como examinamos, las limitaciones que cabe imponer al ejercicio del derecho de petición ante la autoridad por consideraciones de libre competencia se han desarrollado principalmente por vía jurisprudencial–, Chile cuenta en la actualidad con legislación específica que sanciona el ejercicio abusivo de acciones judiciales. Lo anterior confirma el carácter no absoluto de los derechos a la acción (o de "acceso a la justicia") y de petición. Según reiteradamente ha reconocido el Tribunal Constitucional, tal carácter no absoluto permite que en la legislación se establezcan,

expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail […]".

[33] *Op. cit.*, pp. 60-61: "Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant's subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals 'an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor,' Noerr, supra, at 144 […], through the 'use [of] the governmental process-as opposed to the outcome of that process-as an anticompetitive weapon', Omni, 499 U. S., 380 […]. This two-tiered process requires the plaintiff to disprove the challenged lawsuit's legal viability before the court will entertain evidence of the suit's economic viability".

[34] *Op. cit.*, p. 61: "[…] Of course, even a plaintiff who defeats the defendant's claim to Noerr immunity by demonstrating both the objective and the subjective components of a sham must still prove a substantive antitrust violation. Proof of a sham merely deprives the defendant of immunity; it does not relieve the plaintiff of the obligation to establish all other elements of his claim".

entre otros, mecanismos destinados a desincentivar la litigación "infundada o puramente dilatoria"[35].

En la actualidad, el art. 4° letra g) de la Ley n.º 20169, que Regula la Competencia Desleal ("ley de competencia desleal"), establece que se considerará como acto de competencia desleal: "[...] g) El ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales con la finalidad de entorpecer la operación de un agente del mercado".

Como sabemos, la legislación también reconoce de forma explícita la posibilidad de que las prácticas de competencia desleal (de otro modo de competencia del juez civil) puedan, bajo ciertas circunstancias, operar como instrumento de afectación de la libre competencia, estableciendo que se considerarán como actos que impiden, restringen o entorpecen esta última, o que tienden a producir dichos efectos, cuando aquellas sean "realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante" (art. 3° del DL 211, letra c).

A raíz de lo anterior, el TDLC y subsecuentemente (como consecuencia de la interposición de recursos de reclamación) la Corte Suprema, han tenido ocasión de pronunciarse en una serie de casos acerca del ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales como ilícito anticompetitivo, dando lugar a una crecientemente robusta jurisprudencia sobre el particular[36]. En estricto rigor, dicha jurisprudencia había comenzado a desarrollarse, incluso, antes de que fuese dictada la ley de competencia desleal, conociendo el TDLC de dichas acciones bajo del tipo genérico del inciso primero art. 3° del DL 211 o bajo imputaciones de abuso de posición dominante del demandante. De conformidad con esta jurisprudencia resulta claro que –más allá del tenor del art. 4° letra g) de la Ley n.º 20169, restringido a acciones judiciales– el ejercicio de acciones y solicitudes en sede administrativa se encuentra sujeto a los mismos criterios para determinar bajo qué circunstancias constituye uno manifiestamente abusivo y, subsecuentemente, podría llegar a configurar una infracción al art. 3° del DL 211[37].

---

[35] Véase, a modo ejemplar, Tribunal Constitucional (2008), cons. 26. Véase también Tribunal Constitucional (2009b) y Tribunal Constitucional (2009a). La jurisprudencia que reconoce la legitimidad de imponer limitaciones al ejercicio de este derecho es abundante.

[36] Véase Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006a); Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006b); Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009a); Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009b) y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012). Véase también el conjunto de pronunciamientos de la Corte Suprema recaídos sobre los recursos de reclamación interpuestos en contra de: Corte Suprema (2007); Corte Suprema (2009); Corte Suprema (2009); Corte Suprema (2011) y Corte Suprema (2013).

[37] Como veremos enseguida, prácticamente todos los casos de los que ha conocido el H. Tribunal en este contexto corresponden al ejercicio manifiestamente abusivo de accio-

1. *Pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*

Cuatro elementos recurrentes en la jurisprudencia nacional merecen destacarse en especial, en tanto permiten comprender el marco analítico y los criterios específicos disponibles para calificar el ejercicio de acciones o derechos como manifiestamente abusivo. Examinaremos ellos a continuación.

i. Tendencia al análisis global del conjunto de acciones ejercidas por el demandado; evaluación de razonabilidad de las acciones (no de su mérito sustantivo) y de la eventual persecución de una 'finalidad desviada'

Desde temprano –incluso antes de la dictación de la ley de competencia desleal– el TDLC ha centrado su análisis en los efectos del conjunto de acciones interpuestas por el demandado, cuyos efectos suelen analizarse de manera global.

A lo anterior subyace una preocupación explícita por no sustituir ni reproducir el juicio de *mérito* (o de evaluación de fondo) de cada acción individual que corresponda hacer en la sede judicial o administrativa pertinente. Lo anterior, no obsta, sin embargo, de que a efectos de evaluar si se configura la hipótesis de ejercicio manifiestamente abusivo, el Tribunal pueda evaluar su razonabilidad (sobre esto último, véase infra, iii).

Los razonamientos del TDLC en Recalcine/Novartis son particularmente ilustrativos a este respecto:

> "Noveno. Que no corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto del mérito individual de cada una de las acciones interpuestas por Novartis, ya descritas, o de las medidas precautorias dictadas en cada uno de dichos procesos, por ser de incumbencia de cada sede administrativa y/o judicial ante las que se encuentran radicados. […]
>
> Décimo. […] Que lo anterior no inhibe a este Tribunal para pronunciarse respecto del conjunto de acciones interpuestas, analizadas en forma global, como una estrategia procesal, en cuanto a sus posibles efectos

nes administrativas y judiciales (a diferencia del caso estadounidense, no se han planteado pronunciamientos sobre otra clase de solicitudes a los poderes públicos como, por ejemplo, modificaciones de regulaciones administrativas). La única excepción a lo anterior la constituye la sentencia 35/2005, de 27 de diciembre de 2005, que, en su considerando undécimo y en el considerando quinto del voto de minoría, se refiere al derecho para proponer a las autoridades modificaciones legales o reglamentarias. Ambos considerandos dan a entender claramente que dicha actividad se encuentra amparada por el derecho de petición, de manera que no puede vulnerar la normativa de libre competencia.

> respecto de la libre competencia. Esto es, si las acciones, constituyen una herramienta usada con el objetivo de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, fines desviados de los que naturalmente les corresponde dentro del ordenamiento jurídico"[38].

Como observamos, tal enfoque tendiente al análisis global del conjunto de acciones interpuestas por el demandado parece justificarse también por la posibilidad de que a través del conjunto se busque materializar una estrategia procesal mayor, a la que subyazca la utilización de diversas acciones para cumplir una finalidad desviada de la que naturalmente les corresponde en el ordenamiento jurídico.

Más tarde, el Tribunal ha hecho explícito que para que pueda configurar la hipótesis de competencia desleal consistente en abuso de acciones judiciales –y, subsecuentemente, sancionarse un ilícito anticompetitivo conforme a lo dispuesto en el art. 3° letra c) del DL 211–, es imprescindible que se ejerzan varias acciones:

> "[…] Que, en todo caso, tampoco es procedente considerar que la acción ejercida en autos sea constitutiva de un ilícito anticompetitivo, por un lado, porque para que se pueda configurar la hipótesis de competencia desleal de abuso de acciones judiciales, es preciso que se ejerzan en forma manifiestamente abusiva varias acciones, tal como se desprende inequívocamente de lo dispuesto en el literal g) del artículo 4° de la Ley N° 20.169 que Regula la Competencia Desleal, y que esto impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, según lo dispone el artículo 3° del DL N° 211"[39].

ii. Finalidad inequívoca de impedir, restringir o entorpecer la libre competencia

En segundo lugar, la jurisprudencia del TDLC reiterada y consistentemente ha expresado que para considerar abusivo e ilícito el ejercicio de solicitudes o acciones en sede judicial o administrativa, es necesario que el mismo tenga por "objetivo exclusivo" o por "finalidad inequívoca" impedir, restringir o entorpecer la competencia. La primera sentencia referida a esta materia (sen-

[38] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006a). Véase también el considerando octogésimo séptimo de la sentencia 47/2006, ya citada: "Octogésimo séptimo: Que, en cuanto al conjunto de acciones y medidas precautorias singularizadas en el considerando trigésimo Segundo […]. En el marco de esas acciones, respecto de cuyo mérito individual no corresponde pronunciarse a este Tribunal, SPL solicitó y obtuvo las medidas precautorias […]".

[39] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009a), c. sexagésimo primero.

tencia 46/2006, dictada en Recalcine/Novartis) utiliza la expresión "objetivo exclusivo"[40]. Decisiones posteriores, en tanto, han utilizado reiteradamente la expresión "finalidad inequívoca"[41]. La decisión del Tribunal en Telmex/CTC es un buen ejemplo sobre el particular:

> "[…] para determinar si la interposición de diversas acciones o recursos configuran un atentado a la libre competencia, es preciso dilucidar, entre otras cosas, si las mismas tuvieron por finalidad inequívoca impedir, restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado, y si dichas acciones no tenían una utilidad distinta a la de impedir la entrada de competidores al mercado"[42].

En este contexto, de forma consistente con algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Estados Unidos que hemos aludido, el Tribunal ha hecho presente con claridad que para que se configure el requisito de objeto exclusivo o finalidad inequívoca no es suficiente que el ejercicio de las acciones interpuestas haya tenido un efecto negativo en la competencia (como, por ejemplo, dilatar la entrada de un competidor). La sentencia dictada en Recalcine/Novartis es tal vez la más clara este respecto:

> "Que, en conclusión, este H. Tribunal estima que existió una duda razonable respecto de la real composición de la sustancia importada por Recalcine, al menos hasta el segundo informe del Laboratorio de Química de la Universidad de Chile, por lo que no es posible inferir que las acciones administrativas y judiciales interpuestas por Novartis

[40] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006a). Véase el considerando vigésimo sexto de la sentencia (que reproducimos más adelante).

[41] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006b): "Que, por lo tanto, las acciones y peticiones -en principio legítimas- pueden ser constitutivas de infracciones que a este Tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la libre competencia". En el mismo sentido, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009b), considerando undécimo: "[…] para determinar si la interposición de diversas acciones o recursos configuran un atentado a la libre competencia, es preciso dilucidar, entre otras cosas, si las mismas tuvieron por finalidad inequívoca impedir, restringir o entorpecer la entrada de competidores al mercado, y si dichas acciones no tenían una utilidad distinta a la de impedir la entrada de competidores al mercado". El mismo criterio es reiterado nuevamente en TDLC, sentencia 125/2012, cons. vigésimo segundo.

[42] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009b), considerando undécimo. En el mismo sentido, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006b), considerando octogésimo sexto: "Que, por lo tanto, las acciones y peticiones –en principio legítimas– pueden ser constitutivas de infracciones que a este Tribunal le corresponda inhibir y sancionar, cuando tengan por inequívoca finalidad impedir, restringir o entorpecer la libre competencia". El mismo criterio se reitera posteriormente en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012), considerando vigésimo segundo.

> en contra de Recalcine hayan tenido por *objeto exclusivo* impedir o retardar el ingreso de un competidor, *a pesar de haber tenido ese efecto*, y en consecuencia no pueden ser calificadas como contrarias a la libre competencia"[43].

iii. Razonabilidad de las acciones ejercidas por el demandado

En tercer lugar, el Tribunal ha considerado –lo que varía según las características particulares de los casos que le ha correspondido examinar–, elementos indicativos de la razonabilidad (objetiva) de las acciones ejercidas por el demandado para hacer valer sus legítimos intereses, atendidas las circunstancias. Así, por ejemplo, el Tribunal evaluó en Recalcine/Novartis si la interposición de determinadas acciones por el demandado

> "constituyó una conducta que atenta contra la libre competencia, con el objeto de bloquear o retrasar la entrada de un competidor o, por el contrario, si fue una vía razonable para defender la exclusividad derivada de su patente de invención"[44].

En tal oportunidad el TDLC concluyó lo segundo, toda vez que verificó que había existido una duda razonable del demandado con respecto a la composición del producto importado por sus competidores, lo que justificaba la interposición de acciones destinadas a proteger sus derechos como titular de una patente de invención[45].

De modo similar, el Tribunal ha considerado como factor relevante para desechar demandas interpuestas por ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales o administrativas, el hecho de que las acciones ejercidas por los demandados (o las presentaciones efectuadas por estos ante la autoridad) se apoyasen en "a lo menos, argumentos medianamente atendibles que justifica[sen] su interposición"[46]. De modo análogo, otras decisio-

---

[43] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006a), considerando vigésimo sexto (énfasis agregado).

[44] *Op. cit.*, considerando undécimo.

[45] *Op. cit.*, considerando vigésimo.

[46] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009b), c. décimo sexto. En forma coherente con la jurisprudencia ya examinada, que expresa que no cabe al TDLC reproducir el juicio de mérito sobre el ejercicio de cada acción que quepa hacer al tribunal o autoridad competente, el Tribunal distingue claramente los alcances de este criterio de razonabilidad del posible éxito de la acción interpuesta, señalando aquí que, aunque los argumentos jurídicos esgrimidos para la presentación de un determinado recurso podían resultar "discutibles", quien lo ejerció tenía, en definitiva, "motivo plausible para litigar", considerando decimoséptimo-decimoctavo.

nes han apuntado a si las acciones ejercidas por el demandado exhiben "un grado de razonabilidad que descarta[se] la posibilidad de entender que ella tenía como único objeto o finalidad la de entorpecer la libre competencia"[47].

iv. Posición subjetiva del demandado con respecto a las acciones que ha ejercido

De modo menos frecuente, el TDLC ha considerado algunos elementos que dan cuenta de la posición subjetiva del demandado en el ejercicio de tales acciones, a lo menos desde la perspectiva de su coherencia. Conviene enfatizar en este punto que –en forma consistente con la jurisprudencia estadounidense– el Tribunal se ha abstenido de considerar que la mera representación, por parte del demandado peticionario, de que el ejercicio de su(s) acciones o solicitudes impondrá costos a un rival es insuficiente para estimar que ha actuado de manera ilícita (supra, caso Noerr) o, análogamente, de que el propósito de las medidas que se busca que la autoridad adopte sea, en último término, anticompetitivo (supra, Pennington). Antes bien, el Tribunal ha evaluado la posición subjetiva del demandado siempre junto con antecedentes adicionales para evaluar si se configura un ejercicio abusivo. Más aún ha evaluado la posición subjetiva del demandado a través de elementos no enteramente disociados de la razonabilidad objetiva de su posición.

Así, por ejemplo, el Tribunal ha manifestado que la mantención simultánea de intereses contradictorios en el contexto de acciones ejercidas ante distintos tribunales es un elemento que permite evidenciar un "real objetivo de emplear los procedimientos como herramienta anticompetitiva"[48]. En junto con otros elementos, el Tribunal también ha considerado la falta de utilidad que reviste para el demandado la interposición de determinadas acciones (distinta que la de restringir la libre competencia mediante la creación de barreras artificiales a la entrada) como elemento relevante[49, 50].

[47] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012), c. cuadragésimo octavo.

[48] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006b), considerando nonagésimo: "[...] en el conjunto de acciones interpuestas, SPL mantuvo simultáneamente intereses contradictorios ante distintos tribunales, evidenciando con ello su real objetivo de emplear los respectivos procedimientos como una herramienta anticompetitiva".

[49] Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006b), considerando octogésimo octavo.

[50] Adicionalmente a los aspectos recién discutidos, el TDLC también ha reconocido que, a efectos de que se configure un ilícito contra la competencia, el ejercicio de acciones por parte del demandado debe ser objetivamente apto para producir el resultado lesivo para la competencia que se imputa. De este modo, ha descartado que puedan calificarse como anticompetitivas peticiones que no son aptas para producir tal resultado, ya por su contenido específico o naturaleza. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009a), c. sexagésimo, ya por no haber sido admitidas a tramitación por el órgano competente y, en consecuencia, no

2. Pronunciamientos de la Corte Suprema

La Excma. Corte Suprema de manera sistemática ha confirmado las sentencias del TDLC previamente citadas cuando le ha correspondido pronunciarse sobre el particular, aceptando así los criterios antes descritos. En efecto, la Corte solo ha acogido recursos de reclamación en este contexto en el sentido de liberar del pago de las costas a demandantes cuyas demandas han sido rechazadas por el TDLC.

Sin perjuicio de lo anterior, en algunos de los últimos casos en los que tuvo ocasión de pronunciarse sobre la materia, la Excma. Corte se refirió más de manera extendida sobre el concepto de abuso de derecho, recogiendo algunos de los criterios desarrollados por el TDLC y definiendo la figura –para estos efectos– de modo bastante análogo al modo en que la jurisprudencia estadounidense ha abordado el fenómeno de sham litigation. En efecto, la Corte Suprema parece la concurrencia de elementos objetivos (carencia de razón manifiesta) y subjetivos (desvío de finalidad y acción temeraria o de mala fe). En Telmex/CTC, razonó:

> "Que, entonces, atendido el inequívoco carácter de concepto jurídico indeterminado de abuso del proceso -el que ni siquiera está recogido en el derecho positivo y que se ha entendido comprendido en el ilícito en estudio-, sus extremos habrán de establecerse con criterios aceptados por éste tribunal. Se trata de la formación de *un proceso jurisdiccional infundado, en el que la carencia de razón es manifiesta –esto es fácilmente predicable–, cuya existencia sólo puede explicarse porque constituye un medio a los efectos de generar algún tipo de ventaja indebida. Se ejerce el derecho de acción, pero no se tiene la finalidad de obtener su contenido pretensional expreso*, sino únicamente alguna posición de otra manera inalcanzable"[51].

Posteriormente, de modo análogo, en el contexto de Recalcine/Roche-Chile, la Corte concluyó:

> "[...] no es posible determinar que haya existido un ejercicio abusivo de actuaciones administrativas, puesto que *no se comprobó que el demandado hubiese obrado maliciosa o temerariamente o de mala fe*. Por el contrario,

haber podido generar el efecto perjudicial para la competencia que se les atribuye. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012), considerando cuadragésimo noveno.

[51] Corte Suprema (2009), considerando vigésimo quinto (énfasis agregado). La sentencia fue dictada en el contexto de impugnación en Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009b)

> los antecedentes previamente consignados *muestran que tanto la oposición como el recurso de reclamación tenían una base fáctica y jurídica, de las que razonablemente era posible deducir que, quien las ejerció, buscaba hacer valer sus derechos* [...]. En consecuencia, analizados los antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, no puede establecerse que las actuaciones administrativas intentadas por Roche hayan tenido por finalidad impedir, restringir o entorpecer, la entrada de Recalcine al mercado de los medicamentos con principio activo Rituximab"[52].

IV. Hacia una lectura convergente de ambos sistemas

Como consecuencia de la existencia de legislación especial sobre el particular y de la conceptualización, en nuestra tradición jurídica, de los límites al ejercicio de los derechos de petición y de acción como hipótesis de abuso de derecho, los pronunciamientos del TDLC y la Corte Suprema que hemos referido en este artículo evidentemente no utilizan la nomenclatura de 'exención' o 'inmunidad' empleada de costumbre en los pronunciamientos relativos a la doctrina Noerr-Pennington en el caso estadounidense.

No obstante, resulta igualmente claro a partir de esos fallos que, encontrándonos dentro del ámbito del legítimo ejercicio de los derechos de petición y de acción, los resultados pretendidos a través de tal ejercicio no pueden encontrarse sujetos a una evaluación acerca de sus efectos (beneficiosos o perjudiciales) para la libre competencia. En contraste, acreditado mediante la satisfacción de los requisitos referidos en este artículo, que el ejercicio de tales derechos ha sido, por lo visto, abusivo, la conducta resultará plenamente escrutable –y constituirá, de hecho, una infracción a las normas del DL 211 cuando se acredite de forma adicional que la misma ha restringido o tendido a restringir la competencia por la vía de permitir a su ejecutor alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante–[53].

---

[52] Corte Suprema (2013), considerando vigésimo primero (énfasis agregado). La sentencia fue dictada en el contexto de la impugnación Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012).

[53] La sentencia 47/2006???, 5 de diciembre de 2006, dictada en Cordillera/Punta de Lobos (ya citada)??? es especial ilustrativa a este respecto: "Octogésimo tercero: Que, sin perjuicio de lo anterior, es necesario determinar si las solicitudes y acciones de SPL estarían amparadas por sus derechos de petición y acción, respectivamente, o constituyen, en cambio, conductas que infringen la libre competencia. [...] Octogésimo quinto: Que los derechos de acción y petición –por discrecional que pueda ser su ejercicio– no comprenden la facultad de su titular de infringir la libre competencia. Un adecuado entendimiento de los derechos subjetivos considera como límite natural a su ejercicio el respeto a los derechos de otras personas y al orden

Lo anterior, de modo comparable a lo observado en el derecho estadounidense, donde la regla general es la exención de aplicación de las normas del Sherman Act frente a solicitudes o esfuerzos de persuasión de cualquier naturaleza los poderes públicos (doctrina Noerr-Pennington), existiendo un límite a dicha regla dado por la excepción de sham litigation / sham petitioning.

Según da cuenta el conjunto de fallos analizados en cada jurisdicción, es posible evidenciar también un importante grado de convergencia en los criterios bajo los cuales ha ido progresivamente delimitando el derecho de petición (y de acción). Ambas jurisdicciones reconocen, en primer lugar, la insuficiencia de la posición subjetiva del demandado con respecto al contenido de su petición para determinar si nos encontramos fuera del ámbito de ejercicio legítimo del derecho de petición. En el caso de Estados Unidos esa insuficiencia fue articulada de forma explícita en la *ratio decidendi* de Pennington, donde se constató que las medidas que el demandado perseguía que la autoridad adoptase tenían un propósito exclusorio, pero que su actuar estaba amparado por el derecho de petición. En forma consistente, el TDLC y la Corte Suprema no han descansado solo en el contenido de las medidas de autoridad perseguidas por el demandado acusado de ejercicio manifiestamente abusivo de acciones judiciales o administrativas, como tampoco en las representaciones del demandado acerca de ese contenido respecto de su potencial afecto en agentes rivales. En este sentido específico, la insuficiencia de la posición subjetiva del demandado es, hasta cierto punto evidente: reconocido que el ejercicio de ciertos derechos conferidos por el ordenamiento jurídico puede tener un efecto perjudicial para la competencia, la mera representación de quien los ejerce de que ese efecto puede llegar a producirse no puede ser tenida como decisiva. De ahí también que la Corte Suprema estadounidense haya enfatizado en Profesional Real State que el elemento subjetivo de la prueba de dos pasos establecida en el mismo fallo debe centrarse, ante todo, en la pretensión de uso como, herramienta anticompetitiva, de los procedimientos públicos en cuanto tales, por oposición al resultado de tales procedimientos –es decir, por oposición a los efectos de la decisión o acción de la autoridad pretendida por el peticionario–.

El modo en que TDLC y la Corte Suprema han procedido es, como vimos, consistente con este enfoque. Explícitamente, en el marco de la doctrina tradicional sobre abuso de derecho, la Corte ha hecho alusión al desvío de finalidad, esto es, a la persecución de objetivos que divergen del contenido pretensional expreso de las acciones ejercidas por el demandado. Una

público que resguarda el interés general. El D.L. Nº 211 es precisamente una de las fronteras que el ordenamiento jurídico reconoce al ejercicio de los derechos, de manera que la conducta que lo infringe no puede ser considerada –al mismo tiempo– un derecho y una infracción".

preocupación consistente se evidencia la jurisprudencia del TDLC bajo el criterio de "finalidad inequívoca" y bajo el análisis de la eventual persecución de una "finalidad desviada" a través del ejercicio conjunto de varias acciones (como la imposición de costos procesales a un rival, sin interés real en el contenido de las peticiones interpuestas a la autoridad). De ahí que el TDLC haya estimado en forma categórica, entre otros, que la mantención simultánea de intereses contradictorios es muestra de un "real objetivo de emplear los procedimientos públicos como herramienta anticompetitiva".

Por otra parte, el análisis de elementos objetivos en ambas jurisdicciones también evidencia muestras de convergencia. Tanto en Estados Unidos como en Chile la jurisprudencia revela manifiesto cuidado por no reproducir el juicio de mérito que, en definitiva, quepa realizar sobre una determinada acción o solicitud de actuación a la autoridad estatal competente para resolverla. Tal preocupación, sin embargo, no es razón para clausurar el análisis en sede de competencia, toda vez que es claro también –como ambas jurisdicciones reconocen– que la interposición de acciones o la formulación de peticiones carentes de sustento suficiente puede ser utilizado como herramienta anticompetitiva. Lo anterior explica que, a este respecto, ambas jurisdicciones descansen explícitamente en un análisis de razonabilidad de las acciones o solicitudes deducidas por el demandado –análisis que, por definición, no de identifica con el éxito de las mismas–.

V. Conclusiones

El ejercicio del derecho de petición ante los poderes del Estado (y, en su caso, de acceso a la jurisdicción), garantizado en la Constitución Política de la República, puede resultar apto para impedir, restringir o entorpecer la libre competencia o, al menos, para tender a producir dichos efectos. Existe consenso doctrinario y jurisprudencial en cuanto a que el hecho de que se produzcan en un determinado caso resultados perjudiciales para la competencia a consecuencia del ejercicio del derecho de petición no es por sí mismo un motivo suficiente para establecer limitaciones (basadas en consideraciones de competencia) en ese caso particular. A un nivel más general, la eventual lesión o puesta en riesgo del bien jurídico libre competencia no es sino una más de las posibilidades asociadas al derecho de participar en el proceso democrático haciendo oír nuestra voz ante el Estado.

Lo anterior en ningún modo confiere a los particulares carta blanca para atentar contra la libre competencia. Por el contrario, tanto la jurisprudencia estadounidense como chilena han desarrollado progresivamente criterios que delimitan el derecho de petición, especificando las circunstancias

bajo las cuales el ejercicio del mismo puede distinguirse de ilícitos contra la competencia cometidos por su titular.

Según señalamos la aproximación estadounidense supone, por una parte, el reconocimiento de una exención general de aplicación de la normativa libre competencia para aquellas conductas realizadas al amparo del derecho de petición y, por otra, el reconocimiento de una excepción a dicha exención general que se configura en caso de ejercicio no genuino o ilegítimo [sham] de peticiones o acciones. En Chile, en tanto, la solución supone diferenciar el ámbito de ejercicio legítimo del derecho de petición (y acción) –en cuyo contexto no cabe una evaluación de los efectos de tal ejercicio para la libre competencia– del ejercicio, por lo visto, abusivo de tales derechos –que, una vez acreditado, configurará un ilícito anticompetitivo si se demuestra que el mismo es apto para restringir o tender a restringir la competencia–.

A pesar de ciertas diferencias y de variados matices, lo cierto es que los desarrollos de cada jurisdicción presentan fuertes similitudes, permitiendo interpretar ambos en un sentido convergente. Esta convergencia se demuestra no solo en la estructura de aproximación general al problema recién referida, sino, también, en el hecho de que ambas jurisdicciones descansan en la evaluación conjunta de elementos objetivos y subjetivos relativos al actuar del peticionario o accionante demandado (y las acciones o solicitudes que ha ejercido) para determinar si acaso el mismo no está amparado por el derecho de petición. Más aún, en ambos casos se considera que elementos objetivos y subjetivos constituyen requisitos copulativos para dar por configurado un caso de ejercicio manifiestamente abusivo acciones –o un caso petición o litigación sham–. Más aún, ambas jurisdicciones muestran preocupaciones subyacentes similares en el modo en que ambos elementos son analizados.

Bibliografía

American Bar Association (2009). "The Noerr-Pennington doctrine", *Monograph* 25.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2003). *El derecho de petición en la constitución de 1980 y en la legislación de España, Estados Unidos y Francia*. DEPESEX/BCN/Serie Estudios, año xiii, n.° 273.

Bordalí, Andrés (2000). "El derecho fundamental de acción: un intento de configuración en el orden constitucional chileno", en *RDJ Doctrina*, tomo xcvii, n.° 3, Santiago.

Couture, Eduardo (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed,, Buenos Aires: Depalma.

Evans, Enrique (1986). *Los derechos constitucionales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo i.

Federal Trade Commission –FTC– (2006). "Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine". Staff Report.

Holmes, William (2006). *Antitrust Law Handbook*, West Academic.

Hovenkamp, Herbert (2016). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 5th ed., West Academic.

Nogueira, Humberto (2008). "El derecho constitucional de petición y su insuficiente regulación legislativa", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 15, núm. 2

Normas

Constitución Política de la República.

Ley n.° 20169 (2007), que Regula la Competencia Desleal.

Decreto con fuerza de ley n. °1 de 20014 del Ministerio de Economía, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n.° 211 de 1973.

Sherman Act (1890)

Jurisprudencia

Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc., 486 U.S. (1988)

California Motor Transport Co. v Trucking Unlimited, 404 U.S. 508, 92 S.Ct. 609 (1972).

City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, 499 U.S. 365 (1991).

Corte Suprema (2007) Rol 6667-2006, sentencia 46/2006.

Corte Suprema (2009). Rol 1470-2009, sentencia 80/2009.

Corte Suprema (2009). Rol 1966-2009, sentencia 83/2009.

Corte Suprema (2011). Rol 7781-2010, sentencia 104/2010.

Corte Suprema (2013). Rol 8243-2012, sentencia 125/2012.

Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, 365 US. 127, 81 S. Ct. 523 (1961).

Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc., 508 U.S. 49 (1993).

Tribunal Constitucional (2008). Rol n.° 1046-08, 22 de julio de 2008.

Tribunal Constitucional (2009a). Rol 1253-08, 27 de enero de 2009.

Tribunal Constitucional (2009b). Rol 1279-08, 2 de abril de 2009.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006a). Rol C-78-05, sentencia 46/2006, "Recalcine/Novartis".

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2006b). Rol C-13-04, sentencia 47/2006, "Cordillera/Punta de Lobos".

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009a). Rol C-97-06, sentencia 80/2009, "Reebok/Reebok International".

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2009b). Rol C-155-08, sentencia 83/2009, "Telmex/CTC".

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (2012). Rol C-229-11, sentencia 125/2012, "Recalcine/Roche Chile".

United Mine Workers v Pennington, 381 US. 657, 85 S.Ct. 1585 (1965).

United Mine Workers v. Illinois State Bar A, 389 U.S. 217, 222 (1967).

EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: ORIGEN, SIGNIFICADO Y PRINCIPALES MANIFESTACIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO INTERNO[*]

THE PRINCIPLE OF SUPERIOR INTEREST OF THE CHILD: ORIGIN, MEANING AND MAIN MANIFESTATIONS IN INTERNATIONAL LAW AND IN INTERNAL LAW

Emilio José Bécar Labraña[**]

Resumen: El presente trabajo tiene como propósito formular un estudio descriptivo y crítico sobre el principio de interés superior del niño, a la luz de la principal normativa, doctrina y jurisprudencia nacional. Se explica en qué consiste este principio, destacar su origen histórico y significado, y sus principales manifestaciones en el derecho chileno. Se presenta una revisión de las principales normas del derecho internacional de los derechos humanos

[*] El presente manuscrito corresponde a un trabajo presentado y expuesto ante el Curso de Interpretación del Derecho, dictado en el programa de doctorado en Derecho de la Universidad de Talca por la Dra. Liliana Gandámez Z.

Este trabajo fue expuesto en la jornada abierta "Cuestiones contingentes en la justicia de familia", organizada por el programa de Magister en Derecho de la Universidad Católica del Norte, e impartido el 4 de septiembre de 2018. Se agradece la invitación formulada por el subdirector del programa Dr. Christian Scheechler Corona para participar en esta actividad.

[**] Doctor en Derecho, Universidad de Talca. Licenciado en Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Becario Conicyt del Programa de Doctorado Nacional 2017. Jefe de carrera, profesor de Derecho Civil y Derecho Concursal de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte. Dirección postal: Larrondo 1281, Coquimbo (Chile). Correo electrónico: emilio.becar@ucn.cl

que tratan sobre el principio de interés superior del niño. Asimismo, se ofrece una revisión crítica acerca del principio, a partir de la revisión del derecho interno e internacional.

Palabras clave: Interés superior del niño, principios jurídicos, sujeto de derecho, derecho internacional.

Abstract: This paper is intended to formulate a descriptive and critical study on the principle of the *best interests of the child*, through the national law, doctrine and jurisprudence. It explains what is this principle, highlighting its historical origin and meaning, and its main manifestations in Chilean law. It contains a review of the main norms of international human rights law that deal with the principle of the best interests of the child. Likewise, a critical review is offered about the principle, based on the review of domestic and international law.

Keywords: Best interests of the child, Legal principles, Subject of law, International law.

"In every child who is born, under no matter what circumstances, and no matter what parents, the potentiality of the human race is born again".

(James Agee)

1. Introducción

El objeto y propósito del mismo consiste en explicar en qué consiste el principio de interés superior del niño, destacar su origen histórico y significado, y sus principales manifestaciones en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho chileno, y cuáles han sido las principales dificultades que genera su comprensión.

Como se pretenderá exponer, el principio en análisis pretende colocar su énfasis en la necesidad de que las instituciones jurídicas de los Estados se orienten en el sentido de brindar respeto y protección a la infancia como, asimismo, tutelar su libre desarrollo espiritual y material, a partir de situar el centro de las principales decisiones existentes en el derecho, en la necesidad de asegurar su protección. La infancia, considerada como el inicio del desarrollo de la existencia humana, debe ser protegida, en el entendido que a través de ello es posible asegurar la adecuada formación de la persona, lo cual tiene importantísimas consecuencias para el desenvolvimiento futuro

de esa infancia, la cual será la que tome las principales decisiones y tenga el protagonismo del futuro de la sociedad.

En consecuencia, se tratarán los principales antecedentes que dieron vida dogmática al principio en estudio (1), y se discutirás la manera en que dicho principio se ha manifestado tanto en el derecho internacional de los derechos humanos (3), como en el derecho nacional (4). Se formularán algunas críticas hacia esta noción y, sobre todo, la aplicación que se ha hecho del mismo (5), cerrando con un conjunto de conclusiones (6).

En la confección del presente trabajo se ha procedido a una recopilación de alguna jurisprudencia nacional e interamericana, que destaca tanto el concepto como los criterios de apreciación y funciones que le son asignados al principio de interés superior del niño. De iIgual forma, se han recopilado las principales normas internas chilenas que se refieren de manera explícita a este principio[1].

El propósito de esto es revisar críticamente la manera en que ha sido descrito tanto el concepto de interés superior del niño como sus principales funciones, destacando los méritos y las principales críticas que pudieren formulársele.

2. Antecedentes

2.1. El niño, niña y adolescente en cuanto "persona"

Todo derecho compete a un sujeto, llamado "persona". La idea de la personalidad, frente al derecho, resulta necesaria para dar una base a los derechos y obligaciones[2].

Esta importancia clave del fenómeno jurídico se describe desde el derecho romano. Según el jurisconsulto romano Hermogeniano (fines siglo III d.C.), "todo el derecho se ha creado por razón de los hombres"[3].

La *persona*, desde el momento del inicio de su existencia y hasta la conclusión de la misma, es sujeto de derecho. De este modo, tiene la calidad de tal cualquiera sea su edad, de modo que en su calidad de tal es sujeto de derechos sin necesidad de contar con una habilitación legal al efecto.

Esta circunstancia queda en evidencia, pensando en el solo caso del derecho chileno, desde el momento que se declara que son personas "todos"

[1] De este modo, el material aquí utilizado solo constituye una muestra, la cual por razones de espacio no es posible profundizar por el formato del presente trabajo.

[2] Alessandri *et al.* (1998), núm. 490, p. 353.

[3] Omne ius hominum causa constitutum est.

los individuos de la especie humana, cualquiera sea, entre otros elementos, su "edad" (art. 55 del CCCh).

Cuando la norma civil señala que es persona "todo" (del latín *totus*), se quiere significar que "se toma o se comprende enteramente en la entidad o en el número". De este modo, se quiere dar a entender que no hay exclusiones de ningún tipo a la hora de efectuarse este reconocimiento. De este modo, los seres humanos, sin excepción alguna, son personas y, en cuanto tal, titular de derechos y sujeta a obligaciones[4].

La frase contenida en el art. 55 del CCCh pretende ser extensiva en el propósito de evitar cualquiera clase de distinción de carácter arbitrario. Es por ello que se anuncia que cualquiera "edad" que tenga el ser humano, ya sea muy joven o muy viejo, tiene la calidad inherente de persona. Se es persona desde el primer momento de la existencia de la vida humana hasta su conclusión por causa material o jurídica.

La norma tiene como mérito no condicionar la calidad de persona a algún supuesto acto de reconocimiento oficial por parte del Estado. Se es persona (natural) por el solo hecho de formar parte de la raza humana. En definitiva, el titular de los derechos y obligaciones, el sujeto de derecho, es la persona[5], sin distinciones.

Esta estructura normativa, cual es el reconocimiento de la personalidad al ser humano, con prescindencia de cualquiera clase de distinción, se va reproduciendo en forma constante en las declaraciones universales de derechos humanos, tratados internacionales y cartas fundamentales.

De este modo, y bajo un prisma de la protección de los derechos fundamentales, se tiene que la tutela de la infancia nace a la par de las manifestaciones constitucionales e internacionales de protección de los derechos humanos. Entendida la cuestión de esta manera, un niño, niña o adolescente es titular de derechos fundamentales por el solo hecho de ser persona y, como tal, sus derechos deben ser reconocidos tanto ante el Estado como frente a la sociedad. De este modo, el niño, niña y el adolescente, así como el mayor de edad y el anciano, son sujetos de derecho, son persona y titulares de derechos fundamentales, "y no plantearlo así constituye una discriminación arbitraria en razón de la edad de la persona"[6].

[4] Esta redacción tiene un antecedente histórico, constituyendo una reminiscencia de los ideales de la Revolución francesa, los cuales se plasmaron en el *Código Civil* de Francia, que es fuente fundamental para el *Código* de Andrés Bello. Actualmente ya no existen los esclavos (seres humanos que no eran persona), ni tampoco personas a las cuales se les priva de su personalidad por el hecho de tomar un voto solemne en un instituto monástico reconocido por la Iglesia católica. Ducci (1980), núm. 107, p. 144.

[5] *Op. cit.*, núm. 106, p. 143.

[6] Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014), p. 139, con cita de *Informe 2010* de la misma entidad.

2.2. La necesidad de una protección especial para los derechos fundamentales de la infancia

No obstante que ya las declaraciones, tratados internacionales y constituciones políticas operan sobre la base que los niños, niñas y adolescentes gozan de derechos fundamentales, se advirtió prontamente que los ordenamientos jurídicos nacionales no brindaban una eficaz protección de la infancia.

En efecto, durante los siglos XVIII, XIX y XX, cual es el periodo en que se los menores de edad se encontraron bajo una posición jurídica inferior al del mayor de edad,y las legislaciones internas no contenían mayores indicadores de medios jurídicos tendientes a la protección de su vida, integridad física y psíquica, sexual y laboral, entre otros aspectos. En este sentido, se advierten fenómenos de trabajo infantil en condiciones de seguridad y de indemnidad inferiores a las del trabajador mayor de edad, de explotación y comercio sexual de los infantes, vulneración de sus derechos culturales básicos, como lo es la educación, altas tasas de desnutrición infantil por vía de no asegurarse las condiciones de alimentación y salud mínimas.

Estos fenómenos se ven particularmente incrementados, frente a los fenómenos de guerras y conflictos armados mundiales y guerras civiles que han tenido lugar durante el mismo periodo.

Al día de hoy, este escenario sigue latente por vía del desarrollo de conductas de secuestro de niños, niñas y adolescentes, con el propósito de ser utilizados como soldados o mercenarios, y para el adoctrinamiento de grupos paramilitares.

2.3. Las primeras declaraciones internacionales sobre los derechos del niño

Precisamente, frente a los nocivos efectos que supuso la Primera Guerra Mundial, fue que la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas (24 de septiembre de 1924) procedió a dictar la llamada Declaración de Ginebra o Declaración de los Derechos del Niño[7].

[7] Una nota histórica sobre el origen de la normativa internacional de la infancia, en AGUILAR (2008), pp. 227-228 y en DEL PICÓ (2010), p. 133, nota 291.

Se destaca por algunos organismos no gubernamentales en materia de protección de los derechos de la infancia, que el origen de esta Declaración se encuentra en la labor desarrollada por una fundación privada inglesa llamada Save the Childrem (London 1919), creada por Eglantyne Jebb y Dorothy Buxton, la cual tenía como propósito ayudar y proteger a los niños que resultaron afectados como consecuencia de la Primera Guerra Mundial.

Esta Fundación, hacia el año 1920, se organizaría institucionalmente en torno a la Union Internationale de Secours aux Enfants (UISE), la cual contó a su turno con el apoyo del Comité

En este breve texto, redactado en clave de deberes y obligaciones que debían ser asumidas a favor de la infancia, se adopta un conjunto de medidas mínimas tendientes a procurar una existencia y desarrollo normal, tanto desde un punto de material como espiritual.

Esta primera declaración carecería de fuerza vinculante, y será objeto de revisión por la Sociedad de Naciones, cuya asamblea general aprobó el año 1934 un nuevo texto de la Declaración de Ginebra. En virtud de este texto, que de igual modo carecía de fuerza vinculante para los Estados firmantes, estos se comprometían a incorporar los principios en ella establecidos a su legislación interna.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el 20 de noviembre del año 1959, fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos del Niño, texto internacional que marcó la dictación de una serie de convenios y declaraciones que en forma específica hacían tratamiento de la situación de los niños, niñas y adolescentes, y que significaría, según algunos autores, "el primer atisbo de reconocimiento a los niños de la calidad de sujetos de derecho"[8].

Tal es el caso de las llamadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (llamadas igualmente Reglas de Beijing) y la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado[9].

2.4. Los derechos del niño en las convenciones internacionales

Las nuevas convenciones y pactos internacionales en materia de derechos humanos también hicieron referencia a la protección de los derechos del niño y la relevancia de su interés superior. Sin embargo, se las refiere en normas que no tienen el carácter de protagónicas, como si, en definitiva, los derechos establecidos en ellos fuesen aplicables solo a los mayores de edad y que respecto de la infancia existe solo un deber de mera protección.

Es lo que ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por una parte, y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por otro.

Internacional de la Cruz Roja, adoptando la figura de "Alianza Internacional Save the Children". En su IV Congreso General (23 de febrero de 1923), adoptó lo que sería la primera Declaración de los Derechos del Niño, texto que fue ratificada por su V Congreso General (28 de febrero de 1924) y que fuese enviada a la Sociedad de Naciones, la que, en definitiva, la adoptó en la forma explicada.

[8] Pinochet (2011), p. 590.

[9] Una compilación de estas tempranas normas sobre los derechos de la infancia, puede consultarse en Ministerio de Justicia & Ministerio de Planificación y Cooperación (1994). Una síntesis de estas normas procesales sobre el derecho de la infancia, en D'Antonio (1999), pp. 2-5.

Para el caso del sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos contiene solo dos referencias hacia los derechos del niño y la tutela del interés superior[10].

La primera de ellas se encuentra en el art. 17 ap. 4, dedicado a la Protección a la Familia. Por este precepto, se dispone:

> "los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos".

Como se apreciará, esta norma hace referencia hacia el interés superior del niño en el entendido de imponer a los Estados parte para la adopción de medidas que tiendan a su protección en el contexto de la ruptura matrimonial, la cual provoca efectos negativos para los niños.

La segunda norma, se refiere a los Derechos del Niño. Dice el art. 19 de la Convención: "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". Puede notarse que, bajo el rótulo mencionado, no hace un mayor tratamiento de las clases de derechos que goza el niño, sino simplemente impone a los Estados parte un deber de protección en atención a sus condiciones especiales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de referirse a la materia, resolviendo en torno a la consagración del principio de interés superior del niño.

Es así que, al igual que lo que ocurre con la constatación que hace en el preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, la protección del interés superior del niño y la defensa de sus derechos fundamen-

[10] Un estudio más profundizado de la aplicación del principio en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede consultarse en Aguilar (2008). No obstante las pocas normas relativas al derecho de la infancia, como lo ha reconocido la propia Corte: "Que [...] en su jurisprudencia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, tanto en casos contenciosos como en medidas provisionales, así como en una opinión consultiva, sobre temas vinculados al objeto de la solicitud de la opinión consultiva, que permiten desprender sus criterios sobre el interés superior del niño, la obligación estatal de adoptar medidas positivas a favor de éste, incluyendo medidas legislativas o de otra índole, así como la especial gravedad que revisten las violaciones a sus derechos. A este respecto, incluso la Comisión utiliza dicha jurisprudencia para fundamentar su solicitud. Asimismo, en su Observación General No. 8 el Comité hizo referencia a la los estándares adoptados por esta Corte en la Opinión Consultiva OC-17/02 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño OC17/02 (en adelante la OC-17/02)". Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009), § 7.

tales emanan de la propia dignidad que tienen. Lo destaca en su *Opinión consultiva* OC-17/2002:

> "Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño"[11].

Y lo hace nuevamente en su jurisprudencia contenciosa, relativa al caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile:

> "El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere 'cuidados especiales', y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección"[12].

Como se apreciará de forma general, luego que se trabajara en la dictación de normas propias para la protección de la infancia, las convenciones internacionales continuaron brindando un tratamiento secundario hacia los derechos de la infancia. Este proceso cambiará de forma definitiva hacia el año 1989, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño[13], según se tratará más adelante.

Se notará igualmente la existencia de un cambio de perspectiva respecto del tratamiento al niño. Ya no se le concibe como un "objeto de protección", sino como un "titular de derechos"; en definitiva, como "persona" en todo el significado jurídico que ello plantea[14].

---

[11] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), § 56.

[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), § 108.

[13] Usualmente, el relato histórico de la evolución histórica de la tutela jurídica de la infancia se remite de forma directa a este punto, como ocurre en el caso de Abeliuk (2012), núm. 10, p. 28.

[14] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009), § 10.

En el mismo orden, se pronuncia el ministro Antônio Cançado Trindade en su voto concurrente a la presente Opinión consultiva: "41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de dere-

3. Concepto de "interés superior del niño"

3.1. Cuestiones preliminares

Como primera tarea, se debe identificar la existencia de una explicación de lo que se entiende por "interés superior del niño".

La primera observación que deberá hacerse, previo al estudio de las reglas internacionales y nacionales que consagran este principio, consiste que ella no ha sido por lo general definida.

Esta circunstancia plantea algunos desafíos de importancia. Por una parte, se debe sostener que se trata de una noción que, por esta situación, se hace sumamente amplia, capaz de ser integrada de las más diversas formas, y en particular en el ámbito en el cual se le pretenda declarar procedente; de este modo, su proceso de integración será desarrollado necesariamente a la luz de la doctrina y jurisprudencia internacional y nacional, dentro de los ámbitos a que una cláusula amplia pudiera conducir. Por otra, se verá que se trata de una noción que, al encontrarse ausente de una definición, tendrá la potencialidad de ir cambiando sucesivamente con el tiempo, conforme a las exigencias de las materias en las cuales tenga incidencia. También deberá destacarse que se trata de una noción que, aunque carece de una definición (análisis estático), sí han sido expresamente previstas las materias y la forma en que se declara procedente el principio (análisis dinámico).

3.2. Definiciones positivas

Existen algunas legislaciones en las cuales se ha tratado de llenar el vacío previsto por la normativa internacional, a través de ofrecer sus propios conceptos dentro de la legislación interna.

Así ha ocurrido en el caso del art. 8.º del *Código de la Infancia y Adolescencia*, dictado en Colombia (Ley 1098/2006), donde se lee:

> "Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes".

cho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres. Así, la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos independientemente de las limitaciones de su capacidad juridical (de ejercicio)".

En el caso del derecho chileno y, aunque tiene una eficacia prevista solo para las materias en que fue consagrada, se refiere a este principio el inc. 1.° del art. 16 de la Ley n.° 19968:

> "Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

3.3. Definiciones doctrinarias

En doctrina, aunque reconociendo la ausencia de una noción, se plantea que:

> "es posible interpretarlo como el respeto de sus derechos fundamentales en tanto niño o, si prefiere, como persona que no ha alcanzado la adultez"[15].

Mauricio Tapia Rodríguez destaca que la noción "interés superior del niño" tiene un marcado carácter "valórico y jerárquico", de forma tal que puede entenderse de una manera preliminar que "unos intereses (los del niño) priman sobre otros (los de los padres)"[16].

3.4. Definiciones jurisprudenciales

Una definición en sí misma muy vaga, se puede encontrar en la *Opinión consultiva* OC-17/2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual menciona en su parte final:

> "Que la expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño"[17].

Una mirada a la jurisprudencia chilena permite identificar un esfuerzo en orden a conceptualizar el principio de interés superior del niño. Siendo así, se puede apreciar que en una sentencia dictada por la Excma. Corte Suprema fue fallado:

---

[15] Del Picó (2011), p. 142; Del Picó (2010), p. 134.
[16] Tapia (2005), núm. 73, p. 132.
[17] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), § 137 núm. 2.

"Que al respecto, cabe tener presente que en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como principio fundamental e inspirador de nuestro ordenamiento jurídico, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la Ley N° 19.968 y, aún cuando su definición se encuentra en desarrollo o constituya un concepto indeterminado, cuya magnitud se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que el mismo, *alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, buscándose a través del mismo, el asegurar el ejercicio y protección de los derechos fundamentales de los menores y posibilitar la mayor satisfacción de todos los aspectos de su vida, orientados al desarrollo de su personalidad*"[18].

Proveniente del mismo tribunal, se indica:

"Que, de otro lado, el interés superior del niño constituye un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y de mayor relevancia para la decisión en este tipo de materias. Dicho principio, aunque difícil de conceptualizar queda claro que *alude al pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente y su finalidad cubre, el desarrollo de los potenciales del menor y la satisfacción de sus necesidades en los diferentes aspectos de su vida*"[19].

Otro fallo dictado por la Excma. Corte Suprema parece, esta vez, incluso sostener que el concepto de "interés superior del niño" equivale a decir "derechos del niño":

"Que, en estas materias debe tenerse siempre en consideración el interés del niño, como principio fundamental e inspirador del ordenamiento jurídico nacional, de relevancia transversal en la legislación de familia y de menores. Así lo dispone, por lo demás, el artículo 16 de la Ley N° 19.968 y aún cuando constituya un concepto indeterminado, cuyo alcance se aprecia cuando es aplicado al caso concreto, puede afirmarse que consiste en el pleno respeto de los derechos esenciales del niño, niña o adolescente, para procurar el cabal ejercicio y protección de sus derechos esenciales.

Dicho principio se identifica con la satisfacción plena de los derechos de los menores, en su calidad de personas y sujetos de derechos, identificándose de esta manera 'interés superior' con los derechos del niño y adolescente.

[18] Corte Suprema (2008b), C. 7.°. Se reproduce esta definición en Corte Suprema (2008c), C. 11.°; Corte Suprema (2008d), C. 9.° y Corte Suprema (2015), C. 3.°.

[19] Corte Suprema (2010a), C. 10.°.

> Si bien se encuentra presente y se proyecta en todo el sistema jurídico, al erigirse como una garantía de amplitud tal que obliga no sólo al legislador sino que a todas las autoridades e instituciones y a los propios padres, interesa de sobre manera el aporte que tiene en el ámbito de la interpretación, al constituir una norma de resolución de conflictos jurídicos, permitiendo decidir así situaciones de colisión de derechos, según su contenido y la ponderación de los que se encuentran en pugna"[20].

3.5. Aspectos comunes

A partir de estas definiciones, se debe identificar los aspectos comunes, con miras a obtener una definición del principio bajo análisis.

En términos generales, se puede advertir que las sentencias suponen que el principio de interés superior del niño genera un "imperativo", el cual recae no solo en el Estado y sus órganos, sino, también, obligan a todas las personas.

De este modo, se trata de un principio que tendría eficacia no solo vertical, sino, también, horizontal.

En segundo lugar, las definiciones coinciden en que este imperativo significa para todos los actores involucrados la necesidad de respetar los derechos fundamentales de los niños.

Por tanto, opera sobre la base de considerar al niño, niña o adolescente como un sujeto de derecho y, como tal, titular inherente de derechos fundamentales, los cuales deberán ser protegidos por el Estado, tanto frente a sus órganos como respecto de cualquier persona que pretenda vulnerarlos.

En tercer lugar, las definiciones destacan que este principio persigue la satisfacción plena de los derechos de los niños.

Por tanto, la tutela del principio persigue un objetivo, cual es que los niños puedan alcanzar la plenitud de satisfacción de sus derechos.

A partir de esta precisión conceptual, se advierte que constituyen cosas muy distintas los derechos del niño y el principio de interés superior del niño. De hecho, la distinción debe ser debidamente precisada, dado que por el segundo se persigue el respeto y satisfacción de los primeros. Se trata el principio de un medio jurídico a través del cual el niño puede gozar y defender sus derechos, de forma tal que no le puedan ser desconocidos por ninguna autoridad, ni por persona alguna.

Es de suponer que cualquier esfuerzo por identificar y hacer sinónimos estos conceptos, operará sobre la base de un error conceptual, ya que el principio se lo sindica como un medio para la obtención y respeto pleno del de-

[20] Corte Suprema (2010b), C. 10.°. Se reproduce en Corte Suprema (2010d), C. 7.°.

recho del niño. Siendo así, el interés superior del niño constituye un medio propicio para la realización de los derechos fundamentales del niño:

> "Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos"[21].

Finalmente, y esto quedará de manifiesto cuando se evalúe la situación en la cual se encuentra el derecho interno, se verá que el interés superior del niño es concebido como un "principio jurídico", es decir, que es concebido como un integrante de aquel conjunto de ideas fundamentales que inspiran al ordenamiento jurídico o una determinada materia del derecho.

Esta calificación resulta del todo importante, ya que si se la considera como un principio jurídico, como tal es capaz de desempeñar tres funciones básicas:

1. Función de fundamento: Los principios inspiran el ordenamiento jurídico, a tal punto que constituyen las raíces del tronco que conforma el ordenamiento. La manera cómo el ordenamiento jurídico o un área del mismo se conforma u organiza de una determinada manera lógica, tanto en lo formal como en lo sustancial, se justificará porque ella obedece a un principio jurídico bajo el cual se ordena.
2. Función integrativa: Los principios jurídicos son capaces de resolver un supuesto de hecho respecto del cual no exista una norma legal expresa que permita dirimir la controversia.
3. Función interpretativa: Los principios jurídicos son utilizados como elementos de interpretación de los pasajes oscuros o dudosos de las normas legales[22].

[21] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), § 59.

[22] En relación con esta idea, se anota en la observación n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño (2013), núm. 33, p. 10: "El interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos. Debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño. Ello implica que los Estados tienen la obligación de aclarar, cuando se adopten medidas de aplicación, cuál es el interés superior de todos los niños, incluidos los que se encuentren en situación de vulnerabilidad".

Como se verá más adelante, explícitamente la doctrina nacional ha calificado el interés superior del niño como un principio fundamental tanto del ordenamiento jurídico en general como del derecho de familia en particular.

4. Régimen jurídico internacional: La Convención sobre los Derechos del Niño

4.1. Antecedentes

La principal norma internacional existente en materia de derechos del niño, consiste de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, siendo suscrita por el gobierno de Chile con fecha 26 de enero de 1990. Será promulgada, tras su aprobación por el Congreso Nacional, mediante decreto n.° 830, y publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile* con fecha 27 de septiembre de 1990.

La suscripción y promulgación de esta Convención forma parte de un periodo en el cual diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos fueron incorporados al derecho interno, y por intermedio de la reforma introducida el año 1989 a la Constitución Política al inc. 2.° del art. 5.°, significaron un mecanismo de fuerza obligatoria capaz de constituir una limitación al ejercicio de la soberanía nacional[23]. Asimismo, tendrá importancia para Chile porque, a partir de este punto y mucho antes de las recientes reformas procesales y sustantivas al derecho de familia, este principio se encuentra en calidad de incorporado y vigente en Chile[24].

Como se señala en el preámbulo de la Convención, se reitera como valor universal el "reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". Asimismo, que:

> "las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

[23] Sobre los antecedentes de formación de la Convención, puede consultarse en detalle AA.VV. (1995), pp. 17-22.

[24] Es de esta opinión Del Picó (2011), p. 142.

De estos dos puntos del preámbulo, hasta el momento se reiterara la existencia ya previa de un régimen internacional de los derechos de la infancia, a través de la protección internacional que ya se confería a todas las personas, sin distinciones de ninguna clase, entre las cuales precisamente se podría pensar en la edad.

Pero el preámbulo destaca de igual manera cuál es, en definitiva, el origen y la necesidad de brindar una atención especial a la infancia, mediante la dictación de normas especiales. Así, recuerda que

> "en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales",

como igualmente se puede advertir en las convenciones interamericanas e internacionales. Y, como punto esencial de esta tutela internacional especial a la infancia, se sostiene como fundamento de esta protección que como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño,

> "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"[25].

Del tenor del preámbulo, se puede destacar como ideas rectoras las siguientes:

1. Que, la protección primaria de la infancia ya se encuentra reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos desde el momento que se lo considera como persona y, en tal calidad, sujeto de derechos.
2. Que, pretender desconocer la titularidad de derechos fundamentales en la infancia es el equivalente a introducir una distinción arbitraria, la cual no se compadece con el carácter universalista de los derechos fundamentales, que se reconocen a todos los seres humanos, sin excepciones.
3. Que, progresivamente se fue observando que la infancia se encuentra en una posición de inferioridad dentro de la sociedad, al considerarse un sujeto de derechos que no tiene la madurez y desarrollo suficiente para desplegarse en el ámbito jurídico. Esta falta de madurez tiene como efecto que no pueden ejercer con libertad sus derechos[26].

[25] Incluso se ha dicho que la propia nomenclatura "niños" viene en acentuar "su fragilidad y la necesidad de protección". En este sentido: Tapia (2011), núm. 3, p. 41.

[26] Tapia (2005), núm. 73, p. 132.

Debe añadirse a la idea anterior que esta falta de madurez redunda más bien en una mayor vulnerabilidad, tanto física como emocional, intelectual y afectiva, que determina que la infancia se encuentre fácilmente en peligros derivados de la actividad de mayores de edad, y con resultados no solo ilegales, sino, también, inmorales y lesivos de su vida, e integridad física, psíquica y emocional. Por esta mayor vulnerabilidad, es que requieren de una mayor atención tanto familiar, como social y estatal[27].

4. Que, el tratamiento de la infancia en las principales convenciones y tratados internacionales de derechos humanos era muy secundario, y no era suficiente para asegurar la debida protección de sus derechos.
5. Que, la infancia requiere de una protección especial por parte del Estado, pero sin desconocerle su posición de pleno sujeto de derechos, en particular desde el derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de estas premisas, se sostiene que la consagración del principio de interés superior del niño significa la consagración expresa de una excepción al principio de igualdad de derechos (y de intereses) previsto en la Constitución[28].

Habiendo ya descrito los principales antecedentes que la Convención toma presente a la hora de la tutela internacional de los derechos de la infancia, es que a continuación se tratará en especial sobre el *interés superior del niño*.

4.2. El interés superior del niño en la Convención sobre los Derechos del Niño

Desde un punto de vista histórico-jurídico, el uso del concepto "interés superior del niño", no sería nuevo, ya que sus primeras manifestaciones se encuentran en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (párr. 2), y con posterioridad en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)). De la misma manera, se la aprecia "en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales"[29].

En concreto, la Convención en actual vigencia hace una serie de referencias generales hacia el principio de interés superior del niño, destacando su importancia y cuáles son sus principales funciones.

[27] Del Picó (2010), p. 133.
[28] Tapia (2005), núm. 73, p. 132.
[29] Comité de los Derechos del Niño (2013), núm. 2, p. 3.

La norma rectora que consagra el *principio de interés superior del niño*, y sus principales consecuencias, es el art. 3.º[30], el cual expresa:

> "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño[31].
>
> 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
>
> 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada".

Esta norma internacional conforma la manifestación básica del principio de interés superior del niño. Lo declara, en este orden de ideas, como generador de un parámetro para la actuación de todos los órganos públicos de los Estados parte, en la medida que por su intermedio se pretendan adoptar ciertas "medidas" que conciernen a los niños, las cuales deberán hacerse efectivas no solo desde el punto de vista normativo, sino, también, desde el

[30] Esta norma tendría como antecedente el Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959), donde se lee: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".

[31] En el concepto del Comité de los Derechos del Niño: "El artículo 3, párrafo 1, establece un marco con tres tipos diferentes de obligaciones para los Estados partes, a saber: a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños; // b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión. // c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernan o afecten a un niño". Comité de los Derechos del Niño (2013), núm. 13, p. 5. Un análisis exegético de la norma, en *op. cit.*, pp. 7-11.

punto de vista institucional e incluso material[32]. Si así ocurre, entonces esas medidas deberán adoptarse bajo un marco en que se considere de una manera "primordial" el interés superior del niño.

Una vez que la Convención ha establecido cuál es el significado general del principio de interés superior del niño, vuelve a referirlo en cuanto fundamento de algunas materias que especialmente ha señalado.

Es así que la declara como un elemento que sirve para graduar cuándo la separación del niño respecto de sus padres debe hacerse necesaria en ciertos casos (art. 9 ap. 1)[33]. También se la declara aplicable en materia de adopción, consagrándose para dicha materia como la consideración primordial de aquellos Estados que reglamentan y autorizan esta forma de filiación (art. 21)[34]. Por tanto, a la hora de dictarse normas y aplicarlas en materia de adopción, se exige aplicar el principio de interés superior del niño.

[32] En este sentido se pronuncia la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), § 78: "La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño".

[33] CDN, art. 9 ap. 1: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

[34] CDN, art. 21: "Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y; // a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; // b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen; // c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen; // d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella; // e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes".

En suma, la Convención sobre los Derechos del Niño plasma el interés superior del niño, advirtiendo que se trata de un principio que impone a todos los órganos públicos del Estado un lineamiento de acción, a la hora de comprometer decisiones que afecten a la infancia; si eso ocurre, entonces debe tenerse presente y a partir de la ponderación de este principio es que podrán adoptarse las medidas en concreto.

Una observación conceptual respecto de este principio, es que no ha sido señalado de modo explícito una noción o expresión de su significado. Solo aparenta existir el señalamiento de esta noción, cuyo significado se hace particularmente amplio por la ausencia de una norma descriptora, y solo se limita la Convención en determinar cuáles son algunas aplicaciones que tiene este interés.

Se previene en la norma en comentario que la consideración al interés superior del niño tiene la calidad de ser "primordial", de modo que se la sitúa en un plano de preferencia, a la hora de dictarse la norma general (ley) o concreta (sentencia judicial) por parte del actor público respectivo, no siéndole posible desconocer su contenido, ni tampoco proceder a la dictación de la norma o acto sin invocar ni aplicar este principio. Tiene, en consecuencia, un carácter de imperativo jurídico, y que podría ser invalidado si contraviene a dicho principio, en cada uno de los niveles en que se haya dictado una norma lesiva de este principio[35].

No obstante, no se trata de un principio "invencible", ya que se destacará en el presente trabajo que el interés superior del niño constituye, más bien, un medio de apreciación y de solución de conflicto de derechos fundamentales en juego, de modo que no importa la última palabra en la decisión que puedan adoptar las autoridades administrativas, legislativas y jurisdiccionales que la apliquen. Como se indica en una sentencia reciente dictada por la Excma. Corte Suprema:

[35] Esta idea se encuentra plasmada por el Comité de los Derechos del Niño, el cual interpreta el ap. 1 del art. 3.º de la Convención de los Derechos del Niño, y declara: "37. La expresión "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar. // 38. Con respecto a la adopción (art. 21), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente "una consideración primordial", sino "la consideración primordial". En efecto, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionadas con otras cuestiones". Comité de los Derechos del Niño (2013), núm. 37 y 38, p. 10.

> "Que, el interés superior del niño no es el único interés que puede ser legítimamente considerado. El artículo 3 de la Convención obliga a que el interés superior del niño sea atendido como 'una consideración primordial'. La citada Observación General No. 14 destaca que 'La expresión 'consideración primordial' significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones' (párrafo 37). Pero esto no significa que sea la única consideración primordial, lo que solo ocurre en la decisión de adopción (Convención, art. 21, y Observación General No. 14, párrafo 38). Luego, dicha Observación General agrega que el interés superior del niño, 'una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres)' (párrafo 39). Cuando ello ocurre, señala que se debe resolver "caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado" (*ibid*)[36].

La ausencia de una debida explicación en torno a este concepto, traerá algunas consecuencias relevantes en lo que respecta a la recepción y tratamiento que se hace de la materia en el derecho interno, tal y como se expondrá a continuación.

4.3. Normas internacionales complementarias e interpretativas de la Convención de Derechos del Niño en materia de interés superior del niño

A la presente fecha, se ha ido desarrollando un trabajo específico en la conceptualización del principio de interés superior del niño y su papel en la materia.

Es así que el 62.° período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, aprueba la observación general n.° 14, "sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial" (CRC/C/GC/14)[37].

Como se anota en una reciente sentencia nacional, describiendo el objeto de esta observación:

> "Dicha observación tuvo por objeto, principalmente, la interpretación del artículo 3.1 de la Convención, ya reproducido en el considerando octavo de la presente sentencia. En lo pertinente, dicho comentario confirma, primero, que el interés superior del niño es difícil de establecer; segundo, que no coincide necesariamente con las opiniones expresadas por el

[36] Corte Suprema (2015), C. 17.°

[37] Comité de los Derechos del Niño (2013).

propio niño y, tercero, que dicho interés no excluye la ponderación de otros intereses relevantes a la hora de tomar una decisión"[38].

En este documento se destaca cuál es el objetivo del concepto de interés superior del niño, el cual hace radicar en el de "garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño", afirmando que dicho interés sirve como un mecanismo que evita la creación de jerarquías dentro de los derechos del niño:

"El Comité ya ha señalado que 'lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención'. Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al 'interés superior del niño' y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño"[39].

El Comité indica que el interés superior del niño constituye "un concepto triple"; es "un derecho sustantivo", "un principio jurídico interpretativo fundamental", y "una norma de procedimiento":

"a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación

[38] Corte Suprema (2015), C. 13.º.

[39] Comité de los Derechos del Niño (2013), núm. 4, p. 3.

> y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos"[40].

No se comparte la primera función asignada al interés superior del niño. En la forma cómo ha sido concebida por la Convención, se la ha previsto como un mecanismo de limitación del ejercicio de la actividad pública y de los particulares y, asimismo, como un criterio interpretativo. Pero considerar que esta limitación al ejercicio del poder sea concebido como un "derecho" del niño, significa extender la idea del "derecho fundamental" a la de considerarla comprensiva del "derecho de una persona a exigir la limitación del poder estatal". Siendo así, la técnica jurídica desplegada no parece del todo satisfactoria.

Por lo demás, si se entiende como un derecho, querría significar que se traduce precisamente en la obligación del Estado de "obligarse a coordinar su actividad" bajo los márgenes descritos. Habría una suerte de "redundancia" técnica: "el Estado se obliga a obligarse a limitar".

Fuera de esta circunstancia, se cree que el Comité ha pronunciado, respecto de los dos conceptos, la clara línea que debe asignarse al interés superior del niño.

Dentro de la *Observación* se encuentra en el reconocimiento de ciertos parámetros que tendrán como propósito brindar pleno efecto al interés superior del niño.

Estos consisten de:

> "a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos; c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención; d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención; e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo"[41].

En relación con lo anterior, la *Observación* refiere la existencia de ciertos elementos que deben tenerse en cuenta al momento de evaluar el interés superior del niño. Ellos consisten de:

[40] Comité de los Derechos del Niño (2013), núm. 6, p. 4.

[41] *Op. cit.*, núm. 16, pp. 6-7.

a) La opinión del niño; b) La identidad del niño; c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; d) Cuidado, protección y seguridad del niño; e) Situación de vulnerabilidad; f) El derecho del niño a la salud; y g) el derecho del niño a la educación[42].

Para concluir, la *Observación* sostiene que el concepto de interés superior del niño tiene un carácter flexible, ajustable a la materia que se trate, y que deberá ser llenado a partir de su aplicación práctica:

"El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá (sic) aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención. Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. En ambos casos, la evaluación y la determinación deben llevarse a cabo respetando plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos"[43].

Empero, aunque se lo sindique como un criterio variable, y cuya aplicación tendrá alguna clase de margen de determinación discrecional, el Comité quiso dejar en claro que existen ciertos límites que no pueden ser sobrepasados:

"La flexibilidad del concepto de interés superior del niño permite su adaptación a la situación de cada niño y la evolución de los conocimientos en materia de desarrollo infantil. Sin embargo, también puede dejar margen para la manipulación: el concepto de interés superior del niño ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar políticas racistas, por ejemplo; por los padres para defender sus propios intereses en las disputas por la custodia; y por profesionales a los que no se podía pedir que se tomaran la molestia y

[42] El análisis detallado, en Comité de los Derechos del Niño (2013), pp. 13-18.
[43] *Op. cit.*, núm. 32, pp. 9-10.

desdeñaban la evaluación del interés superior del niño por irrelevante o carente de importancia"[44].

Habiendo ya concluido nuestra revisión del ámbito internacional del principio de interés superior del niño, resta por discutir críticamente sobre su consagración en el derecho interno, y la manera en que ha sido implementada.

5. Régimen jurídico de derecho interno

El principio de interés superior del niño ha tenido una manifestación relativamente tardía en la legislación interna, pero que de manera rápida se consagrará en normas internas fundamentales, tanto en la órbita de la Constitución Política (5.1.) como en las normas legales (5.2.).

5.1. Los derechos de los niños ante la Constitución Política

La primera observación que puede esbozarse sobre la materia es que, no obstante que la Constitución Política es posterior a la Declaración Internacional de los Derechos del Niño, no se plasmó en ella alguna referencia especial a la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

En todo caso, se destacará que la Constitución Política consagra derechos fundamentales que le pertenecen a "todas las personas", sin formular distinción alguna basada en la edad. Por tanto, la primera observación apunta a que los derechos de los niños se encuentran desde ya tutelados constitucionalmente, a partir del enunciado contenido en el art. 19.

Por otro lado, se debe destacar que ya el capítulo 1 y 3 de la Constitución protegen implícitamente a la infancia, por vía de destacar el valor de la familia dentro del sistema normativo, el deber del Estado de brindarle protección y la consagración de derechos fundamentales que suponen el resguardo de la esfera familiar[45]. La familia sigue, en este sentido, las tendencias

[44] Comité de los Derechos del Niño (2013), núm. 34, p. 10.

[45] Es el diagnóstico ya formulado en Chile durante la década de 1990, tan pronto fueron incorporándose en el sistema las disposiciones internacionales sobre derechos humanos, según se consta en AA.VV. (1995), pp. 25-26. Si bien entienden que la familia constituye un bien jurídico protegido por la Constitución, causa preocupación en el diagnóstico efectuado en esa época que la Carta Fundamental no tomara una adecuada conceptualización de la familia, advirtiendo que las discrepancias que en la época planteaba la doctrina chilena sobre este significado, pudieren importar desprotección para ciertas clases de familias (específicamente, la legítima o matrimonial).

contemporáneas constitucionales que pretenden proteger a la familia desde la Carta Fundamental[46], y precisamente se entiende que la protección del interés superior del niño emanaría del mandato constitucional proteccionista de la familia[47].

No obstante esta omisión, lo cierto es que existe una norma clave a la hora de incorporar al derecho interno los principales tratados y convenciones existentes en materia de los derechos del niño, cual es el art. 5.º inc. 2.º de la Const. Pol.

Esta norma genera algunos efectos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar, indicando:

> "la significación de tales derechos en los referidos instrumentos no puede desatenderse en el presente juzgamiento, sea que se estime su aplicación directa como norma fundante del bloque constitucional de derechos, sea que se entienda su contenido como una referencia o elemento interpretativo determinante en la plena acepción de los derechos involucrados que reconoce la Constitución Política"[48].

De este modo, los tratados internacionales relativos a los derechos del niño, en la medida que consagren derechos esenciales, cumplen una función normativa e interpretativa.

Desde un punto de vista normativo, el hecho que la Carta Fundamental chilena no haga referencia o protección específica de los derechos del niño, no constituye inconveniente, ya que los órganos del Estados se encuentran limitados en su actuación respecto del tenor del derecho internacional de los derechos humanos en materia de derechos del niño, operando en plena función el inc. 2.º del art. 5.º de la Const. Pol., el cual ha sido implementado como norma a partir de la cual se integran los textos internacionales, y cuya infracción debe formar parte de la discusión de recursos que implican por lo menos una "infracción de ley"[49]. El principio de interés superior del

[46] Lo destaca Turner (2011), p. 43.

[47] Orrego (2011), p. 156.

[48] Tribunal Constitucional de Chile (2014), C. 7.º.

[49] La inserción de las normas internacionales dentro de la órbita del art. 5.º inc. 2.º de la Const. Pol. se observa en la siguiente sentencia dictada por la Corte Suprema (2015), C. 18.º: "Que las consideraciones anteriores desmienten categóricamente que al pronunciarse sobre una solicitud de autorización de salir del país, los tribunales estén obligados a decidir en conformidad a lo expresado por el niño o niña interesados. Esto es particularmente cierto en un caso como éste, en que cuando expresó sus reparos a establecerse fuera del país, la niña tenía diez años de edad y no tenía la experiencia de vivir en el extranjero. En consecuencia, el hecho de que la niña haya manifestado su opinión desfavorable a establecerse en Londres, no es suficiente para concluir que los jueces infringieron los artículos 3 y 12 de la Conven-

niño constituye un parámetro que deberán seguir las normas del derecho interno, desde la Constitución hasta las normas infralegales.

Desde un punto de vista interpretativo, el principio de interés superior del niño constituye un elemento o herramienta de interpretación de los derechos fundamentales que se encuentran reconocidos a la infancia. Cualquier clase de norma que consagre derechos fundamentales o comprometa derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, deberá considerar como criterio el principio de interés superior del niño.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad de la predeterminación del cuidado personal que pudiere consagrar la ley a favor del cónyuge que vive junto con su hijo o hija, basado en el principio de interés superior del niño:

> "Décimo: Que preciso resulta asentar que para que la regla cuestionada se haga operativa, se requiere de la concurrencia de una situación de hecho, consistente en la convivencia entre el hijo y el progenitor al que se confiere el cuidado personal, es decir, un vivir juntos, pues el término convivir implica 'vivir en compañía de otro u otros' (*Diccionario de la lengua española*). En este caso, entonces, la regla supone que exista una comunidad de vida entre el progenitor al que le atribuye el cuidado personal y el hijo al que dicho cuidado se refiere.
>
> Dicha cuestión, ha afirmado la jurisprudencia, protege el interés superior del niño, niña, o adolescente, al amparar una situación fáctica existente, consagrando la igualdad de condiciones de los padres para el ejercicio del cuidado personal. Y es que la cuestión determinante es que se dé ese supuesto fáctico, no si se trata del padre o de la madre, pues la

ción de los Derechos del Niños al autorizar su viaje. Por estas consideraciones, se rechazará el recurso en relación con la supuesta infracción del inciso segundo del artículo quinto de la Constitución Política en relación con dicha Convención". Este considerando resulta del todo interesante, porque no solo no rehúsa desechar el recurso de casación en el fondo por la sola circunstancia de no tratarse las normas invocadas como "preceptos legales", sino al hecho que no ha existido infracción de estas disposiciones, las cuales pueden ser invocadas como infringidas en el contexto de dicha clase de recurso formal civil.

En todo caso, ya existen otras sentencias anteriores en las cuales la infracción del principio de interés superior del niño constituye fundamento suficiente para que se acoja un recurso de casación en el fondo. En este sentido: Corte Suprema (2010d), C. 9.°: "Que la decisión de los sentenciadores es constitutiva de los yerros que han sido denunciados, pues desconoce la existencia y naturaleza de la medida de protección que concedió el cuidado personal del menor a la actora y no aplica a la resolución de la controversia el Principio del Interés Superior del Niño y contraría, además, lo dispuesto por los artículos 225 y 226 del Código Civil y 71 de la ley N°19.968, lo que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo, desde que se ha negado lugar a la acción intentada, desconociéndose la existencia de los presupuestos de su procedencia".

regla se puede aplicar a uno u otro, siempre que conviva con su hijo. La regla, en definitiva, privilegia la estabilidad del niño, niña o adolescente, en aras de resguardar su interés superior.

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido en un fallo reciente que la Ley N° 20.680, que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, tuvo por objeto proteger la integridad del niño en caso de que sus padres vivan separados, regulando materias relativas al cuidado personal de los hijos, la relación directa y regular y la patria potestad. En materia de cuidado personal estableció cambios en las formas de atribución y en el ejercicio de este derecho-deber, inspirados en los principios de autonomía de la voluntad, igualdad de los padres y en el principio rector del interés superior del niño; mantuvo las fuentes de atribución del cuidado personal, esto es, convencional, legal y judicial; esta última, también denominada supletoria, es aquella que opera a falta de acuerdo de los padres: 'el hijo continuará bajo el cuidado del padre o madre con quien estén conviviendo', consagrando con ello la igualdad de condiciones de los padres para el ejercicio del cuidado personal de los hijos y protegiendo con ello su interés superior, al mantener su situación fáctica, priorizando su estabilidad material y espiritual" (cons. 3° de la sentencia rol n.° 3666-2014, de 6 de octubre de 2014);

Décimo primero*:* Que, como corolario de lo razonado en el considerando que precede, se puede señalar que la regla contenida en el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, por una parte, consagra una igualdad de condiciones entre los progenitores a los efectos del cuidado personal del hijo, pues bien puede aplicarse al padre o a la madre, y, por la otra, ampara la estabilidad del hijo, al mantenerlo bajo el cuidado del progenitor con el que ya vive, resguardando entonces la comunidad de vida existente entre ambos, con lo que se propende además al respeto de su interés superior"[50].

[50] Tribunal Constitucional de Chile (2015), C. 10.º y 11.º.

Más adelante la norma revela cómo desde la perspectiva del principio de interés superior del niño, es posible orientar una interpretación del art. 19 n.º 2.º de la Const. Pol., descartando inicialmente que la atribución predeterminada del cuidado personal que efectuare la ley, en las condiciones actuales, constituye un acto lesivo de la igualdad ante la ley. Señala la misma sentencia: "DECIMOSEXTO: Que, a juicio de este Tribunal, el reproche planteado por el requirente debe ser desestimado, pues la aplicación del precepto no origina una infracción a la garantía de igualdad ante la ley. // Lo anterior por cuanto la regla no resulta, a nuestro juicio, tachable de arbitraria, ello aun en el caso de que se entendiera que introduce una diferencia entre personas que están en una misma situación, cuestión que no se comparte. Lo anterior, por cuanto la norma precisamente se aplica en un supuesto en que los padres no se hallan en una idéntica situación, pues es uno de ellos –no ambos– el que convive con el hijo y lo cuida. Es decir, sólo con uno de ellos el hijo mantiene una comunidad de vida, no así con el otro. // "Y

Siendo así, se aprecia cómo el principio de interés superior del niño forma parte, por lo menos como elemento de interpretación, a la hora de establecer la *constitucionalidad de ciertas materias en las cuales dicho interés resulta comprometido*. Y este uso resulta del todo justificado, ya que en el ejercicio del control de constitucionalidad de los preceptos legales, el Tribunal Constitucional ha quedado obligado a usar como criterio primordial el interés superior del niño; ello, porque constituye un órgano jurisdiccional sujeto al mandato dispuesto por la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Puede observarse en la jurisprudencia en materia constitucional la invocación del interés superior del niño, como un parámetro que sirve de cuestionamiento de la actuación tanto de los órganos públicos como de los particulares, cuando estos ejecutan actos u omisiones que importan limitaciones a los derechos fundamentales de la infancia.

Por ejemplo, ha servido para criticar la decisión de los establecimientos educacionales de negarse a renovar la matriculación de alumnos que estiman "políticamente radicalizados" o que manifiestan tendencias políticas que han significado una supuesta alteración del establecimiento educacional[51]. Se cee

aun si se entendiera, como lo hace el requirente, que el precepto introduce una diferencia entre sujetos que se encuentran en una misma situación, cual sería ser padres del hijo en común, la misma no puede calificarse de arbitraria, que es lo que en definitiva repudia la Constitución. // Lo anterior, por cuanto la atribución del cuidado personal del niño al progenitor con el que convive, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. Ya hemos visto que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la regla en cuestión se muestra respetuosa de la igualdad que debe existir entre los progenitores, pues puede aplicarse tanto al padre como a la madre, a la par que resguarda debidamente el interés superior del niño, reconociendo y amparando una situación ya existente, con lo que se protege su estabilidad. // Y, por lo demás, en el contexto fáctico en que la regla está llamada a operar –vida separada de los padres– no resulta irracional ni desproporcionado que el padre que viva con el hijo sea aquel al que la ley le atribuya su cuidado personal, sin dejar la cuestión en indeterminación, mientras los padres, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que en estas materias sensibles se les reconoce y cuyo ejercicio promueve el legislador, arriban a la formalización de algún acuerdo o, bien, recurren al tribunal competente para que zanje quién debe detentar dicho cuidado; // DECIMOSÉPTIMO: Que si bien puede haber otras opciones legislativas diversas a la establecida en el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil, la norma vigente no parece desproporcionada ni irracional. Siendo así, la adopción de esta regla por el legislador resulta ser una opción lícita de éste, inspirada nada más y nada menos que en cautelar el interés superior de los niños, privilegiando su estabilidad, según ya se ha dicho latamente en esta sentencia. // Y debe agregarse que, por lo demás, la regla contenida en el inciso tercero del artículo 225 no es absoluta, sino que, por el contrario, ella puede ser alterada por acuerdo de los padres. Y también, y sea cual fuere la forma en que se hubiere determinado la titularidad del cuidado personal, por resolución judicial dictada conforme al inciso cuarto del artículo en cuestión".

[51] Corte Suprema (2009a), C. 4°: "Que aunque es evidente que el estudiante postulaba acción política entre sus compañeros y criticaba fuertemente el régimen legal de enseñanza

que la aplicación de este interés, tanto frente a las actuaciones de órganos públicos como privados es precisamente la posición correcta, tratándose, en consecuencia, de un principio que es transversal a todas las actuaciones al interior de la sociedad[52].

5.2. La protección de los derechos del niño en la legislación interna

De acuerdo con las ideas que han sido reflejadas en las normas sujetas a este análisis, se ha apreciado cómo el interés superior del niño se declara un principio de carácter relevante en el tratamiento de los derechos de la infancia y que, como tal, impone ciertos deberes a todos y cada uno de los órganos del Estado, consistente de la adopción de medidas jurídicas que tiendan al fortalecimiento y protección de este interés

El propósito en este punto es fundamentalmente expositivo. Se pretende ofrecer un listado general de las normas contenidas en el derecho interno que significan una referencia hacia el interés superior del niño, tanto en su concepto como en las misiones que ellas alcanzan.

Por cuestiones de tiempo, no es posible una revisión minuciosa de todo el derecho nacional. Solo se concentrará la mirada en torno a algunos espacios bien definidos en los cuales la invocación del principio de interés superior del niño es más profusa, y que se ha identificado tanto en:

a) en el derecho procesal
b) en el derecho privado de familia y
c) en el derecho penal (c).

---

y a su colegio (f. 21), el comportamiento de la recurrida contraría la libertad de expresión asegurada a todos en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, porque sanciona la legítima comunicación de ideas. Pero, además, transgrede el ordenamiento jurídico internacional de carácter particular de los niños vigente en el país de conformidad con lo previsto en el artículo 5° del mismo texto en cuanto reconoce la existencia de los derechos humanos de los niños, y entre estos los derechos de carácter político. La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en sus artículos 12, 13, 14, 15 y 17 previene las libertades de opinión, expresión, asociación, conciencia y de religión; y es incuestionable que se trató de impedir que el estudiante manifestara sus convicciones. // Finalmente a este respecto es necesario señalar que en la especie no se advierte ningún motivo que justifique el proceder del establecimiento educacional, puesto que es evidente que no se tuvo en cuenta razones relacionadas con el interés superior del niño, en la especie con la preservación y fortalecimiento de su desarrollo formativo, sino únicamente la negativa valoración de suposiciones".

[52] Se ha dicho que el interés superior del niño tiene un carácter fundamental en virtud del régimen jurídico existente en Chile, "que se proyecta no sólo al ordenamiento jurídico, sino también hacia las instituciones públicas y privadas de bienestar social". Gómez de la Torre (2007), p. 41.

a) En el derecho procesal

Uno de los textos que con mayor ocasión trata del interés superior del niño e, incluso, pretende ofrecer un concepto para el mismo, es la Ley n.° 19968, que crea los tribunales de familia (*DO*. 30 de agosto de 2004)[53].

Como se decía, esta ley orgánica y funcional de derecho procesal tiene un mérito importantísimo, dado que contiene una definición para el principio de interés superior del niño. Si bien ella se encuentra ubicada en un texto legal, ella se redacta al tenor de una normativa cuyas principales directrices consagradas de manera explícita, es precisamente este interés.

Dice el art. 16 de la Ley n.° 19968:

> "Interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído. Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.
>
> El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento[54].

[53] La doctrina destaca la incorporación del interés superior del niño, y sus múltiples reiteraciones en la ley procesal: Gómez de la Torre (2007), p. 40.

[54] Cabe notar que la norma hace referencia a dos "principios rectores", cuales son el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído. Ellos tienen plena independencia y son distintos uno respecto del otro. Como lo advierte la jurisprudencia reciente: "Décimo quinto: Que no obstante imponer el artículo 12 de la Convención el deber de dar al niño oportunidad de ser escuchado en todos los procedimientos judiciales o administrativos que lo afecten, a objeto de garantizar su derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le conciernan, la Convención no equipara el interés superior del niño con los intereses que el niño exprese. Tal equiparación no se encuentra ni en el artículo 3 de la Convención, ni en su artículo 12, ni un ninguna otra disposición de la Convención. // Tampoco se encuentra tal equiparación en la Observación General No. 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12). Ésta, al tratar específicamente de la relación entre los artículos 3 y 12 de la Convención, señala que dichas disposiciones consagran principios complementarios, de manera que el deber de atender al interés superior del niño como consideración primordial no puede cumplirse correctamente si no se respeta el artículo 12 y, por su parte, el artículo 3 'refuerza la funcionalidad del artículo 12' (párrafo 74). La Observación General No. 14, antes citada, insiste en la complementariedad de ambos principios, pero tampoco equipara el interés superior del niño a los intereses por éste expresados. Agrega que el artículo 12 'establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior' (párrafo 43). En otras palabras, el niño tiene derecho a ser oído y su opinión debe ser considerada al evaluar su interés superior. Pero dicha opinión no absuelve de la necesidad de hacer esta última evaluación, considerando todos los elementos que resulten relevantes. Cuáles sean estos elementos solo puede determinarse

> Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad".

Al igual que en el caso del régimen de derecho internacional de los derechos humanos, la Ley n.º 19968 hace una serie de aplicaciones sobre el interés superior del niño, asignándole, en consecuencia, una serie de efectos y funciones.

Desde este margen, se ve que el interés superior del niño se lo declara como un factor que justificará la acumulación o desacumulación (sic) de asuntos de familia (art. 17)[55]; para justificar la necesidad que el niño, niña o adolescente cuente con la debida representación judicial (art. 19)[56]; para la

en concreto para cada caso ('La evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño...' *op. cit.*, párrafo 48). La citada Observación General No. 14 ofrece una lista no exhaustiva de elementos usualmente relevantes (párrafos 52 a 79). La opinión del niño es solo uno de ellos. // Décimo sexto: Que, por otra parte, el propio artículo 12 de la Convención dispone que las opiniones del niño se tendrán en cuenta 'en función de la edad y madurez del niño'. La citada Observación General No. 12 destaca que 'no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio' (párrafo 28). La evaluación debe hacerse 'mediante un examen caso por caso? (párrafo 29). // Esto resulta además consistente con el hecho de que la autonomía se desarrolla progresivamente en los niños. Por eso el artículo quinto de la citada Convención establece que las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres para impartir dirección y orientación a los niños deben estar 'en consonancia con la evolución de sus facultades'. Y comentando esta disposición, la Observación General No. 12 señala: el niño tiene derecho a recibir dirección y orientación, que tienen que compensar la falta de conocimientos, experiencia y comprensión del niño y estar en consonancia con la evolución de sus facultades, como se establece en ese artículo. Cuantas más cosas sepa, haya experimentado y comprenda el niño, más deben los padres, tutores u otras personas legalmente responsables del niño transformar la dirección y orientación en recordatorios y consejos y, más adelante, en un intercambio en pie de igualdad. Esta transformación no tendrá lugar en un punto fijo del desarrollo del niño, sino que se producirá paulatinamente a medida que se alienta al niño a aportar sus opiniones (párrafo 84)". Corte Suprema (2015), C. 15.º y 16.º.

[55] Ley n.º 19968, art. 17: "Acumulación necesaria. Los jueces de familia conocerán conjuntamente, en un solo proceso, los distintos asuntos que una o ambas partes sometan a su consideración, siempre que se sustancien conforme al mismo procedimiento. La acumulación y desacumulación procederán sólo hasta el inicio de la audiencia preparatoria y serán resueltas por el juez que corresponda, teniendo especialmente en cuenta el interés superior del niño, niña o adolescente. La acumulación procederá incluso entre asuntos no sometidos al mismo procedimiento, si se trata de la situación regulada por el inciso final del artículo 9º de la ley Nº 20.066, sobre Violencia Intrafamiliar, y de las materias previstas en los números 1), 2) y 7) del artículo 8º".

[56] *Op. cit.*, art. 19: "[inc. 1.º] Representación. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o

dictación de medidas cautelares (art. 22 inc. 1.º)[57]; en cuanto límite para la aprobación de las convenciones probatorias (art. 30 inc. 2.º)[58]; como fundamento para que el juez ordene la ausencia de algún miembro de la familia durante algún momento de la audiencia de juicio (art. 63 inc. 4.º)[59]; en forma implícita como un fundamento de la integridad del procedimiento especial consistente de la "aplicación judicial de medidas de protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes" (*s.m*. Ley n.º 19.968, tít. IV, párrafo 1.º, arts. 68 a 80 bis); y como principio que rige a la mediación (art. 105 letra e)[60].

incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. // [inc. 2.º] El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación. // [inc. 3.º] La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales, incluyendo el ejercicio de la acción penal prevista como un derecho de la víctima en el artículo 109 letra b) del Código Procesal Penal. // [inc. 4.º] De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello. // [inc. 5.º] En los casos del inciso segundo del artículo 332 del Código Civil, aquél de los padres en cuyo hogar vive el alimentario mayor de edad se entenderá legitimado, por el solo ministerio de la ley, para demandar, cobrar y percibir alimentos de quien corresponda, en interés del alimentario, sin perjuicio del derecho de éste para actuar personalmente, si lo estima conveniente. Si el alimentario no actúa personalmente se entenderá que acepta la legitimación activa del padre o madre junto a quien vive".

[57] Ley n.º 19968, art. 22 inc. 1.º: "Potestad cautelar. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, en cualquier etapa del procedimiento, o antes de su inicio, el juez, de oficio o a petición de parte, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora que implica la tramitación, podrá decretar las medidas cautelares conservativas o innovativas que estime procedentes. Estas últimas sólo podrán disponerse en situaciones urgentes y cuando lo exija el interés superior del niño, niña o adolescente, o cuando lo aconseje la inminencia del daño que se trata de evitar".

[58] *Op. cit.*, art. 30 inc. 2.º: "El juez aprobará sólo aquellas convenciones probatorias que no sean contrarias a derecho, teniendo particularmente en vista los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados en el conflicto. Asimismo, el juez verificará que el consentimiento ha sido prestado en forma libre y voluntaria, con pleno conocimiento de los efectos de la convención".

[59] *Op. cit.*, art. 63 inc. 4.º: "Podrá asimismo ordenar, en interés superior del niño, niña o adolescente, que éste u otro miembro del grupo familiar se ausente durante determinadas actuaciones".

[60] *Op. cit.*, art. 105 letra e): "Principios de la mediación. Durante todo el proceso de mediación, el mediador deberá velar por que se cumplan los siguientes principios en los términos que a continuación se señalan: // e) Interés superior del niño: por el cual, en el curso de la mediación, el mediador velará siempre para que se tome en consideración el interés superior del niño, niña o adolescente, en su caso, pudiendo citarlos sólo si su presencia es estrictamente

Algunos autores sostienen que la más eficiente forma de protección de los intereses del niño no debería provenir del *Código Civil*, sino que de las normas procesales y sustantivas emanadas de la Ley n.º 19968, ya que ellas sirven como criterio de examen del conflicto de los padres, a quienes se considera la fuente de la inestabilidad en la relación con los hijos[61].

Por lo pronto, se cree que la normativa establece que el principio de interés superior del niño constituye un imperativo procesal, el cual deberá tener presente el tribunal para la resolución del conflicto y la adopción de medidas de protección del niño durante la tramitación del proceso familiar.

b) En el derecho de familia

En lo que respecta al derecho de familia chileno, el principio de interés superior del niño forma parte de la arquitectura de una serie de instituciones capitales, las cuales consisten de la adopción (i), matrimonio (ii), cuidado personal y relación directa y regular (iii), y filiación (iv)[62].

(i) Adopción

La doctrina chilena destaca que uno de los principios que rige a la adopción en Chile, y que en la actualidad se contiene en la Ley n.º 19620 (*DO*. 5 de agosto de 1999), es el interés superior del niño[63].

Esta consagración en cuanto principio jurídico, se encuentra en el art. 1.º de la Ley de Adopción, el cual dice:

> "La adopción tiene por objeto velar por el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia

indispensable para el desarrollo de la mediación". El principio de interés superior del niño en materia de mediación es consagrado de igual forma en el derecho español. Un análisis, en Sánchez (2012), pp. 1456-1457.

[61] Del Picó (2011), p. 142.

[62] Declara expresamente al interés superior del niño como un principio del derecho de familia: Orrego (2011), p. 155.

Por cuestiones de espacio, se ha limitado el análisis solo a estos puntos, sin perjuicio que hay otros en los cuales el principio de interés superior del niño se ha declarado igualmente procedente. Por ejemplo, a la hora de discutir la procedencia de una autorización judicial para la salida de un niño, niña o adolescente del país (Ley de Menores, art. 49). Un caso jurisprudencial en el cual se plantea la posibilidad de autorizar o negar esa salida, usando como criterio de decisión el principio de interés superior del niño, puede consultarse en Corte Suprema (2015), tanto en su voto de mayoría y voto disidente.

[63] Abeliuk (2012), núm. 154, p. 226; Corral (2002), pp. 65-66; Court (2010), núm. 122, p. 71; Gómez de la Torre (2007), p. 39; Quintana (2013), núm. 61, pp. 253-254. En forma genérica, declara el origen de la reforma introducida por la ley en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, RAMOS (2010), núm. 518, pp. 401-402.

> que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen".

Como podrá apreciarse, esta disposición se encuentra en perfecta consonancia con la exigencia dispuesta en la Convención de Derechos del Niño, en su art. 21 ya comentado en este manuscrito. Los autores destacan que la norma chilena tiene como antecedente directo el ap. 1 del art. 3.° de la Convención señalada[64].

(ii) Derecho matrimonial

La actual Ley de Matrimonio Civil (Ley n.° 19947, *DO*. 17 de mayo de 2004), ha hecho consagración explícita del interés superior del niño como un principio que rige a dicha ley[65]. Y al igual que lo que ocurre con la Ley n.° 19968, no solo se ha limitado a exponer normativamente este principio, sino que, asimismo, le ha asignado algunas funciones específicas.

La consagración del interés superior del niño como principio jurídico que rige al matrimonio civil, se contiene en el art. 3.°, que dice:

> "Las materias de familia reguladas por esta ley deberán ser resueltas cuidando proteger siempre el interés superior de los hijos y del cónyuge más débil.
>
> Conociendo de estas materias, el juez procurará preservar y recomponer la vida en común en la unión matrimonial válidamente contraída, cuando ésta se vea amenazada, dificultada o quebrantada.
>
> Asimismo, el juez resolverá las cuestiones atinentes a la nulidad, la separación o el divorcio, conciliándolas con los derechos y deberes provenientes de las relaciones de filiación y con la subsistencia de una vida familiar compatible con la ruptura o la vida separada de los cónyuges".

Puede notarse que la ley gira explícitamente en torno a dos principios, cuales son el de interés superior del hijo y el de protección del cónyuge más débil[66]. Y el primero cumple una función tan destacada que, incluso, constituye una exigencia prevista para que los cónyuges puedan disponer de for-

[64] Sobre este punto, puede consultarse Tapia (2005), núm. 73, pp. 133-134.

[65] Indican que es un principio del derecho matrimonial chileno: Garrido (2013), p. 76; Gómez de la Torre (2007), pp. 39-40; Del Picó (2010), p. 132. Como se ha citado, Juan Andrés Orrego Acuña sostiene que, a partir del art. 3.° de la Ley de Matrimonio Civil, es que se extrae que el interés superior del niño sea un principio jurídico rector del derecho de familia. Orrego (2011), p. 155. En un sentido similar, Court (2010), núm. 122, pp. 71-72.

[66] Un estudio más detallado de los principios que rigen al matrimonio civil, en Del Picó (2011) y Del Picó (2010), pp. 115-143.

ma voluntaria el cese provisorio o definitivo de su vida en común[67]. Como lo explica la doctrina, el propósito de esta inserción consiste de "prevenir decisiones irreflexivas y resolver todos los problemas personales y patrimoniales generados por la ruptura matrimonial", el cual se declara que tendrá especial relevancia para determinar la definición del cuidado personal de los hijos[68].

Esto se demuestra cuando se explica que los cónyuges que deseen la separación judicial de común acuerdo, deberán acompañar un acuerdo que reúna las características de ser completo y suficiente, y se entiende que reúne este último atributo,

> "si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuya separación se solicita" (Ley n.º 19947, art. 27 inc. 2.º).

La misma exigencia y características deberá reunir el acuerdo que deberán acompañar los cónyuges que deseen divorciarse de común acuerdo (Ley n.º 19947, art. 55 inc. 2.º)[69].

Finalmente, en el contexto de la tramitación de la separación judicial, nulidad del matrimonio y del divorcio, el interés superior del niño supone un parámetro que el tribunal deberá tener en cuenta para la resolución y la adopción de medidas relativas tanto a su persona como a sus bienes (art. 85)[70].

---

[67] Aunque expresamente la legislación matrimonial requiere, para autorizar la ruptura del matrimonio por divorcio de común acuerdo el que se traten estas materias, se afirma que el principio de interés superior del niño no tendría ni puede tener la fuerza suficiente para aceptar la supuesta existencia de un "derecho de los hijos para exigir la continuidad del vínculo entre sus padres". Con detalle, expone estos argumentos Del Picó (2011), p. 143 y Del Picó (2010), pp. 135-136.

[68] Tapia (2005), núm. 64, p. 111 y Tapia (2011), núm. 3, p. 39. Las consecuencias derivadas de este principio tienen especial relevancia, dado que el tribunal podría considerar, amparándose en este principio y colocando en un segundo plano el bienestar exclusivo de los cónyuges, que los niños tienen derecho de mantener contacto con sus abuelos. Plantea el caso Del Picó (2011), p. 142 y coinciden en el ejemplo, Pinochet (2011), p. 594 y Céspedes (2013), p. 19.

[69] En materia de divorcio unilateral, se prevé una norma que impide su declaración si de parte del demandante ha existido incumplimiento de su obligación alimenticia para con los hijos (Ley n.º 19947, art. 55 inc. 3.º), punto en que se pregunta si esta solución se encuentra fundada necesariamente en el principio de interés superior del niño. Se responde que, aunque el art. 3.º de la mencionada ley lo obliga "siempre" a considerar ese principio, de todos modos tal explicación no sería por sí sola satisfactoria. Trata el punto y propone la conjugación en este punto de los principios de interés superior del niño y de protección del cónyuge más débil. Kuncar (2011), pp. 307-308.

[70] Ley n.º 19947, art. 85: "[inc. 1.º] La tramitación de la separación judicial, de la nulidad de matrimonio y del divorcio se regirá por lo dispuesto en este Capítulo y en las demás leyes

El principio de interés superior del niño, en virtud de esta norma que supone la consagración en texto positivo de un principio jurídico, se traduce en una serie de acciones concretas, las cuales pueden consistir de su derecho de ser oído en el juicio en que se tramita el divorcio de sus padres, o el que define su propia tuición, que sus intereses económicos no se vean afectados de manera arbitraria por la separación de sus padres, o que se niegue la relación directa y regular de los hijos con el padre o madre con quien no convivan en la actualidad[71].

Cumple de esta manera una fórmula tanto sustantiva como procesal. Desde un punto de vista sustancial, sirve como método y parámetro para que el tribunal pueda resolver de modo apropiado el conflicto familiar, debiendo en todo momento dar aplicación del mismo, ya que la ley se ha encargado de imponerlo de manera forzosa. Y desde un punto de vista procesal, la formula casi en términos similares a lo que hace la Ley n.° 19968, con la diferencia del ámbito matrimonial en el cual institucionalmente se predica.

(iii) Cuidado personal y relación directa y regular

La consideración hacia el interés superior del niño se hace particularmente abundante en esta materia, sobre todo tras la reforma introducida al *Código Civil* por la Ley n.° 20680 (*DO.* 21 de junio de 2013)[72], que significó una profunda reforma de la presente materia. De este modo, el legislador hace constantes llamados hacia este principio[73].

Una norma central dentro de esta materia, la constituye el inc. 1.° del art. 222 del CCCh., que consagra la regla fundamental en torno al desarrollo de los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos. Dice esta norma:

---

que resulten aplicables, del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada. // [inc. 2.°] Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oirá a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes. // [inc. 3.°] El juez, en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales".

[71] Del Picó (2011), p. 143.

[72] Sobre el origen y comparación del estado normativo previo y posterior a esta ley, puede consultarse Quintana (2013), núm. 85, pp. 321-331.

[73] Existe una sentencia que declara que el régimen jurídico chileno anterior a la Ley n.° 20680 no era lesivo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: "Que a lo anterior, cabe agregar que los sentenciadores con su decisión no han vulnerado los principios y derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, desde que se han limitado a aplicar el derecho interno, acorde con dicho instrumento, respetando, en consecuencia, las acciones y procedimientos previstos por el legislador nacional en la materia". Corte Suprema (2008a), C. 11.°.

> "La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades".

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de destacar que el principio de interés superior del niño es fundamental en materia de cuidado personal, ya desde la época anterior a la reforma introducida al *Código Civil*[74].

Igualmente, ha resuelto que el principio de interés superior del niño cobra un especial interés en el marco de las relaciones parentales,

> "en las que, por un lado, se encuentra el derecho y responsabilidad de los padres de cuidar y educar a los hijos y por otro, la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, lo que limita las facultades o roles de los padres, precisamente por interés superior de los menores, en aras de la satisfacción integral de sus derechos"[75].

Como se apreciará, se asigna al principio de interés superior del niño una función de medio de conciliación de los derechos e intereses que tienen los padres respecto de sus hijos (la paternidad y la maternidad generan como derecho el de mantener un vínculo afectivo y personal con los hijos), y el de los hijos (su derecho de ser criados en un ambiente de estabilidad emocional y de afecto respecto de sus padres). Puede notarse que hay un marcado carácter interpretativo en el tenor de la sentencia que se ha citado.

Nuevamente se aprecia que el interés superior del niño es señalado como un parámetro para la aplicación de diversas soluciones y mecanismos previstos en la materia[76].

En este orden de ideas, se lo sindica como un elemento para el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal (art. 225-2 letra j del CCCh.,)[77]; para confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes (art. 226 inc. 1.º del CCCh)[78]; para la determina-

[74] Cfr. Corte Suprema (2008a), C. 8.º; Corte Suprema (2009b), C. 8.º y voto disidente; Corte Suprema (2010b), C. 10.º; Corte Suprema (2010c), C. 6.º.

[75] Corte Suprema (2010b), C. 10.º.

[76] Destacan la manifestación del principio de interés superior del niño en la materia: Court (2010), núm. 122, p. 71 y Moreno (2011), p. 92. En el caso de Garrido (2013), p. 209, lo refiere, incluso, como el fundamento mismo de la institución del cuidado personal.

[77] Art. 225-2 letra j del CCCh: "En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente los siguientes criterios y circunstancias: // j) Cualquier otro antecedente que sea relevante atendido el interés superior del hijo".

[78] CCCh., art. 226 inc. 1.º: "Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, velando primordialmente por el interés superior del niño conforme a los criterios establecidos

ción del régimen de relación directa y regular (art. 229 inc. 3.° letra d del CCCh)[79]; indirectamente como un mecanismo de limitación al ejercicio del derecho de corrección que tiene el padre respecto del hijo (art. 234 inc. 1.° del CCCh)[80]; como un criterio para resolver sobre la revocación de una medida relativa a un menor de edad sujeto a patria potestad (art. 242 del CCCh)[81]; para que el tribunal pueda confiar la patria potestad del hijo al padre o madre que carecía de él, o para radicarlo en uno solo de ellos, en caso que hubiere existido un ejercicio conjunto y vivieren los padres juntos (art. 244 inc. 4.° del CCCh)[82] o separados (art. 245 inc. 2.° del CCCh)[83].

El resultado que tendrían estas medidas, es la de concebir al principio de interés superior del niño como un mecanismo de protección frente a las amenazas que provocan los propios padres, mediante sus crisis afectivas, y

en el artículo 225-2". En relación con esta disposición, ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño. Al respecto, la Directriz 14 de Riad ha establecido que [c]uando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el 'desplazamiento' de un lugar a otro". Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), § 73.

[79] Art. 229 inc. 3.° letra d) del CCCh: "Para la determinación de este régimen, los padres, o el juez en su caso, fomentarán una relación sana y cercana entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo, velando por el interés superior de este último, su derecho a ser oído y la evolución de sus facultades, y considerando especialmente: // d) Cualquier otro elemento de relevancia en consideración al interés superior del hijo".

[80] Art. 234 inc. 1.° del CCCh: "Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y sicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño". La actual redacción de este precepto legal se debe a una reforma introducida por la Ley n.° 20286 (*DO*. 15 de septiembre de 2008.

[81] Art. 242 del CCCh: "En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez".

[82] Art. 244 inc. 4.° del CCCh: "En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo señalado en el inciso primero".

[83] Art. 245 inc. 2.° del CCCh: "Sin embargo, por acuerdo de los padres o resolución judicial fundada en el interés del hijo, podrá atribuirse la patria potestad al otro padre o radicarla en uno de ellos si la ejercieren conjuntamente. Además, basándose en igual interés, los padres podrán ejercerla en forma conjunta. Se aplicarán al acuerdo o a la resolución judicial las normas sobre subinscripción previstas en el artículo precedente".

que ellas forman parte de una perspectiva "terapéutica" que habría alcanzado el derecho de familia contemporáneo[84].

En cuanto a las *funciones concretas* asignadas al principio, se ha resuelto que sirve para determinar si se acoge o no una demanda de cuidado personal, y que se traduce directamente en tomar

> "especialmente en consideración, el vínculo de apego que tiene el niño con su padre, con quien ha permanecido la mayor parte de su vida y la estabilidad que éste y su familia le han brindado, además de los beneficios que esto puede aportar a su desarrollo, en concordancia con lo que los diversos informes y opiniones de expertos han manifestado o dejado constancia en el proceso"[85].

También se observa:

> "las normas de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, especialmente artículos 3.1 y 12.1, como las que regulan la forma de prestar la tuición y cuidado personal de los menores, a saber artículos 225, 227, 242 inciso 2º del Código Civil, y artículo 42 de la Ley Nº 16.618, obligan a atender al interés superior del niño y respetar las opiniones de éste en función de su edad y madurez, como también –en la materia que nos ocupa– tales reglas imponen determinar el estado social y psicológico de quienes pretender ejercer exclusivamente el derecho de vivir con el menor, en aras a discernir –por una parte– sobre su aptitud para aquello, como –de otra– el mayor beneficio que se obtendría para el desarrollo integral del niño"[86].

Bajo el estado normativo previo a la Ley n.º 20680, el principio de interés superior del niño constituía derechamente el criterio con el cual se podía alterar la regla prevista en el art. 225 del CCCh., que le asignaba el cuidado personal a la madre, distinguiéndola con claridad de la hipótesis de inhabilidad de esta[87], indicándose:

> "el interés superior de la menor, ha sido preterido en beneficio de la madre, puesto que dicho principio en el caso concreto, se traduce en brindarle a la menor, un entorno propio de protección y apego filial, en aras de mantener la estabilidad alcanzada y el óptimo desarrollo de su personalidad, lo que en las condiciones señaladas en el motivo precedente sólo puede verificarse en el hogar paterno"[88].

[84] Tapia (2005), núm. 73, p. 133.
[85] Corte Suprema (2010a), C. 10.º.
[86] Corte Suprema (2001), C. 5.º.
[87] Corte Suprema (2008b), C. 6.º; Corte Suprema (2008c), C. 7.º.
[88] Corte Suprema (2008c), C. 14.º.

En la materia concreta de la relación directa y regular, el interés superior del niño ha sido de igual forma invocado, a fin de graduar de manera debida las formas en que deberían desarrollarse las comunicaciones entre padres e hijos, derivadas en particular de la falta de contacto existente entre ellos[89].

En lo que respecta a la forma en que debe ser evaluado el interés superior del niño en materia de cuidado personal, cobra especial importancia la necesidad de evitar basamentos en criterios discriminatorios, y que su determinación sea fundadamente objetiva.

Esta discusión es la que precisamente se ventiló en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual sostuvo que la orientación sexual de los padres no constituye un mecanismo válido para determinar la habilidad del padre para criar a los hijos, de modo que el interés superior del niño no podía ser invocado como justificación para insertar un margen de discriminación respecto de un padre:

> "109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

[89] En este sentido: Corte Suprema (2008d): "Décimo: Que en el caso de autos se establece que el interés superior del niño no ha sido considerado debidamente, puesto que la decisión de los sentenciadores desatiende la situación en la que se encuentra el menor y no le brinda la debida protección en la regulación del sistema de comunicación que establece a favor del padre. En efecto, la determinación de tal régimen comunicacional, no se ajusta a lo que a la luz de los antecedentes allegados al proceso, parece ser lo razonable y lógico para la resolución del caso, al establecer la posibilidad de que el menor salga al extranjero en una época cercana, atendida su edad y las circunstancias en que se ha desarrollado hasta ahora la relación entre padre e hijo. // Undécimo: Que, de este modo, sólo cabe concluir, que al decidir como lo hicieron, los jueces recurridos infringieron el artículo 32 de la Ley 19.968, al haber desatendido los principios de la sana crítica y el artículo 16 de la misma ley, puesto que han decidido en forma contraria al interés superior del menor. Por lo que ante las vulneraciones indicadas, se impone la invalidación de la decisión ya que las infracciones anotadas influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desde que condujeron a establecer un régimen comunicacional a favor del actor, respecto de su hijo, en términos que atendidas las circunstancias particulares del caso, no resultaban procedentes ni aconsejables".

> 110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el 'interés superior del niño' un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.
>
> 111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños"[90].

La Corte impone un fuerte estándar probatorio en lo que refiere al análisis de la habilidad moral de un padre para privarle del cuidado personal del hijo, destacando que no puede basarse en meras especulaciones, ni tampoco en un supuesto temor social derivado de la falta de aceptación de las realidades de las uniones homosexuales. Por otro lado, resulta destacable de

[90] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012),, §§ 109-111. Es por ello que la Corte va analizando con posterioridad los criterios emitidos por los tribunales chilenos para fundar su resolución (los cuales consistieron en *(i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentando las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas, y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre*) y concluye que ninguno de ellos obedece a criterios que sean admisibles a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cfr. *op. cit.*, §§ 113-146).

Otro aspecto en el cual debe destacarse, desde un punto de vista de análisis interpretativo, se encuentra en el constante uso de la jurisprudencia comparada ordinaria y constitucional, tanto aquella que emana de los respectivos Estados miembros, como del derecho europeo de los derechos humanos. Este uso permite discutir dos cosas: la posibilidad efectiva de considerar al derecho comparado como un elemento de interpretación, y la existencia de un diálogo multinivel en materia de derechos humanos. Respectivamente, una aproximación en Häberle (2010), pp. 379-411; Vivas y Cubides (2012), pp. 184-204 y Serna (2013), pp. 35-38.

la sentencia, que imponga en los jueces la necesidad de brindar una adecuada y completa explicación acerca de la manera en que el interés superior del niño se entiende condicionar la determinación del cuidado personal a favor de uno de los padres y para privarlo al otro.

Pareciera un tanto contradictoria la afirmación final consistente de que "no son admisibles [...] o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños". Sin embargo, la contradicción es solo aparente; siendo el interés de los niños y, en especial, el impacto que una medida judicial pueda tener respecto de los niños, lo que se quiere evitar es que se trate de invocar un impacto "presunto". Deberá tratarse de un riesgo real y efectivo, no una mera conjetura. Es decir, nuevamente la Corte exige la observancia de un estándar probatorio expreso, explícito y evidente.

En concepto de algunos autores, el efecto que tendría esta redacción en la comprensión del principio de interés superior del niño, sería tal que involucraría una concepción predeterminada desde un punto de vista moral de lo que se pretende obtener de un niño. Es así, que se sostenga:

> "el Código Civil parece entender que el *interés superior del niño* consiste en criar hijos bien alimentados, bien educados y buenos ciudadanos (la cercanía con las ideas de la *Ilustración* es evidente)"[91].

En suma, la función de este principio, que para esta materia es muy específica, tiende a que el juez pueda establecer de una manera apropiada, quién deberá asumir el cuidado personal del niño, niña y adolescente, o la posibilidad de su cambio; y otro tanto ocurrirá respecto de la relación directa y regular.

(iv) Filiación

Por último, se ve que la "prioridad del interés del hijo" ha sido considerada una de las ideas centrales de las reformas introducidas al *Código Civil* en virtud de la Ley n.° 19585 y que permiten calificarlo igualmente como un principio que rige al estatuto de filiación[92].

Esta reforma, entre otros aspectos, se manifestó en concreto en la eliminación de las principales distinciones y diferencias entre los niños que pudieren generarse con ocasión de su nacimiento, ya sea que su origen fuese

[91] Tapia (2005), núm. 73, p. 132. El autor formula un comentario crítico respecto de la forma cómo puede obtenerse protección de este interés, sin necesidad de acudir a mecanismos jurídicos, frente a la dificultad de hacer efectivo en este plano estos mecanismos, *op. cit*., pp. 132-133.

[92] Un detalle sobre las medidas que conlleva este interés, en Gómez de la Torre (2007), p. 47.

matrimonial o extramatrimonial. Ello, porque claramente significaban una grave vulneración del derecho a la igualdad ante la ley de los hijos, consagrada tanto por la Constitución Política como por los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado de Chile, debido a su nacimiento[93].

Esto se plasmó, en consecuencia, en la eliminación de la distinción entre los hijos legítimos, naturales e ilegítimos, unificando el régimen jurídico de filiación y, por esta vía, generar una equiparación de los derechos que, desde el punto de vista familiar y sucesorio, tienen los niños, niñas y adolescentes, sin atender a las condiciones jurídico-afectivas que tenían sus padres en ese momento[94].

(c) Derecho penal

Las referencias hacia el "interés superior del adolescente", se contienen en la actualidad en el derecho penal del adolescente, previsto en la Ley n.º 20084, Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal (*DO.* 7 de diciembre de 2005)[95].

La importancia que alcanza el principio en comentario queda en evidencia desde el momento en que se la invoca como una norma expresa. Dice el art. 2.º de la Ley n.º 20084:

> "Interés superior del adolescente. En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.
>
> En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes".

Formalmente puede apreciarse que la norma no ofrece una definición muy precisa para el interés superior del niño. A un mismo tiempo de men-

[93] Una exposición general y crítica al estado jurídico previo a la reforma de filiación, y las principales críticas desde la óptica de los derechos fundamentales, en Muñoz (1996), pp. 132-139 y Álvarez (s/f), pp. 19-20.

[94] En este sentido: Abeliuk (2012), núm. 10, p. 28; Corral (2002), p. 66; Gómez de la Torre (2007), p. 39; Quintana (2013), núm. 61, pp. 253-254; Ramos (2010), núm. 518, p. 401; Tapia (2005), núm. 73, p. 132; Tapia (2011), núm. 3, p. 42.

[95] Gómez de la Torre (2007), p. 40.

cionarlo, indica que el mismo "se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos", razón por la cual reitera la posibilidad de la aplicación directa de la normativa internacional sobre los derechos del niño, en una redacción muy semejante al inc. 2.° del art. 5.° de la Const. Pol.

La norma viene en imponer un deber a las autoridades administrativas y judiciales, en orden a que "se tenga en consideración". Lo declara como una expresión imperativa "deberá", lo cual les obliga, ya sea en la dictación de los actos administrativos pertinentes, como en la tramitación del procedimiento penal y contravencional pertinente, y en la dictación de sentencia, implementar el principio en comentario.

De igual forma ha podido resolverse jurisprudencialmente que el establecimiento de esta ley en materia de responsabilidad penal juvenil tuvo especialmente en vista dar satisfacción al principio de interés superior del niño, imponiendo un régimen punitivo menos riguroso y más favorable, el cual debe ser aplicado bajo el concepto de "ley penal más favorable" al imputado (art. 18 de la CP):

> "Que de lo precedentemente dicho surge que la sentencia cuestionada ha vulnerado las normas invocadas por la defensa, dado que es efectivo que la ley de responsabilidad penal adolescente establece un régimen de penalidad menos riguroso, ello en miras del interés superior del niño y de su plena integración social. Reconocida la existencia de una ley menos rigurosa, los sentenciadores no pudieron sustraerse a la obligación de arreglar a ella el juzgamiento del hecho punible conforme a la regla especial del artículo 18, inciso tercero, del Código Penal, por lo que el pronunciamiento en alzada deberá ser modificado"[96].

Con lo anterior, se ha concluido con esta revisión del derecho interno chileno en materia de interés superior del niño. Lo que sigue forman parte de las palabras finales respecto de la materia objeto del presente trabajo, partiendo con algunas apreciaciones críticas que se derivan en términos generales.

6. Observaciones críticas

El interés superior del niño ha sido descrito por los autores como un avance importantísimo y capital en la actual comprensión de las relaciones familiares, hasta el punto de sostenerse la existencia de "un nuevo paradigma",

[96] Corte Suprema (2008), C. 9..

en virtud del cual los niños han dejado de encontrarse en un plano de inferioridad y subordinación respecto de quienes tienen derechos, obligaciones y responsabilidades respecto de ellos, sino que ahora pasaron a ser protagonistas[97].

De hecho, cualquier clase de discusión jurídica parental ahora ya no puede ser resuelta desde un plano estrictamente individualista, considerando solo la posición de los padres. Las principales decisiones que deberán tomarse en el ámbito del derecho de familia, tomarán en posición principal al interés de los hijos.

Una de las mayores dificultades que se visualiza desde un punto de vista metodológico en la consagración del principio de interés superior del niño, consiste de la fuerte insistencia de su importancia e, incluso, el señalamiento de las materias respecto de las cuales tiene interés, pero no existe ningún esfuerzo internacional en orden a precisar con toda claridad el significado de este concepto.

Pero pareciera que la decisión de no brindar una noción determinada en el derecho internacional al interés superior del niño, obedecería a una razón premeditada. Se concibe al principio en un carácter abierto o como una de las tantas "nociones marco" que existirían en el derecho de familia[98], y que se explicaría por la diversidad de aplicaciones que este tiene, no limitados a una determinada área del derecho, y porque en su aplicación deben ser considerados diversos aspectos de hecho, los cuales, incluso, podrían cambiar de un Estado a otro[99]. Se tratará de una materia cuya apreciación es en la práctica asunto del derecho interno, cumpliendo en todo caso con los estándares previstos tanto por la Convención como por los órganos que supervigilan su interpretación, implementación y aplicación en los sistemas jurídicos nacionales. Por tanto, el legislador ha establecido un margen para que el juez pueda integrar este concepto, conforme a las características del caso, lo cual supone necesariamente que la interpretación judicial en esta materia "adquiere la fuerza de una gestación normativa"[100].

---

[97] En este sentido: Del Picó (2010), pp. 133-134.

[98] En este sentido Gómez de la Torre (2007), p. 41, con cita de Jacqueline Pousson. En un sentido semejante, se ha dicho que "[s]obre el alcance del principio, es necesario resaltar su carácter extremadamente abierto y carente de determinación legal". Del Picó (2010), p. 134. Para el caso del derecho español: Gaya (2012), p. 1718, quien coincide en el diagnóstico que este concepto tendrá que ser valorado en cada caso concreto.

[99] En relación con esta afirmación, se ha dicho que el fundamento de la inserción de una norma de contenido amplio y sin definiciones, se encontraría "en la ausencia de uniformidad tanto de los sujetos a los cuales debe aplicarse, como de las circunstancias sociales que les condicionan o determinan". Del Picó (2010), p. 134.

[100] *Op. cit.*, p. 134, con cita de Grossman.

Se cree que este vicio conceptual afecta de manera seria la aplicación práctica que se hace de este principio en el derecho chileno, debido a que la judicatura ordinaria tiende a utilizar este concepto como una suerte de "comodín", sin tratar de explicar de qué forma se pretende invocar este principio. Esta clase de fenómeno se produce en forma tal que las referencias generales hacia este principio dificultan considerar si se ha producido efectivamente un proceso de "constitucionalización del derecho de familia" ante la judicatura nacional ordinaria[101].

Esta clase de fenómeno es posible visualizarlo tanto en sede ordinaria como constitucional. En efecto, es posible identificar algunos requerimientos de inaplicabilidad en los cuales las referencias hacia el interés superior del niño carecen de una debida explicación:

> "Que, sin perjuicio de lo razonado anteriormente, es pertinente consignar que, apreciada en abstracto, la norma cuestionada tampoco pugna con la Constitución.
>
> Efectivamente, la atribución del cuidado personal del menor a uno de los cónyuges cuando éstos se encuentran separados, parece razonable e inspirada en el interés superior del niño. La situación fáctica producida exige su protección inmediata, sin incertidumbre alguna, en tanto los padres formalizan algún acuerdo o recurren al tribunal competente"[102].

De la misma forma, en sede ordinaria, se observan sentencias que simplemente se limitan a explicar que, en virtud del principio de interés superior del niño, debe mantenerse el cuidado personal en un determinado caso a favor de la abuela paterna; a lo sumo justificándolo "en beneficio de su desarrollo social, afectivo y psíquico"[103]. ¿Por qué redunda en estos beneficios? El fallo no lo explica, y la única explicación posible (y que es válida solo desde un plano estrictamente procesal, porque en lo sustancial nada aporta para el entendimiento de la forma cómo funciona el principio), se encuentra en que se trata de una discusión en el contexto de un recurso de casación en el fondo, en el cual la ley prohíbe la libre discusión de antecedentes de hecho. Salvo esta explicación, el principio queda carente de una debida explicación y se convierte en un principio vacío de contenido.

Es más, es posible visualizar cómo en un caso concreto se invoca el interés superior del niño para fallar recursos en un determinado sentido, pero que a continuación los votos disidentes se fundan precisamente en una invocación a su respecto del interés superior del niño.

---

[101] El detalle de la discusión, en Turner (2011), pp. 55-56.

[102] Tribunal Constitucional de Chile (2013), C. 14.°.

[103] Corte Suprema (2008b), C. 8.°.

A modo de ejemplo, es lo que ocurre con un fallo dictado por la Excma. Corte Suprema, cuyo voto de mayoría declara al interés superior del niño como "un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico", que justifica que se rechace el recurso de casación en el fondo[104], pero que en un voto disidente señala que, en virtud del mismo principio, tal fallo debía emitirse en el sentido diametralmente opuesto[105].

Incluso en la doctrina se han presentado algunas contradicciones derivadas del uso del principio de interés superior del niño. Uno de estos ejemplos se encuentra a la hora de considerar que el principio de responsabilidad compartida de la tuición de los hijos la vulneraría, en el entendido de que la óptica preferente no es el interés de los padres de mantener vínculo con los hijos, sino el de los hijos en orden a la estabilidad que le pueden traer los padres, y diversas dificultades derivadas de la práctica del derecho en caso que los padres vivan en domicilios distintos[106].

---

[104] Corte Suprema (2009b), C. 8.º: "Que, además, cabe expresar que siendo el interés superior del niño un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, no se advierte de autos que los sentenciadores lo hayan desatendido, por el contrario, se ha respetado la regla de orden natural prevista en el artículo 225 del Código Civil, en cuanto a que la crianza de los hijos, en caso de separación de los padres, corresponde a la madre. En efecto, no se estableció en el fallo impugnado inhabilidad o causa calificada que le impida a ésta ejercer su rol, ni tampoco una situación de vulneración, peligro o amenaza para los menores, que justificara, entregar su cuidado a su padre; sin que obste a ello el deseo que han manifestado los niños de permanecer bajo el cuidado de éste, con quien seguirán teniendo una relación directa y regular en los términos dispuestos en el régimen comunicacional regulado a favor del actor. Asimismo y, en consideración al bienestar de los menores se reconoce que este está dado por la presencia de ambos progenitores en su crianza y se dispone la implementación de terapias para que las partes superen las vivencias sufridas y reconstituyan vínculos".

[105] *Ibid*., voto disidente, red. ministro Guillermo Silva G. y abogado integrante Ricardo Peralta V.: "Acordada con el voto en contra de Ministro señor Silva y del Abogado Integrante señor Peralta, quienes estuvieron por acoger el recurso de casación intentado, por estimar que los falladores han vulnerado las normas de la sana crítica y aquéllas que consagran como principio rector en materia de familia al interés superior del niño, al desconocer antecedentes relevantes que obran en autos y que demuestran en forma irrefutable que el bienestar de los menores se encuentra bajo el cuidado de su padre, al constituir la figura paterna el referente de estabilidad, seguridad, protección y afectividad que ellos para su desarrollo necesitan, características que hasta ahora, la madre no ha demostrado tener; constituyendo estas circunstancias y el riesgo que para éstos representa volver bajo el alero materno en estas condiciones, una causal calificada en los términos que el inciso tercero del artículo 225 del Código Civil establece y que autoriza a privar a la madre del cuidado de los hijos y entregarlo a su padre". Este mismo diálogo puede observarse, en materia de autorización judicial de salida del país de un niño, en Corte Suprema (2015), votos de mayoría y disidente.

[106] Es la posición sostenida por Rodríguez (2011), pp. 577-578, quien discute la constitucionalidad de la medida. También formula sus reparos a la forma en que ha sido dispuesta la reforma sobre custodia compartida de los hijos, a la luz de este principio, Céspedes (2013), p. 15.

En todo caso, merecen destacarse algunas sentencias que sí se preocupan de formular un estudio más acabado de algunas consecuencias que inviste el principio de interés superior del niño[107]. Aunque lo usual, y esto ocurre bastante en las tramitaciones seguidas ante los tribunales de fondo, es que las menciones sobre el interés superior sean (demasiado) genéricas para ser consideradas como un aporte a la solución del caso particular.

7. Conclusiones

A fin de concluir el presente trabajo, se acompañan las siguientes conclusiones que emanan de esta investigación:

El interés superior del niño constituye un principio jurídico fuertemente arraigado en el derecho internacional de los derechos humanos, y

[107] Corte Suprema (2010b): "Undécimo: Que no obstante la trascendencia antes anotadas del principio en estudio, cabe destacar que en la especie los jueces del grado no se han hecho cargo en sus motivaciones de la situación de la menor –desde la perspectiva de su interés superior– limitándose en sus reflexiones a reconocer por sobre otra consideración el derecho legal de la madre a ejercer el cuidado del hijo, en caso de separación, al extremo de limitarse en su análisis a descartar existencia de inhabilidad por parte de la progenitora para desconocerle el derecho que invoca, sin atender a la condición de la niña, como sujeto de derechos de especial protección por el legislador. // Duodécimo: Que tal proceder desconoce la importancia que dicho principio reviste en la resolución del caso en el que ha debido tenerse en especial consideración la situación de la menor –la que conforme a los propios hechos que se han asentado en el fallo atacado– revela una desprotección y vulnerabilidad en los ámbitos inherentes al desarrollo de su personalidad y educación, producidos estando su cuidado bajo la titularidad de la madre y niega también los avances y logros que ha tenido, desde que por efectos de la medida de protección decretada a su favor, se encuentra bajo el amparo del padre y la proyección que ello tiene en su futuro. // Décimo tercero: Que, así las cosas, aún cuando en el caso sub lite no se han establecido inhabilidades por parte de la madre para ejercer el cuidado de su hija, los jueces del fondo debieron considerar el interés superior de la niña y en este aspecto que las circunstancias reseñadas en el motivo anterior, constituyen causa calificada y suficiente a la luz de lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 226 del Código Civil, para determinar que la menor se mantenga bajo el cuidado de su padre, por sobre el derecho que le asiste a su madre en orden a hacerse cargo de su crianza, porque en las particulares condiciones de vida de la niña, la satisfacción plena de sus derechos aparece garantizada de mejor manera al lado y bajo el cuidado de su progenitor. // Décimo cuarto: Que de lo que se viene de decir, fuerza es concluir que los sentenciadores recurridos, al decidir como lo hicieron, incurrieron en errónea aplicación del artículo 225 inciso tercero del Código Civil, en relación con el artículo 16 de la ley N°19.968, puesto que han decidido sin atender debidamente al interés superior de la menor, desconociendo la existencia en el caso, de una causa calificada que hace procedente la entrega de su cuidado al padre, lo que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo en estudio, desde que condujo a los jueces a revocar la sentencia de primer grado y a rechazar la acción intentada".

consagrado como un mecanismo que pretende asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, los cuales han sido de igual forma consagrados en forma paralela a los derechos fundamentales de las personas mayores de edad.

Se ha podido apreciar cómo este principio ha sido dispuesto como un mecanismo limitante de la actividad del Estado, en el sentido que cada uno de sus órganos públicos pueda ejecutar su actuación dando pleno respeto a los derechos fundamentales de la infancia. Pero resulta necesario advertir que no constituye un derecho fundamental en sí mismo, sino que se estructura bajo la forma propia de un "principio jurídico".

En cuanto principio jurídico que es, puede cumplir tres funciones generales, cuales son las de fundamentar el ordenamiento jurídico y cada una de las partes en que se compone, en cuanto medio de interpretación de las normas legales, y en su función de integración en caso de vacíos normativos.

El principio bajo evaluación en el presente trabajo ha sido consagrado por la legislación internacional cumpliendo dos funciones; una general y otras especiales.

La *función general*, supone su consagración bajo la clave de señalar un deber primordial al Estado en la defensa y protección de los derechos del niño.

Las *funciones especiales* se refieren a la instauración, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho interno, de una serie de limitaciones a la intervención del poder público, dispuestas en distintos niveles del derecho objetivo en que interviene o se ve comprometida la infancia y sus derechos fundamentales (determinación de la filiación, ruptura transitoria y definitiva de la relación matrimonial de los padres, cuidado personal, intervención procesal, etc.), y que se imponen ya sea al legislador o al juez ordinario, para que se privilegie y se protejan, en las respectivas decisiones que se adopten en esas materias, los derechos del niño, niña y adolescente.

Si bien la idea es que las normas fundamentales y constitucionales se basen en el uso de conceptos y normas generales y abiertas, de forma que puedan ajustarse a las exigencias de los cambios sociales, no puede perderse de vista que una excesiva apertura dificulta el entendimiento y la aplicación de la norma. Y se cree que el uso vacío que se hace de esta noción, sin tratar de ahondar en su sentido, no contribuyen a los intérpretes y aplicadores del derecho a efectuar una debida interpretación de este principio, el cual es crucial en materia de derecho de la infancia.

El desafío de la judicatura nacional se encuentra en la adecuada y racional aplicación de principios de carácter más o menos amplio, tratando de delinear desde ya su significado y consecuencias, desde la óptica del derecho

internacional de los derechos humanos, y señalando detalladamente en qué forma el principio tiene incidencia en el caso.

En todo caso, el interés superior del niño se convierte en un instrumento de conciliación entre diversos bienes jurídicos que puedan encontrarse comprometidos en un determinado caso. De esta manera, existen algunas situaciones para las cuales no podría estimarse como un "principio invencible"; siendo así, sería imposible que en virtud del interés de los hijos se impida la terminación del matrimonio de los padres, y otro tanto podría pensarse si solo se pretende resolver por el tribunal un determinado caso a partir de la sola opinión del niño. Se trata de un principio de carácter conciliatorio.

Un noble propósito, como es la protección de los derechos de la infancia, corre el riesgo de provocar una caótica aplicación del derecho, simplemente por vía de no entenderse de manera adecuada qué significa el interés superior del niño. Un pequeño error en el principio, al final puede adquirir efectos considerables al final, según se plantea en la filosofía aristotélico-tomista.

Bibliografía citada

Abeliuk Manasevich, René (2012). *La filiación y sus efectos,* reimpresión, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 1.

Aguilar Cavallo, Gonzalo (2008). "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, año 6, n.° 1, Talca.

Alessandri R., Arturo, Manuel Somarriva U.y Antonio Vodanovic H. (1998). *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, 6ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 1.

Álvarez Cruz, Raúl (s/f). *La Filiación y otras reformas al Código Civil. Ley N.° 19.585*, Santiago: Imprenta Alfabeta Artes Gráficas.

AA.VV. (1995). *Niños y adolescentes. Sus derechos en nuestro derecho*, Santiago: Ediciones Sename.

Céspedes Muñoz, Carlos (2013). "Los desafíos de la Ley 20.680. La nueva regulación de las relaciones paterno-filiales", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, núm. 27, vol. 1, Concepción.

Comité de los Derechos del Niño (2013). "Observación General Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)". Disponible en www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf [fecha de consulta: 19 de agosto de 2015].

Corral Talciani, Hernán (2002). *Adopción y filiación adoptiva*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Court Murasso, Eduardo (2010). *Curso de derecho de familia. La filiación por naturaleza. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / LegalPublishing.

D'Antonio, Daniel Hugo (1999). *Práctica del derecho de menores*, Buenos Aires: Editorial Astrea.

Del Picó Rubio, Jorge (2010). *Derecho matrimonial chileno*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / LegalPublishing.

Del Picó Rubio, Jorge (2011). "Principios fundamentales del sistema matrimonial chileno", en AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters), tomo 5.

Ducci Claro, Carlos (1980). *Derecho civil. Parte general*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Garrido Chacana, Carlos (2013). *Tratado de derecho de familia*, Santiago: Editorial Metropolitana, tomo 1.

Gaya Sicilia, Regina (2012): "Tutela y guarda de menores en situación de desamparo", en Gema Díez-Picazo Giménez. *Derecho de familia*, Madrid: Editorial Civitas / Thomson Reuters.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007). *El sistema filiativo chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Häberle, Peter (2010): "Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 7, núm. 13.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014). *Situación de los derechos humanos en Chile, Informe anual 2014*, Santiago: Andros Impresores.

Kuncar Oneto, Andrés (2011). "El divorcio unilateral ante el incumplimiento de la obligación alimenticia", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil. Familia y Derecho Sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.

Ministerio de Justicia y Ministerio de Planificación y Cooperación (1994). *Derechos*, Santiago: Imprenta Quickprint.

Moreno Concha, Ximena Paz (2011). "Paulatina incorporación de la autonomía de la voluntad en el derecho matrimonial chileno", en AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.

Muñoz Sánchez, Andrea (1996). "Reflexiones sobre un nuevo régimen de filiación en Chile", en AA.VV. *Instituciones modernas de derecho civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago: Editorial Jurídica ConoSur.

Orrego Acuña, Juan Andrés (2011). "Visión crítica de la sociedad conyugal y algunos fundamentos del principio de protección al cónyuge más débil", en: AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.

Pinochet Olave, Ruperto (2011). "La relación directa y regular de abuelos y nietos en el Ordenamiento Jurídico chileno", en AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.

Quintana Villar, María Soledad (2013). *Derecho de familia*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Ramos Pazos, René (2010). *Derecho de familia*, 7ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 2.

Rodríguez Pinto, María Sara (2011). "La tuición compartida o alternada en Chile. Conflictos entre el interés superior del niño y los intereses de padres separados", en AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.

Sánchez Hernández, Carmen (2012). "Solución extrajudicial de los conflictos familiares: La mediación familiar", en Gema Díez-Picazo Giménez. *Derecho de familia*, Madrid: Editorial Civitas / Thomson Reuters).

Serna de la Garza, Jorge (2013). "Jorge Carpizo y el proyecto 'Hacia un Ius Commune Latinoamericano en Derechos Humanos' ", en Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México D.F.: UNAM.

Tapia Rodríguez, Mauricio (2005). *Código Civil 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Tapia Rodríguez, Mauricio (2011). "Del derecho de familia hacia un derecho de las familias", en: AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago; Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.

Turner Saelzer, Susan (2011). "Tendencias constitucionales relativas a la protección de la familia", en: AA.VV. *Estudios de derecho civil. Familia y derecho sucesorio*, Santiago: Editorial Abeledo-Perrot / Thomson Reuters, tomo 5.

Vivas Barrera, Tania Giovanna y Jaime Alfonso Cubides Cárdenas (2012). "Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana", en *Entramado*, vol. 8, núm. 2.

Jurisprudencia citada

Jurisprudencia internacional

Opiniones Consultivas

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002), Opinión consultiva OC-17 /2002, de 28 de agosto.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009), Opinión consultiva de 27 de enero.

Competencia contenciosa

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), Atala Riffo y Niñas vs. Chile, Fondo reparaciones y costas, serie C-239 de 24 de febrero.

Jurisprudencia chilena

Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional de Chile (2013). Rol de ingreso n.º 2306-2012, requerimiento de inaplicabilidad de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, voto de mayoría, red. presidente ministro Raúl Bertelsen Repetto y ministro Hernán Vodanovic Schnake, de 30 de mayo.

Tribunal Constitucional de Chile (2014). Rol n.º 2493, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, voto de mayoría, de 6 de mayo.

Tribunal Constitucional de Chile (2015). Rol de ingreso n.º 2699 requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, red. ministra María Luisa Brahm Barril de 16 de junio.

Corte Suprema

Corte Suprema (2001). [2ª Sala], rol de ingreso n.º 1620-2001, recurso de queja, voto de mayoría de 22 de agosto.

Corte Suprema (2008) [2ª Sala], rol de Ingreso n.º 2617-2008, 6 noviembre, C. 9.

Corte Suprema (2008a). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 3097-2008, pron. ministros Patricio Valdés A., Gabriela Pérez P., Carlos Künsemüller L., ministro suplente Julio Torres A. y abogados integrantes señor Ricardo Peralta V., y Juan Carlos Cárcamo O., de 15 de julio.

Corte Suprema (2008b). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 3202-2008, pron. ministros Patricio Valdés A., Pedro Pierry A., Gabriela Pérez P., ministro suplente Julio Torres A. y abogado integrante Ricardo Peralta V. de 15 de julio.

Corte Suprema (2008c) [4ª Sala], rol de ingreso n.º 3469-2008, pron. ministros Patricio Valdés A., Héctor Carreño S., ministro suplente Julio Torres A. y los abogados integrantes Roberto Jacob Ch., y Juan Carlos Cárcamo O. de 29 de julio.

Corte Suprema (2008d). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 6419-2008, red. ministro suplente Julio Torres Allú de 31 de diciembre,

Corte Suprema (2009a). [3ª Sala], rol de ingreso n.º 1740-2009, recurso de protección, red. Abogado integrante Arnaldo Gorziglia Balbi, de 23 de abril.

Corte Suprema (2009b). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 1789-2009, voto de mayoría, red. ministro Patricio Valdés Aldunate, de 19 de mayo.

Corte Suprema (2010a). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 620-2010, red. ministra Rosa Egnem Saldías, de 3 de mayo.

Corte Suprema (2010b). [4ª Sala], rol de ingreso n.º 608-2010, red. ministro Patricio Valdés Aldunate de 24 de junio.

Corte Suprema (2010d). [4ª Sala], rol de ingreso n.° 5245-2010, red. ministra Gabriela Pérez Paredes de 24 de septiembre.

Corte Suprema (2015). [4ª sala], rol de ingreso n.° 25409-2014, voto de mayoría: red. abogado integrante Rodrigo Correa G., voto disidente. red. ministro Ricardo Blanco, 20 de abril.

Corte Suprema (2010c). [4ª Sala], rol de ingreso n.° 3834-2010, red. ministra Gabriela Pérez Paredes, de 9 de agosto.

SOBRE LA PRUEBA DE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

ABOUT THE PROOF OF NON-PECUNIARY LOSS

Benjamín Musso Arratia[*]

Resumen: En este trabajo abordamos en términos generales algunas cuestiones relativas a la prueba del daño moral: el deber de probarlo, los problemas que suscita su prueba, los medios de prueba idóneos y frecuentes para probarlo, la inversión de la carga de la prueba, las condenas por daño moral sin prueba y el recurso de casación en el fondo respecto a la infracción de leyes reguladoras de la prueba.

Palabras clave: Daño moral, daño extrapatrimonial, prueba del daño moral, *onus probandi*.

Abstract: In this work, we analyze in general terms, some issues related to moral damage: The duty to prove it, the problems involved in its proof, the suitable means of proof, the investment of load of proof, and the cassation appeal for infringement of laws regulating evidence.

Keywords: Moral Damage, Non Pecunary Loss, Proof about Moral Damage, *Onus Probandi*.

I. A modo de introducción

"La teoría del daño moral, sin perjuicio de los valiosos aportes realizados por la doctrina, constituye un laberinto jurídico"[1] el cual está dado por la gran cantidad de nociones que existen de él, a la forma en cómo este se valora para

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo, Magister en Ciencia Jurídica y candidato a Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario ANID PFCHA/Doctorado Nacional 2018-21181349. Profesor de Derecho Romano UDD. Correo electrónico: bmusso@uc.cl

Agradecemos los comentarios y revisión de los ayudantes, Camila Pérez, Cristóbal Labra, Abraham Navarro y Lucas Noguera.

[1] Rodriguez Grez (2012), p. 172.

llegar a su reparación y cómo el mismo se prueba en juicio. Sin pretender hacer de este un estudio cartográfico del laberinto del daño moral, en este trabajo pretendemos analizar el estado del arte en torno a uno de dichos aspectos: a la prueba de los perjuicios extrapatrimoniales.

Para dicha empresa comenzaremos haciendo un breve análisis sobre el concepto del daño moral, sobre su mal entendida exclusión de nuestro *Código Civil* y sobre la finalidad de su reparación. Hecho ello, diremos algunas palabras sobre la prueba del daño moral, estableciendo el deber de que este sea probado, así como los problemas que dicha prueba presenta, concluyendo con el estudio de los diversos medios de prueba disponibles y sobre las inversiones y exclusiones a la carga de la prueba existentes en nuestro sistema a raíz de la jurisprudencia en dicho sentido. Con ello esperamos –cual Teseo– adentrarnos en el laberinto y lograr salir de él con la ayuda del hilo que hemos propuesto.

1. Concepto de daño moral

En el siglo segundo a. C, el jurista Javoleno advertía lo peligroso de reducir una institución jurídica a un concepto por la facilidad de que esta sea modificada[2]. Un claro reflejo de lo sensato de dichas palabras se encuentra en la evolución que ha tenido el concepto de daño moral en la historia reciente del derecho. Desde el *pretium doloris*[3] a nuestros días la noción que tenemos del daño moral ha sido constantemente revisada y superada[4], al punto que se prefiere hablar hoy de perjuicios extrapatrimoniales[5]. Este fenómeno no es extraño si entendemos que el concepto del daño moral, así como su configuración ha sido, sin lugar a dudas, obra de la doctrina y la jurisprudencia, toda vez que, según una idea generalizada, nuestro *Código Civil* no hace referencia alguna a este tipo de daño, por cuanto sería un concepto posterior al mismo[6].

[2] *D*. 50,17,202, Iav. Libro 11 de epístolas. "Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset".

[3] Véase Alessandri (2005), p. 164.

[4] Así se reconoce, por ejemplo, en un reciente fallo de nuestra Excelentísima Corte Suprema, rol: 18253-2017 del 18 de junio de 2018, disponiendo el cons. 8° de la sentencia de reemplazo que: "su acepción más restringida elaborada por la doctrina se relaciona con el pesar, dolor, o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como pretium doloris. Sin embargo, esta visión ha dado paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a considerar una concepción más amplia de tal concepto, a fin de reparar todas las especies de perjuicios morales y no sólo el pretium doloris, toda vez que en cada una de ellas hay atentados a intereses extrapatrimoniales diversos." Lo mismo se advierte en la causa rol 99898-2016 del 13 de noviembre de 2017 seguida ante el mismo tribunal.

[5] Domínguez Hidalgo (1998), p. 41; Diez Schwerter (1998), p. 88; Barrientos (2008), pp. 85-88.

[6] Por todos, Domínguez Hidalgo (2011) p. 780. A nuestro entender, ello puede morigerarse toda vez que varios códigos decimonónicos, como el holandés, el de las Lousianas o el nuestro,

Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro medio encontramos algunos conceptos doctrinales del daño moral o extrapatrimonial. Así, aunque no lo trata explícitamente como un daño extrapatrimonial, Fernando Fueyo Laneri, yendo más allá del *pretium doloris*, refiere al daño moral como

> "aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de una relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte a la persona o se vulnere un bien o un derecho de la personalidad, o un derecho de familia propiamente tal"[7].

A su turno, Carmen Domínguez Hidalgo señala:

> "El daño moral estará constituido por el menoscabo de un bien no patrimonial que irroga una lesión a un interés moral por una que se encontraba obligada a respetarlo"[8].

Finalmente y en igual sentido Pablo Rodríguez nos dice:

> "El daño moral corresponde a una lesión de un interés de carácter extrapatrimonial, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se origina en la circunstancia de haberse verificado una infracción o desconocimiento de un derecho, siempre que el acto infraccional se expanda a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella"[9].

2. *El daño moral en el* Código Civil *chileno*

El daño moral no fue conocido por los romanos[10]. En tal derecho se establecieron solo los delitos de *iniuria*[11] con una acción estrictamente penal[12] y de damnum iniuria datum cuya acción era *in* rem et poenam tantum[13] que

se refieren a los daños contra el honor, que no son otra cosa que daños extrapatrimoniales. En todo caso no importaría una teoría del daño moral como las actuales. Véase Musso (2019), pp. 262-278.

[7] Fueyo (1990), pp. 68-69.

[8] Domínguez Hidalgo (2000a), p. 84.

[9] Rodríguez Grez (2015), p. 308.

[10] Al menos no durante el derecho arcaico, clásico y posclásico. Véase Domínguez Hidalgo (1998), p. 30.

[11] La *iniuria* en las *XII Tablas* tiene relación con una lesión física a una persona libre, tornándose ya en el derecho clásico en cualquier contumelia o afrenta que atente contra una persona, en su fama, honor, integridad física, etc. Condenándose al ofensor a pagar una suma de dinero según cuanto le parezca bueno y equitativo al juez, con un monto mínimo definido por el pretor. Tal condena, eso sí, no es una indemnización sino una pena. Cfr. Guzmán (2010), pp. 269-272.

[12] Sanchez (2012), p. 335.

[13] Sin perjuicio del carácter indemnizatorio y punitivo del delito de daños, las interpreta-

hoy tienen relación con daños reparables por el capítulo indemnizatorio en comento, pero sin tratarse de daños morales como tal[14].

El *Lousiana Civil Code* (1804) se refiere en el art. 1928 al daño al honor, pero solo en cuanto se establece una mayor laxitud para el juez al momento de evaluar el monto indemnizatorio de dicho daño, sin una regulación pormenorizada del mismo[15].

Como bien sabemos, nuestro *Código Civil* –de tradición romano-germana y entre cuyas fuentes de inspiración encontramos, entre otras, el *Código de las Lousianas*[16]– no regula el daño moral, lo cual no implica negarlo[17]. Como señalábamos al comienzo, se ha admitido en forma general que la razón de ello se encontraría en el hecho de que el daño moral era un concepto desconocido en tiempos de la dictación de los códigos decimonónicos[18]. Con todo, nuestro *Código* en el art. 2329 se refiere a *"todo daño"* por lo que ni el más exegético dudaría de su reparación[19].

---

ciones sobre la *lex Aquilia* no permitieron la indemnización de daños morales. Así, por ejemplo, Paulo refiere que: "[...] por la Ley Aquilia conseguimos el daño, y decimos que se perdió bien lo que pudimos perseguir, bien lo que nos vemos obligados a gastar". "[...] In lege enim Aquilia damnum consequimur, et amisisse dicimur, quod aut consequi potnimus, aut erogare cogimur". *D.* 9,2,33,0 Paul. 2 ad Plaut.

[14] Así, Gayo en su comentario al edicto (D. 9, 3, 7), pese a distinguir daños patrimoniales y extrapatrimoniales, deja de manifiesto que solo son reparables los primeros. Se señala: "Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem". ("Cuando con lo que se hubiere arrojado o derramado hubiere sido lesionado el cuerpo de un hombre libre, el juez computa los honorarios pagados al médico y los demás gastos que se hicieron en la curación; y además el importe del trabajo de que se estuvo privado o de que haya de estar privado por haber quedado inútil; mas no se hace estimación alguna de las cicatrices, o de una deformidad, porque el cuerpo de un hombre libre no admite estimación alguna").

[15] "[...] although the general rule is, that damanges are the amount of the loss the creditor has sustained, or of the gain of wich he has been deprived, yet there are cases in wich damages may be assessed withont calculating altogether on te pecunary loss, or the privation of pecuniary gain ... in the assessment of damages under this rule, as well in cases of the offences, quasi offences, and quasi contract, much discretion must be left to the judge or jury [...]".

[16] Véase Domínguez Águila en Dominguez Hidalgo (2000a), p. 16.

[17] En cuanto al daño moral derivado del contrato la discusión no ha sido pacífica, fundada principalmente en lo dispuesto por el art. 1556 del *Código Civil*. Véase Domínguez Hidalgo (2000a), pp. 239-241.

[18] Domínguez Águila en Dominguez Hidalgo (2000a), p. 16; igualmente, Barros (2007) p. 294 y Larraín (2011) p. 151. Para nosotros esta idea no es del todo correcta según señalamos antes, véase supra n.° 7.

[19] Domínguez Hidalgo (1998), p. 35. Sin perjuicio sabemos que la expresión "todo daño" fue planteada no para incorporar toda categoría de perjuicio, sino siguiendo el pensamiento

3. Finalidad de la reparación por daño moral

La reparación por daño moral tiene en nuestro derecho un fin compensatorio[20] tendiente a aminorar las perniciosas consecuencias del daño sufrido, ya que este, por su propia naturaleza, no puede quedar indemne[21]. Entender de este modo la reparación del daño moral sufrido se condice en mejor forma con su fin: la reparación integral del daño regido por el principio *alterum non laedere*[22].

Dice Carmen Domínguez Hidalgo:

> "la reparación pecuniaria es siempre compensación, que no persigue borrar el perjuicio, cosa imposible, sino procurar con la atribución de una determinada cantidad de dinero las satisfacciones que la víctima o el acreedor estimen del caso"[23].

Del mismo modo se pronuncia Ramón Domínguez Águila al decir: "en este caso la suma mandada pagar por el juez no tiene un fin indemnizatorio propiamente tal, sino compensatorio"[24]. En idéntico sentido Pablo Rodríguez señala:

> "es efectivo, entonces, que el daño moral no se indemniza en sí mismo, ni siquiera puede dimensionarse externamente. Sólo la victima puede apreciar su profundidad, extensión y continuidad. De aquí que la mal llamada indemnización del daño moral apunte a procurar un equilibrio

de Jean Domat en torno a la culpa como piedra angular de la responsabilidad civil. Cfr. Domínguez Águila en Dominguez Hidalgo (2000a), p. 16.

[20] Entendemos por compensación de los daños –fuera de la reparación *in natura*– la entrega de una suma de dinero *"razonablemente equivalente"* que sustituya el perjuicio sufrido y así puedan palearse los efectos nocivos del daño, además, si con dicho monto se logran otros placeres distintos en la víctima, entonces dicha compensación es, además, satisfactoria. La compensación así entendida salva el problema de la imposibilidad en la reparación –en un sentido estricto del término– cuantitativa y cualitativa del daño moral, lo cual es, sin dudas, una quimera inalcanzable. Cfr. Domínguez Hidalgo (2000a), p. 136 ss.

[21] Yzquierdo (2001), p. 164, del mismo modo Yzquierdo (2016), pp. 197-198 y 631.

[22] Domínguez Hidalgo (2000a) pp. 156-158 y 703-704; el principio referido fue tratado por Ulpiano en sus reglas del derecho –y recogido por Gayo en sus instituciones– *D*. 1,1,10,1 Ulp. 1 reg. "Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere." ("Los principios del derecho son: vivir honestamente, no causar daño a otros, dar a cada uno lo suyo") hoy dicho principio y su finalidad se encuentra establecido en términos positivos en el art. 2329 del *Código Civil* al disponer: "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta" precisemos, empero que Andrés Bello no tuvo en mente el daño moral cuando redactó el artículo en comento, pero la redacción final resulta afortunada para incorporarlo por vía de interpretación.

[23] Domínguez Hidalgo (2000a), p. 162

[24] Domínguez Águila (2000) p. 343.

> de otra naturaleza, un bienestar que mitigue lo irreparable, un placer que permita aliviar lo que no tiene solución"[25].

A su turno Enrique Barros en la misma línea establece:

> "la indemnización de daños no patrimoniales no puede tener carácter de reparatorio. Su función es más bien compensatoria: la victima recibe una indemnización que no pretende restablecer el estado de las cosas anterior al daño, sino cumplir la función más modesta de permitirle ciertas ventajas que satisfagan su pretensión legítima de justicia y la compensen por el mal recibido"[26].

del mismo modo, Marcelo Barrientos apunta:

> "el dinero que se paga como indemnización por daño moral no es una indemnización como la patrimonial. Simplemente quiere compensar, dándole a la víctima una posible satisfacción que ponga al alcance otros medios, otras satisfacciones que atenúen la perdida sentida"[27].

Finalmente, y en apoyo de estas ideas, Jorge Mosset Iturraspe cita un fallo de la Corte de Casación Argentina de mayo de 1981 en el cual se sostuvo:

> "cuando se pretende una indemnización por daño moral, de lo que se trata no es de hacer ingresar en el patrimonio de la víctima una cantidad equivalente al valor del dolor sufrido, porque se estaría en la imposibilidad de tarifar en metálico los quebrantos morales, sino de procurar al lesionado otros goces que sustituyan al perdido"[28],

del mismo modo Jorge Santos Briz nos refiere:

> "este concepto [indemnización] puede ser utilizado dándole el mismo sentido que corrientemente se atribuye al de 'Satisfacción' del ofendido"[29]

citando el mismo autor un fallo de 7 de febrero de 1962 sostiene:

> "la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (pretium doloris), procurarse sensaciones agradables, que vengan a contrapesar las dolorosas y desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable"[30].

---

[25] Rodríguez Grez (2015), p. 336.
[26] Barros (2007), p. 302.
[27] Barrientos (2008), p. 102.
[28] Mosset (1999), p. 226.
[29] Santos (1970), p. 156.
[30] *Op. cit.*, p. 167.

Así las cosas, es dable concluir que en nuestro sistema jurídico la llamada reparación por el daño moral es, en realidad, una compensación satisfactiva por el daño extrapatrimonial sufrido[31], ya que no se busca la exacta equivalencia entre el perjuicio experimentado y el monto indemnizatorio, sino un monto que le dé a la víctima la posibilidad de procurarse otras satisfacciones[32].

III. Prueba del daño moral

Como piedra angular en esta materia, reza la primera parte del art. 1968 del Código Civil que "incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". Así, se concluye que quien alega haber experimentado un daño extrapatrimonial por el hecho de otro debe probarlo. Sin perjuicio de lo anterior, la realidad de nuestro sistema nos demuestra que ello dista de ser algo pacífico.

A continuación, analizaremos el deber de probar la existencia del daño moral así como los medios de prueba idóneos para tal empresa. Luego, estudiaremos las dificultades que tal prueba presenta, la tendencia que ha existido en nuestra jurisprudencia por condenar por esta partida resarcitoria invirtiendo la carga de la prueba y aun a falta de prueba de la existencia del daño y el sustento de algunas revisiones casacionales que se han dado por infracciones a las leyes reguladoras de la prueba.

1. Deber de probar la existencia del daño moral

En nuestro sistema jurídico los hechos deben ser probados, salvo que la ley los exima de prueba, las partes en juicio arriben a convenciones probatorias o exista una presunción que invierta el *onus probandi*.

En específico, a lo que el daño moral respecta, se presenta un problema: mientras la doctrina esta conteste en que el daño moral debe probarse, la jurisprudencia ha excluido sistemáticamente al daño moral del deber de ser acreditado[33].

Son muchas las voces en nuestra doctrina nacional que indican la necesidad de que los daños extrapatrimoniales sean probados. Así, por ejemplo, Carmen Domínguez Hidalgo dice:

[31] No obstante, señala Carmen Domínguez Hidalgo, existiría una suerte de matiz punitivo en nuestro sistema, pero no reconocido. Véase Domínguez Hidalgo (2005), pp. 599-600.

[32] Planiol et Ripert (1946) 757-758; Dominguez Hidalgo (1998), p. 50.

[33] Femenias (2011), p. 35.

> "al igual que en el daño material, el perjuicio moral debe ser acreditado, puesto que tal exigencia de prueba no es que provenga de la naturaleza del perjuicio, sino de principios probatorios procesales y sustantivos básicos"[34].

A su turno Pablo Rodríguez Grez plantea:

> "desestimamos de plano la pretensión de una valoración discrecional por parte del tribunal, ajena, como más de alguien ha postulado, a todo medio probatorio reconocido en la ley, porque ello constituye simplemente una arbitrariedad procesal"[35].

En afinidad con lo anterior, Marcelo Barrientos Zamorano señala:

> "el daño moral o no patrimonial es un daño más. En consecuencia, ha de ser cierto, real y demostrable. Debe concurrir en él una relación causal entre el hecho que se alega y el perjuicio que se reclama. No tiene un estatuto diferenciado de los daños patrimoniales en cuanto a su prueba, la que por cierto es perfectamente posible"[36].

Y tal relación dicotómica no parece exclusiva de nuestro sistema[37]. Jorge Mosset Iturraspe, en Argentina plantea que "la prueba es aquí, como en tantos otros aspectos del Derecho, capital"[38] continúa el mismo diciendo que "el daño moral debe ser probado en su existencia y gravedad"[39], sin embargo, el mismo cita algunos fallos que demuestran que la jurisprudencia argentina es contraria a ello. Destacamos entre ellos uno que reza "el daño no requiere ninguna prueba específica en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica"[40].

Así las cosas, ninguna duda cabe en cuanto a que el daño moral para la doctrina debe ser probado. Otra cosa ocurre en la jurisprudencia.

Dice José Vergara Bezanilla:

> "el fenómeno que estamos tratando [la mercantilización del daño moral] se ha visto acrecentado, también, por los criterios benévolos y aun

[34] Domínguez Hidalgo (2000a) p. 716. Respecto a los principios procesales y sustantivos a que hace mención la autora véase Femenías (2011), pp. 39-44.

[35] Rodriguez Grez (2014), p. 258.

[36] Barrientos (2011), p. 251.

[37] Noticias de Argentina y México véase Femenías (2011), p. 36, sin perjuicio véase Mosset (1999), pp. 235-242; en cuanto al derecho español véase Márquez de Prado (2004) pp. 155-159, Díez-Picazo (2011), p. 323; Yzquierdo (2016), p, 199.

[38] Mosset (1999), p. 235.

[39] *Op. cit.*, p. 236.

[40] Véase *op. cit.*, p. 237, nota 4.

> extralegales que usualmente se aplican con respecto a la prueba del daño moral"[41].

Un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel indica:

> "el daño moral por el carácter espiritual que reviste no debe ser probado ni fundamentado, correspondiéndole al juez apreciarlos prudencialmente de acuerdo al mérito del proceso y a las reglas de la equidad"[42].

2. *Problemas que plantea la prueba del daño moral*

Sin dejar de establecer que el daño moral debe ser probado, reconozcamos que su prueba supone algunas dificultades frente a la prueba del daño emergente presente[43].

La primera de ella es la propia concepción del daño[44], cuestión que ya mencionamos. No es lo mismo el deber de probar *lesiones a intereses extrapatrimoniales* que probar el *sufrimiento*, por dar un ejemplo.

> "Solamente una vez delimitado éste vislumbraremos a que hechos debemos dirigir la prueba y cuales son, de entre los medios permitidos, los más idóneos para conseguir nuestro objetivo"[45].

En palabras de Ramón Domínguez Águila:

> "Que la víctima deba probar que ha perdido algo en razón del hecho que le imputa al responsable es una exigencia evidente en toda acción de responsabilidad civil. Pero ¿en que debe consistir ese algo?[46].

---

[41] Vergara (2000), p. 180.

[42] Corte de Apelaciones de San Miguel, 3 de junio de 1992, en *RDJ*, tomo lxxxix sec. 4°, p. 58; en igual sentido Corte de Apelaciones de San Miguel, 8 de agosto de 1989, en *RDJ*, tomo lxxxvi, sec. 4°, p, 73.

[43] Carmen Domínguez acertadamente precisa: "las dificultades de reducción monetaria presentadas por este tipo de perjuicios no impide su reparación de partida porque la condena pecuniaria es tan sólo una de sus formas posibles. Pero además porque, tal como se ha admitido en sede aquiliana, debe entenderse que la entrega de una suma de dinero por este concepto no pretende ser un equivalente exacto del perjuicio causado objeto inalcanzable incluso ante los daños materiales" tal idea podemos extrapolarla y, en definitiva, sostener que el único daño patrimonial que no plantea mayores dificultades para su evaluación y prueba es el daño emergente presente, sin embargo, el daño emergente futuro y el lucro cesante tiene similares problemas que el daño extrapatrimonial para estos efectos. Véase Domínguez Hidalgo (1998), p. 50.

[44] Rodriguez Curutchet (2009), p. 121; del mismo modo Rodríguez Grez (2014), p. 257.

[45] Cardenas y González (2007), p. 365

[46] Domínguez Águila (2000), p. 327.

Enrique Barros Bourie agrega como un problema de la prueba del daño el propio lenguaje: "las limitaciones del lenguaje nos impiden transmitir nuestras sensaciones internas de pena, de aflicción física o de frustración"[47].

Luego, la prueba del daño moral, por la propia fisionomía de este, imposibilita su prueba directa[48]. Así, el hecho a probar es necesariamente distinto al hecho percibido por el juez. Ejemplo de ello es el daño moral entendido como *pretium doloris*. Como se ha sostenido[49] el sufrimiento, angustia o pesar (hecho percibido) es consecuencia del daño (hecho a probar). Otra cosa es entender el modo de probar el hecho como prueba directa o indirecta. En tal sentido, la prueba indirecta del daño moral significará que el medio de prueba apto para producir el convencimiento del juez será la presunción judicial[50], reconociéndolo así Enrique Barros al decir:

> "de la circunstancia de que la prueba directa no sea posible no se sigue que la prueba en lo absoluto no sea posible ni necesaria. las presunciones tienen precisamente por antecedentes hechos que permiten inferirlas"[51].

Sumado a lo anterior, destaca Juan Pablo Rodríguez Curutchet que la prueba debe ser objetiva, lo cual es difícil tratándose de los daños extrapatrimoniales, ya que en múltiples oportunidades (*v. gr. Pretium doloris)* la prueba será subjetiva[52]. En relación con ello, señala Pablo Rodríguez Grez:

> "de aquí que el daño moral debe presumirse más que probarse, ya que si bien es posible acreditar ante un tribunal la depresión, la angustia, el decaimiento o el stress, siempre quedará un margen de duda, porque todo ello ocurre en el interior de la personalidad humana lo cual hace imposible una constatación cierta y objetiva"[53].

Finalmente, se erige como dificultad adicional la incapacidad de probar la suma reclamada por el actor. Ello es un imposible. Indica José Diez Schwerter que "dada su naturaleza, a lo más el demandante podrá hacer una estimación de su valor"[54].

---

[47] Barros (2007), p. 332.

[48] Sobre la diferencia entre prueba directa y la prueba indirecta cfr. Carnelutti (1982), pp. 53-66.

[49] Véase Barrientos (2008), p. 927.

[50] Véase Peñailillo (1989), p. 32.

[51] Barros (2007), p. 333.

[52] Rodríguez Curutchet (2009), p. 122.

[53] Rodríguez Grez (2012), p. 140.

[54] Diez Schwerter (2000), p. 149; en la misma línea Mosset (1999), p. 238; Domínguez Águila (2000) p. 329.

Dicho todo ello, no podemos menos que estar de acuerdo con Enrique Barros cuando sostiene que "la prueba del daño moral sufrido por la víctima tiene algo de la pretensión de rasguñar un vidrio"[55].

Reconocidas las dificultades que la prueba del daño moral plantea, la doctrina reconoce que las exigencias probatorias en torno al daño moral deben ser más flexibles[56].

3. *Medios de prueba idóneos y frecuentes para la comprobación del daño extrapatrimonial*

Al carecer de norma expresa tenemos que señalar que el daño moral puede probarse por todos los medios de prueba establecidos en la ley[57]. Indicamos que un problema de la prueba del daño moral es que este no puede ser objeto de una prueba directa, cobrando especial relevancia la prueba por vía de presunciones y la prueba pericial.

a) Prueba del daño moral por medio de presunciones judiciales[58]

Una definición clásica nos dice que

> "las presunciones judiciales son los razonamientos por los cuales los jueces del fondo establecen la verdad de un hecho desconocido por la relación entre éste y otros hechos conocidos"[59].

Como tuvimos oportunidad de revisar es un medio de prueba indirecto, ya que el juez deberá percibir y versará la prueba sobre un hecho distinto la que se pretende acreditar.

La doctrina se encuentra conteste en que "esta parece ser la situación probatoria típica del daño moral"[60].

El silogismo que emplea el juez debe comenzar de una premisa menor conocida, dado por un hecho de la causa. Tales hechos deben ser "conocidos, probados y existentes en el proceso" como lo sería, por ejemplo, aquellos que

---

[55] Barros (2007), p. 332.

[56] En este sentido, Domínguez Hidalgo (2000a), p. 716; Corral (2004), p. 164; Barrientos (2011), p. 253.

[57] Domínguez Hidalgo (2000a) p. 717; en igual sentido Vergara (2000), p. 181; Corral (2004), p. 163.

[58] No confundir con presunciones legales, ya que estas, según el art. 47 del *Código Civil* deben ser establecidas por ley.

[59] Rioseco (1989), p. 129.

[60] Barros (2007), p. 333; en la misma línea Vergara (2000), p. 182; Corral (2004), p. 167; Rodríguez Curutchet (2009), p. 134.

son objeto de la declaración de testigos que acrediten la existencia de la víctima, del hecho dañoso, sus consecuencias y circunstancias y la relación de causalidad entre el hecho y sus secuelas. Luego, si dicha declaración reúne las características de gravedad y precisión exigidos por la ley[61], se podrá tener por acreditada la existencia del perjuicio extrapatrimonial (premisa mayor desconocida), no por medio de la prueba testifical, sino por medio de la presunción judicial[62]. Incluso la premisa conocida puede nacer de la experiencia compartida respecto al hecho-fuente del daño por aplicación del principio *res ipsa loquitur*, especialmente, en el daño extracontractual[63]. Sin perjuicio, estos hechos deben existir, de otra forma más que una presunción nos encontraríamos frente a una ficción de daño[64].

A través de las presunciones pueden acreditarse tanto los daños morales directos como los daños morales por repercusión, siendo en este último caso necesario destacar que la presunción será más fácil de construir a mayor cercanía de quienes dicen haber sufrido el daño por repercusión, siendo discutible en ciertos casos que por el solo hecho del parentesco se pueda presumir la existencia del daño moral. Para lograr tal presunción debe acreditarse el hecho base dado por la cercanía y afectos que se tienen por la victima directa del daño[65], así podrá concluirse la existencia del daño[66]. En tales supuestos la prueba en contrario en necesaria puesto que lo normal en el caso de los parientes es la afectividad[67]. Así las cosas, a fin de evitar arbi-

[61] Art. 1712 del *Código Civil* en relación con el art. 426 del *Código de Procedimiento Civil*. Por aplicación de lo dispuesto por el inciso segundo del art. 426 hemos obviado referirnos al carácter de concordante de las presunciones judiciales.

[62] Un análisis completo respecto a la labor de deducción en la prueba indirecta en Carnelutti (1982), p. 62 ss.

[63] Mosset (1999), pp. 238-240; a este respecto cabe citar un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción del 31 de octubre de 2003 que indica: "en lo concerniente al daño moral, este es ostensible al constituir una consecuencia natural del deplorable estado físico en que quedó la actora, que afecta naturalmente a su familia, siendo indudable la entidad, naturaleza y gravedad de las lesiones [pérdida de un brazo por responsabilidad del Servicio de Salud de Concepción], la edad, sexo y profesión del demandante, el sufrimiento físico que debió soportar, como asimismo el sufrimiento espiritual que implica el verse mutilada e imposibilitada de llevar a cabo actividades propias de su condición".

[64] Femenias (2011) p. 37.

[65] Véase Diez (2002), p. 146.

[66] Llamativo resulta el fallo comentado por Carmen Domínguez Hidalgo (CS. del 26 de diciembre de 1983 en *RDJ*, tomo lxxx, sec. 1°, p. 128) por el cual la Excma. Corte Suprema, conociendo de un recurso de queja revocó un fallo que no concedía indemnización por daño moral a una mujer por la muerte en un atropello de sus padres, en circunstancias que se encontraban en estado de mendicidad, siendo enterrados en una fosa común y sin que asistiera nadie al funeral. Véase Domínguez Hidalgo (2000a), pp. 153-154, nota 133.

[67] Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 1984 "el daño moral es de índole netamente subjetiva y su fundamento se encuentra en la propia naturaleza afectiva del ser

trariedades, estimamos que la prueba tendiente a desvirtuar la presunción debe siempre permitirse y tal presunción debe tenerse como provisoria[68].

Finalmente, Cristián Larraín Páez con respecto a la mayor o menor facilidad de construir una presunción clasifica los daños extrapatrimoniales en "tangibles" e "intangibles", en el primer caso se encuentran, por ejemplo, los daños corporales; en el segundo, los daños contra derechos de la personalidad. Apunta el autor, que, respecto al primer grupo por el carácter ostensible de los resultados del daño, es más fácil presumir su ocurrencia. Respecto al segundo grupo la jurisprudencia es ambivalente, requiriendo en algunos casos de prueba de la repercusión subjetiva del daño, no bastando, en consecuencia, la prueba de la transgresión, y en otros eximiéndolo de prueba[69].

Cabe reconocer que las presunciones, si bien comunes en la materia, no son el único medio probatorio que puede acreditar la existencia del perjuicio moral.

b) Acreditación del daño por medio de informes periciales.

El informe de peritos es otro medio indirecto de prueba que "tiene por objeto auxiliar al juez, permitiéndole la apreciación de concretas cuestiones de hecho que requieren conocimientos especiales". Decimos que es un medio indirecto de prueba por cuanto lo que realmente es capaz de acreditar es la intensidad relativa del daño, mas no el daño mismo[70]. Este medio de prueba es relevante, por ejemplo, respecto al *pretium doloris* donde el informe psicológico puede develar la magnitud del sufrimiento[71] o en relación con el daño corporal en que el informe médico acreditará intensidad del daño.

c) Otros medios de prueba

Si bien el daño moral puede probarse por todo medio de prueba[72], las presunciones y el informe pericial son, a nuestro juicio, los medios idóneos para

humano, de manera que puede decirse que este daño se produce siempre por un hecho externo que afecta la integridad física o moral del individuo y por lo tanto la apreciación de éste debe considerarse entregada al juez, pues dada su índole es inconcuso que no puede ni requiere ser acreditado", en *RDJ*, tomo LXXXI, sec. 2°, p. 121.

[68] Barros (2007), p. 333; Mosset (1999), p. 240.

[69] Cfr. Larraín (2015), pp. 706-714.

[70] Barros (2007), pp. 333-334; del mismo modo Rodríguez Curutchet (2009), p. 133.

[71] José Diez Schwerter la estima la prueba idónea a este respecto. Véase Diez Schwerter (2002), p. 147

[72] Domínguez Hidalgo (2000a), p. 717. Agrega la misma autora como medio idóneo la prueba instrumental cuando se trata de acreditar vínculos afectivos.

producir el convencimiento del tribunal. Empero, digamos algunas palabras respecto a los restantes medios de prueba.

En cuanto a la prueba instrumental, refiere Juan Rodríguez Curutchet[73] que ella sería una prueba idónea para la acreditación de daños corporales (*v. gr*. fotografías o fichas clínicas) o en caso del *pretium doloris* (*v. gr.* cartas o fotografías). Ello nos merece una observación. Salvo en cuanto a la ficha clínica –cuya naturaleza jurídica se discute[74]– no cabe duda respecto a que todos los ejemplos referidos por el autor son instrumentos privados los que en principio carecen de valor probatorio salvo que sean reconocidos o mandados a tener por reconocidos, por lo que creemos que, si ello no ocurre su mérito estará en servir de base para una presunción judicial.

Respecto a la prueba confesional, Iván Hunter Ampuero refiere que "un poco de realidad nos dice, sin embargo, que esa prueba será difícil –por no imposible– de obtener"[75].

En lo tocante a la prueba testimonial ella es otro medio frecuente de prueba del daño moral. Los testigos podrán referir, de oídas o por haber presenciado los hechos, las consecuencias del daño, las circunstancias que revistieron al hecho dañoso, la existencia de la víctima, la participación del victimario, etc. Se trata de un medio de prueba tazado, cuyo valor probatorio se rige por la ley, pudiendo en caso de que no constituya plena prueba, servir de base para la configuración de una presunción judicial.

Finalmente, la inspección personal del tribunal, aunque poco frecuente, puede determinar la existencia del daño moral según las reglas de la sana crítica.

4. Inversión de la carga de la prueba

En ciertas ocasiones la jurisprudencia, de conformidad al principio de normalidad[76], han invertido el *onus probandi*, bastando la acreditación del hecho dañoso para que la existencia del daño moral se presuma[77].

[73] Rodríguez Curutchet (2009), p. 132.

[74] Véase Muñoz (2016), p. 49.

[75] Hunter (2013), p. 268.

[76] *V. gr.* Corte de Apelaciones de Concepción, 22 de octubre de 2008, rol: 4765-2005: "que establecida como se encuentra en autos la lesión que sufrió la demandante en su integridad corporal a raíz del hecho ilícito, resulta obvio entender que por lo mismo hubo de experimentar un sufrimiento psíquico, dolor o aflicción debido a sus dolencias físicas. Esta situación es lo normal y corriente de las cosas, y no debe olvidarse que en materia probatoria impera el principio de la normalidad, que implica que lo normal se presume y lo anormal debe probarse. Resulta evidente, de este modo, que el daño moral debe serle indemnizado en este caso a la actora, pues nada se ha acreditado en contrario".

[77] Rodríguez Curutchet (2009), p. 125.

> "Bien puede sostenerse que esta es una categoría cuya mera invocación abre las puertas a un resarcimiento. Tal es así que nuestra jurisprudencia ha atenuado al máximo la prueba exigida al respecto, estableciendo incluso verdaderas presunciones de daño moral o un verdadero relevo de prueba"[78].

Un caso mediático (tragedia del volcán Antuco) reconoce abiertamente la inversión de la carga de la prueba al apuntar:

> "a partir de la ocurrencia de los hechos acreditados, y que fueran referidos en el fundamento segundo de la presente sentencia, lo normal es que se genere daño a la persona, siendo en consecuencia una anormalidad que ello no ocurra. Así, quien pretenda asilarse en la anormalidad debe probar la misma, por lo cual si el demandado planteaba la inexistencia del mismo debía probarlo"[79].

5.- *Condenas por daño moral sin necesidad de prueba: ¿exención del deber de probar el daño?*

La doctrina nacional ya ha acusado la exención de exigencias probatorias en nuestra jurisprudencia. Hugo Cárdenas y Paulina González[80] han constatado dos vías de desarrollo jurisprudencial a este respecto. La primera, estimando que, por su naturaleza subjetiva, el daño moral no puede ser probado[81] y la segunda, que por la acreditación de la violación del derecho extrapatrimonial se probaría el daño moral[82]. Como ya hemos manifestado, no compartimos esta teoría. El daño moral debe ser probado, aun por vía de presunciones o máximas de la experiencia.

Carmen Domínguez Hidalgo en cuanto a ello agrega:

> "la situación se encuentra agravada por la circunstancia que en la práctica se trata de una verdadera presunción de derecho que no admite prueba en contrario. Así, resulta ostensible, muy especialmente, cuando de un daño moral ocasionados a terceros por la muerte de la víctima se trata, pues en el caso de los parientes nuestra jurisprudencia sostiene que el

[78] Domínguez Hidalgo (2000a), p. 35.

[79] Corte Suprema, rol: 9074-2011, 6 de marzo de 2013.

[80] Cardenas y González (2007), p. 358.

[81] Véase supra notas 85 y 110.

[82] Citan los mismos autores un fallo de nuestra Excma. Corte Suprema que sostiene que "la demostración de la trasgresión o agravio del derecho subjetivo importa, al mismo tiempo, la prueba de la existencia del daño moral", en *RDJ*, tomo lxxxii, sec. 2°, p. 6; sin perjuicio, Cfr. Corral (2004), p. 166.

> vínculo de parentesco existente entre ellas determina necesariamente el daño moral".

En la misma línea Juan Rodríguez Curutchet dice:

> "esta tesis ha sido duramente criticada en doctrina, debido a que en ninguna disposición legal se exige que los magistrados tengan la facultad de 'presumir de derecho' un daño extrapatrimonial, en el sentido de establecer que este tipo de daños no requiere prueba"[83].

A nuestro juicio, el asunto es claro. Solo la ley puede establecer presunciones legales, ora simplemente legales, ora de derecho, tendientes a invertir la carga probatoria o a eximir el deber de probar un hecho sin admitirse prueba en contrario. Así se desprende de la simple lectura del art. 47 del *Código Civil*.

Cabe agregar que coincidimos con la interpretación favorable que hace el autor antes citado respecto a los fallos que se refieren a que el daño moral no debe ser probado. La expresión de no requerir prueba debe ser una frase poco feliz que su real trasfondo debe querer significar que el daño moral no debe de requerir de una prueba exacta[84].

Hugo Cárdenas y Paulina González refieren, además, el problema expansivo que implica no probar el daño moral, pues difícilmente puede probarse el nexo causal entre el hecho y un daño que no ha sido acreditado[85].

Por último, el gran problema destacado en doctrina de eximir a la víctima del deber de probar el daño moral es que se desnaturaliza el fin reparatorio de la responsabilidad civil para la victima al castigo del victimario[86].

6. *Recurso de casación en el fondo por infracción a las leyes reguladoras de la prueba*

Sostuvimos que en cuanto a la fijación del *quantum* indemnizatorio resulta improcedente el recurso de casación en el fondo por infracción de ley, básicamente, porque la determinación del monto de la indemnización es labor privativa del juez de la instancia por lo que a ese respecto no puede haber incurrido en error de derecho. Otra cosa ocurre con el recurso de casación en el fondo por infracción de las leyes reguladoras de la prueba.

Nuestra jurisprudencia ha sostenido, en reiteradas oportunidades, que existe infracción a las leyes reguladoras de la prueba cuando

[83] Rodríguez Curutchet (2009), p. 128.
[84] *Op. cit.*, pp. 128-129.
[85] Cardenas y González (2007), p. 364.
[86] Femenías (2011), pp. 38-39.

> "se invierte el peso de la prueba; cuando se rechaza un medio probatorio que la ley autoriza; cuando se acepta uno que ley descarta o, cuando se altera el valor probatorio que el legislador asigna a los diversos medios de prueba"[87].

Carmen Domínguez Hidalgo a este respecto sostiene:

> "en principio, entonces, nuestro Derecho debiera seguir el mismo razonamiento, y únicamente admitir la procedencia del referido recurso cuando exista infracción a las leyes reguladoras de la prueba. No obstante, nuestra realidad difiere notablemente en este punto pues nuestro máximo tribunal se ha reservado la facultad de revisar el quantum, ya sea por vía de casación en el fondo, ya sea a través del ejercicio de la facultad que tiene para casar de oficio una decisión cuando conoce de ella".

De lo dicho por la profesora se concluye que estimar que el juez ha errado en la determinación y evaluación del *quantum* no es revisable vía casación en el fondo, pero si se estima que las normas que regulan la prueba han sido erróneamente aplicadas, entonces procede el recurso de casación y por tal vía, indirectamente, se puede revisar el monto.

Así se ha sostenido que:

> "La Corte Suprema, al conocer de un recurso de casación en el fondo, está impedida de revisar la forma en que se establecieron los hechos por los jueces de la instancia, pero, en el evento que el tribunal de la instancia incurra en errores en la aplicación de las denominadas leyes reguladoras de la prueba, de manera excepcional es posible la revisión de la labor de esos tribunales por la Corte de Casación. Pero sólo en el evento de infracción a tales disposiciones, puesto que existen otras que están relacionadas con la prueba, que son soberanía específica de los jueces del fondo"[88].

A través de este recurso nuestra Corte Suprema ha modificado el *quantum* indemnizatorio en algunas oportunidades cuando se ha alterado el valor probatorio de ciertos medios de prueba. La lógica es que si un medio de prueba hubiese sido valorado correctamente el *quantum* al que el juez determinó habría sido mayor. Cabe reconocer, empero, que no siempre se estima dicha infracción[89].

[87] Corte Suprema, rol: 7948-15, 29 de marzo de 2016.

[88] Corte Suprema, rol: 2201-2012, 9 de octubre de 2012.

[89] Véanse comentarios jurisprudenciales hechos por Barrientos (2011) y Hunter (2013) en los cuales se desestima que haya infracción a las leyes reguladoras de la prueba por no encontrarse suficientemente acreditado el daño moral que se reclama.

IV. Conclusiones

El daño moral, por su propia fisionomía, se resiste a ser reducido a un concepto. Sin perjuicio de ello es necesario tener una noción clara de él, ya que la claridad conceptual no es una mera cuestión semántica. Su correcto entendimiento permite su mejor evaluación y facilita la carga de probarlo.

Nuestro *Código Civil* no contiene regulación expresa en torno a él. En caso alguno ello es una negación, puesto que, en primer lugar, el art. 2329 del *Código Civil* se refiere en términos amplios a "todo daño" y segundo, la mayoría de la doctrina sostiene que al tiempo de redacción de los códigos decimonónicos no era un concepto que se conociera, como una suerte de perdón histórico. A nuestro gusto esta idea merece una revisión que al menos la atenúe. Excepción aparente se encontraría en el *Código de las Lousianas*.

La finalidad de la reparación por daño moral no es otra que una reparación satisfactiva que permita a quien lo ha sufrido procurarse otros placeres que aligeren llevar un daño que difícilmente puede quedar indemne.

El daño moral debe ser probado. No existe en nuestra legislación norma alguna que lo presuma ni lo excluya del deber de probarse, sin embargo, por su fisionomía las exigencias probatorias deben ser más laxas que respecto al daño material.

Son procedentes todos los medios de prueba establecidos por la ley. A nuestro juicio, especial relevancia cobra la prueba pericial y las presunciones.

La prueba del daño moral plantea algunos problemas: la noción del daño no es unívoca, el lenguaje, a veces, es incapaz de transmitir realmente la verdadera entidad del daño, no es posible su prueba directa, la prueba debe ser objetiva, mas tratándose de estos daños ello es muy difícil, por último, la prueba del monto es un imposible.

Nuestra jurisprudencia, en ocasiones, suele invertir la carga de la prueba fundada en un principio de normalidad. En otras simplemente excluye al daño moral de prueba.

En definitiva, es procedente el recurso de casación en el fondo por infracción del *onus probandi*. Por tal vía se han revisado los montos indemnizatorios.

Bibliografía

Alessandri Rodríguez, Arturo (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Barrientos Zamorano, Marcelo (2008). "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 n.° 1.

Barrientos Zamorano, Marcelo (2011). "Daño extrapatrimonial o moral por actuación de una autoridad: su valoración y prueba", en *Sentencias destacadas*, pp. 233-258. Disponible en http://lyd.org/sentencias-destacadas/ [fecha de consulta: 4 de julio de 2018].

Barros Bourie, Enrique (2007). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Cárdenas Villarreal, Hugo y Paulina González Vergara (2007). "Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización", en *Revista de Derecho UNED* , n.° 2.

Carnelutti, Francesco (1982). *La prova civile*. Edición traducida al español *La prueba civil*, 2ª ed., Buenos Aires: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Depalma.

Corral Talciani, Hernán (2004). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Cuerpo del Derecho Civil Romano (2004). Traducción del latín por Ildefonso García del Corral (1889), Valladolid, Editorial Lex Nova, tomo 3.

Díez-Picazo, Luis (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Pamplona: Thomson Reuters.

Diez Schwerter, José Luis (1998). *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Domínguez Águila, Ramón (2000). "Aspectos del daño como elementos de la responsabilidad civil", en *Actualidad Jurídica*, n.° 2, Santiago.

Domínguez Águila, Ramón (2005). "Por la intransmisibilidad de la acción por daño moral". *Estudios de Derecho Civil. Actas de las Jornadas de Derecho Civil*, Valdivia: Editorial Legal Publishing.

Domínguez Hidalgo, Carmen (1998). "La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25 n° 1.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2000a). *El daño moral*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomos I y II.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2000b). "Hacia el futuro: ¿crisis de la responsabilidad subjetiva?", en *Actualidad Jurídica*, n.° 2, Santiago, pp. 347-370.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2005). "Algunas consideraciones en torno a la función de la responsabilidad civil en Chile". *Estudios de Derecho Civil VII. Actas de las Jornadas de Derecho Civil*, Valdivia: Editorial Legal Publishing.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2011): "La tutela al honor: una mirada presente y hacia el futuro". *Estudios de Derecho Civil VII. Actas de las Jornadas de Derecho Civil*, Santiago: Editorial Abeledo Perrot- Thompson Reuters.

Femenías Salas, Jorge (2011). "Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil", en *Revista Derecho y Humanidades*, n.°17, Santiago.

Fueyo Laneri, Fernando (1990). *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Guzmán Brito, Alejandro (2010). *Derecho privado romano*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Hunter Ampuero, Iván (2013). "De nuevo sobre la prueba del daño moral (Corte de Apelaciones de Valdivia)", en *Revista de Derecho*, vol. xxvi, n.° 2, Valdivia.

Larraín Páez, Cristián (2011). "Algunas cuestiones relevantes sobre el derecho al honor y la responsabilidad civil en particular, sobre el daño moral, el artículo 2331 del Código Civil y la legitimación activa", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 17.

Larraín Páez, Cristián (2015). "Derechos de la personalidad, cámaras ocultas, intimidad y prueba del daño moral. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del 21 de agosto de 2013 y del 19 de marzo de 2014", en VV.AA. *Estudios de derecho privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*, Santiago: Thompson Reuters.

Márquez de Prado Pérez, Julio (2004). "Efectos de la responsabilidad civil 'ex delicto'. Indemnización de los daños materiales, corporales y morales", en VV.AA. *Responsabilidad civil "ex delicto"*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

Mosset Iturraspe, Jorge (1999). *Responsabilidad por daños*, Buenos Aires: Rubinzal. Culzoni Editores, tomo v.

Muñoz Cordal, Gabriel (2016). "Normativa sobre la ficha clínica y la protección de datos de salud en Chile", en *Revista de Derecho Público* n.° 85.

Musso Arratia, Benjamín (2019). "Una mirada en retrospectiva del artículo 2331 del Código Civil para la actualidad", en *Actualidad Jurídica*, n° 39, Santiago.

Peñailillo Arévalo, Daniel (1989). *La prueba en materia sustantiva civil*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Planiol, Marcel et Georges Ripert (1946). *Traité pratique de droit civil français*. Edición traducida al español *Tratado práctico de derecho civil francés*, La Habana: Mario Díaz Cruz, Cultural S.A.

Rioseco Enríquez, Emilio (1989). *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil. Inspección personal del tribunal, informe de peritos, presunciones*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Rodríguez Curutchet, Juan Pablo (2009). *La evaluación del daño moral en la jurisprudencia*, Santiago: Editorial Legal Publishing.

Rodríguez Grez, Pablo (2012). "Daño moral: un laberinto jurídico", en *Actualidad Jurídica*, n.° 25, Santiago.

Rodríguez Grez, Pablo (2014). *Responsabilidad contractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Rodríguez Grez, Pablo (2015). *Responsabilidad extracontractual*, 2ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Sánchez Hernández, Luis Carlos (2012). "Reflexiones en torno a las funciones de la condena por daños extrapatrimoniales a la persona a partir del estudio de la 'iniuria' del derecho romano clásico", en *Revista de Derecho Privado*, n.° 23, Bogotá.

Santos Briz, Jorge (1970). *La responsabilidad civil: derecho sustantivo y derecho procesal*, Madrid: Editorial Montecorvo.

Vergara Bezanilla, José Pablo (2000). "La mercantilización del daño moral", en *Actualidad Jurídica*, n.° 2, Santiago.

Yzquierdo Tolsada, Mariano (2001). *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid: Dykinson.

Yzquierdo Tolsada, Mariano (2016). *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, 2ª ed. Madrid: Dykinson.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE PUERTO VARAS CON ESSAL S.A.: CRITERIOS PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE DAÑO AMBIENTAL

ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE PUERTO VARAS CON ESSAL S.A.: CRITERIA TO DETERMINE THE EXISTENCE OF ENVIRONMENTAL DAMAGE

Alejandra Estay Troncoso[*]
Consuelo Toresano Kuzmanic[**]

Resumen: La responsabilidad por daño ambiental se establece a través de la presencia de varios elementos: acción, daño ambiental, relación de causalidad entre la acción y el daño, y dolo o culpa de quien causó la acción. En ese contexto, en el presente trabajo pretendemos analizar los criterios adoptados por el Tercer Tribunal Ambiental en la sentencia caratulada Ilustre Municipalidad de Puerto Varas con ESSAL S.A. para establecer la existencia de dichos elementos en un caso concreto y, por lo tanto, la existencia del daño ambiental, haciendo un comentario crítico a la forma en que dicho Tribunal aborda parte de estos elementos.

Palabras clave: daño ambiental, causalidad, significancia, previsibilidad del daño, principio preventivo.

Abstract: The responsibility for environmental damage is established through several elements: action, environmental damage, causal relationship between

[*] Abogada, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. LLM, Universidad de Georgetown. Su práctica se centra en ambiente y autorizaciones sectoriales, minería, uso de suelos, energía y desarrollo de proyectos industriales. Se especializa en la evaluación ambiental de proyectos y en la defensa administrativa y judicial necesaria para su desarrollo.

[**] Abogada, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, habiendo cursado el Diplomado en Derecho Administrativo en la misma universidad. Su práctica se concentra en prestar asesoría en materias de derecho ambiental y recursos naturales, contribuyendo al desarrollo de proyectos eólicos, mineros y de saneamiento ambiental.

the action and the damage, and intent or fault of the person who caused the action. This analysis seeks to study the criteria adopted by the Illustrious Third Environmental Court in the ruling: Ilustre Municipalidad de Puerto Varas con ESSAL S.A. to establish the existence of such elements in a specific case and, therefore, the existence of environmental damage, making a critical comment to the way the court addressed part of these elements.

Keywords: Environmental damage, Causality, Significance, Predictability of the damage, Preventive principle.

1. Introducción

Desde la dictación de la Ley n.° 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), el concepto de daño ambiental ha sido reconocido como un tema fundamental dentro de la institucionalidad y, por ende, necesario de definir, así como también la responsabilidad de quien lo infringe, con el objetivo de instaurar un modelo jurídico que permita establecer un régimen de adecuada tutela del bien jurídico protegido, en este caso, el ambiente.

En este sentido, la propia LBGMA ha establecido un orden de prelación de fuentes normativas, donde es necesario, en primer lugar, recurrir a leyes especiales que traten la materia, para, luego, apelar al régimen ordinario de responsabilidad previsto por los arts. 51 a 63 de este mismo cuerpo normativo.

Al ser este un régimen de carácter especial, la determinación de su naturaleza jurídica específica no ha estado exenta de discusión, así como tampoco la definición de sus elementos esenciales, que necesariamente deben concurrir para poder configurar la responsabilidad ambiental y, en consecuencia, que prospere una eventual acción de reparación:

i. Acción u omisión que causa el daño.
ii. Daño ambiental producto de dicha acción u omisión.
iii. Relación de causalidad entre la acción y el daño y
iv. Existencia de dolo o culpa por parte del causante del daño.

Sin perjuicio de estos clásicos elementos para analizar la responsabilidad, en materia ambiental también requieren de un análisis especial y diferenciado. En efecto, estos elementos, en materia ambiental, han sido precisados por medio de la jurisprudencia tanto de los Tribunales ambientales como de la Corte Suprema quienes, durante los últimos años, han ido entregando criterios sobre la base de los cuales deben ponderarse conceptos como el carácter "significativo" que requiere el menoscabo o detrimento al ambiente o la "manifestación evidente" del daño sobre la cual se comienza a contar la prescripción de la acción de reparación por daño ambiental, entre otros.

De esta manera, la sentencia que se comenta, precisamente, aborda cada uno de los elementos sustanciales de la responsabilidad por daño ambiental, haciendo un recorrido por cada uno de los criterios que al respecto adopta el Tribunal para configurar dicha responsabilidad, desarrollando puntos interesantes en comparación con el régimen de responsabilidad general en materia civil, razón por la cual se la ha elegido como objeto del presente trabajo. Adicionalmente, consideramos que esta sentencia es de relevancia por los hechos ocurridos en torno a la operación de ESSAL S.A. en 2019 en la Región de Los Lagos, los cuales generaron conmoción en la ciudadanía en el ámbito nacional, dejando a muchas personas de dicha región sin agua potable. Por lo mismo, es de interés analizar la postura del Tercer Tribunal Ambiental frente a otra infracción de esta empresa, siendo, además, una de las únicas dos sentencias en materia de daño ambiental dictadas por el Tercer Tribunal en el año 2019.

2. Síntesis de la sentencia

Con fecha 2 de agosto de 2017, la Municipalidad de Puerto Varas interpuso ante el Tercer Tribunal Ambiental una demanda de reparación por daño ambiental en contra de la empresa ESSAL, alegando que esta habría producido daño ambiental al verter aguas servidas sin tratamiento al lago Llanquihue, usando de manera indiscriminada los aliviaderos de tormenta de las Plantas Elevadoras de Aguas Servidas de los sectores de Puerto Chico y Santa Rosa.

Con fecha 8 de agosto de 2019, el Tribunal dictó sentencia condenando a ESSAL a reparar el daño ambiental causado. Para ello, el Tribunal analizó cada uno de los elementos de la responsabilidad por daño ambiental ya mencionados, finalizando con una propuesta de medidas de reparación del referido daño.

Al respecto, señala el Tribunal en los considerandos noveno y trigésimo tercero de la sentencia, que el vertimiento de aguas mixtas al lago Llanquihue por parte de ESSAL ha sido permanente, repetitivo y constante en el tiempo, activando los aliviaderos de tormenta en forma frecuente al menos desde el año 2012 (35 activaciones en el año 2017 y 135 en el año 2018).

En cuanto al daño, el Tribunal concluye que los antecedentes aportados permitían acreditar que el parámetro de coliformes fecales asociados a la bahía de Puerto Varas superaba la norma de calidad primaria para actividades recreacionales con contacto directo (considerando vigésimo cuarto).

Adicionalmente, en relación con actividades recreativas en el agua del lago sin contacto directo, el Tribunal tomó como referencia la NCh. 1333

Of. 87, la cual indica que las aguas para recreación sin contacto directo deben carecer de sólidos flotantes visibles, espumas y sustancias que produzcan olor, todo lo cual si ocurrió en la bahía de Puerto Varas (considerando trigésimo segundo). En esos términos, dispuso:

> "Trigésimo segundo. Que, la presencia de heces humanas a simple vista en el agua produce un efecto disuasivo en su uso recreativo, por el riesgo que implica para el ser humano entrar accidentalmente en contacto con ella al desarrollar actividades recreativas sin contacto directo".

Por lo tanto, el Tribunal concluye que se ha producido una afectación y detrimento al componente agua de la bahía de Puerto Varas del lago Llanquihue, en concreto a las playas Santa Rosa y Puerto Chico, lo cual ha conllevado que estas han perdido su aptitud para el desarrollo de actividades recreativas, con y sin contacto directo, tal como indica en su considerando cuadragésimo sexto:

> "Cuadragésimo sexto. Que, como se ha señalado, como consecuencia de las altas concentraciones de coliformes fecales se produce la pérdida del valor o servicio de uso de carácter recreativo y para deportes acuáticos, con y sin contacto directo, en la bahía Puerto Varas en el Lago Llanquihue; particularmente en las áreas adyacentes a los aliviaderos de Puerto Chico y Santa Rosa".

A mayor abundamiento, este vertimiento de aguas mixtas al lago ha ocasionado también el deterioro progresivo de los ecosistemas lacustres, toda vez que los antecedentes acompañados al proceso permitirían comprobar el aumento en los parámetros de nitrógeno y fósforo total del lago, los cuales son indicativos de procesos de eutrofización de agua superficial y están muy relacionados con las descargas de aguas servidas. El Tribunal añade que, de no corregirse este fenómeno, podría obligar a declarar la zona como saturada o latente según corresponda (considerandos cuadragésimo primero y cuadragésimo segundo).

Así, el Tribunal caracteriza este daño como significativo, toda vez que no puede considerarse una simple molestia o condición general de la vida en común, si no que contraviene regulación ambiental específica, afectando componentes ambientales. A parte de eso, afirma que el hecho de que la afectación al ambiente sea transitoria no es impedimento para considerarla significativa, toda vez que las molestias ocasionadas a los turistas son lo suficientemente extensas e intensas como para comprometer parte importante del periodo estival, y tampoco existe certeza de que no se seguirán produciendo estas afectaciones en el futuro. Así lo señala en su considerando cuadragésimo noveno:

> "Cuadragésimo Noveno. Que, en el caso de autos, a juicio de este Tribunal, la circunstancia indicada anteriormente no es impedimento para considerar significativa la afectación del agua como componente ambiental. Ello por dos razones: a) parece evidente que si bien las aguas servidas o mixtas terminan diluyéndose en periodos relativamente cortos de tiempo, ese periodo puede considerarse significativo en el contexto del uso recreacional de las aguas de la bahía de Puerto Varas, que es esencialmente en verano, donde la sola afectación de un día de la bahía podría generar olores y mal aspecto al agua, produciendo desagrado a los turistas, quienes evitarían el sector a futuro (...); b) por otra parte, es cierto que los efectos de la descarga de los aliviaderos de tormenta de febrero de 2017 han desaparecido de la columna de agua (sin perjuicio de su acumulación en los sedimentos); sin embargo, hay antecedentes suficientes para inferir que las descargas y sus efectos se volverán a producir".

En cuanto al requisito de causalidad, el Tribunal determinó que el efecto en la calidad de las aguas de la bahía de Puerto Varas es causado por las descargas de los aliviaderos de tormenta toda vez que los valores de nitrógeno, clorofila y coliformes fecales aumentan con los aliviaderos abiertos. Por otro lado, aunque existan otras descargas al lago Llanquihue, resulta más probable a juicio del Tribunal que las de ESSAL sean las mayores toda vez que esta empresa recolecta y conduce las aguas servidas de toda la comuna, como se lee de los considerandos octogésimo segundo y nonagésimo primero. Dicha afirmación es fundamentada mediante diversos antecedentes técnicos, que la sentencia describe a continuación:

> "Octogésimo segundo. Que, a partir de las figuras presentadas se puede concluir que existe un efecto inmediato en la calidad de las aguas de la bahía de Puerto Varas causado por las descargas de los aliviaderos de tormenta, ya que se comprueba que los valores de nitrógeno, clorofila a y coliformes fecales, aumentan con los aliviaderos abiertos, lo que es coherente con los componentes de las descargas señalados en el considerando Centésimo".
>
> Nonagésimo primero. Que, por otro lado, a juicio del Tribunal resulta más probable que la contribución que realiza ESSAL mediante la activación permanente de sus aliviaderos de tormenta, sea mayor que todas las demás descargas que se encuentran en la bahía de Puerto Varas, pues precisamente recolecta y conduce las aguas servidas de toda la comuna, siendo razonable esperar que las otras descargas detectadas sean solo una fracción mínima de lo que es capaz de aportar todo el sistema urbano".

Por último, en cuanto al elemento de culpa o dolo en la actuación dañina, el Tribunal determina que la conducta de la demanda dista de los estánda-

res de diligencia exigibles a un hombre razonable puesto en situación de poner en riesgo la salud de la población. En efecto, en este caso, resultaba exigible una conducta esmerada, con efecto de evitar o disminuir la activación de los aliviaderos y, por consiguiente, el vertimiento de aguas con coliformes fecales (considerando centésimo décimo sexto). Así, pudiendo ESSAL haber adoptado distintas medidas para evitar o disminuir los efectos de estas descargas, no efectuó ninguna de estas. En dicho sentido, no contaba con información precisa respecto a la cantidad de conexiones ilegales a la red, ni de la cantidad de aguas servidas o mixtas que se descargan al lago. Tampoco contaban con plan de desconexiones, plan de monitoreo, plan de mejora de plantas elevadoras de aguas servidas, entre otros (considerando centésimo vigésimo tercero).

A mayor abundamiento, en virtud de los antecedentes presentados, el Tribunal concluyó que es muy probable que la activación de aliviaderos de tormenta se debiera más a la falta de capacidad de las plantas elevadoras de aguas servidas para hacerse cargo de caudales máximos, que al exceso de aguas lluvias en la red de alcantarillados de Puerto Varas (considerando centésimo trigésimo quinto), no habiendo ESSAL tomado medida alguna al respecto.

Por último, el Tribunal consideró que no solo existió una falta de diligencia por parte de ESSAL, sino que, además, se puede constatar la existencia de infracciones a normativa sectorial, como el art. 73 del *Código Sanitario*, que prohíbe las descargas de aguas servidas en masas de aguas que sirvan para proporcionar agua potable, para riego o balneario, sin que antes se haya procedido a su depuración:

> "En el caso concreto, además de superarse el parámetro de coliformes fecales de la norma de calidad primaria para actividades recreativas con contacto directo [considerando vigésimo cuarto], también se pudo constatar la existencia de normas sectoriales, destinadas a la protección del medio ambiente, que han sido infringidas"[1].

En consecuencia, el Tribunal condena a ESSAL a reparar el daño ambiental producido de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 de la Ley n.° 19300, estando obligada la empresa a presentar un plan de reparación de daño ambiental, dentro de los treinta días siguientes a la certificación de ejecutoriada de la sentencia. Adicionalmente, el Tribunal impone a ESSAL varias medidas[2]:

i. La disminución del caudal de aguas servidas.
ii. El aumento de la capacidad de homogeneización de caudales. de aguas mixtas para evitar la activación de los aliviaderos.

[1] Considerando centésimo trigésimo octavo.

[2] Cabe destacar que la sentencia se encuentra firme, no habiéndose presentado recursos de casación tanto en la forma como en el fondo dentro de plazo

iii. La generación de información para modificar el sistema a largo plazo.
iv. El monitoreo de medidas adoptadas y
v. La disminución de los eventos de activación de aliviaderos.

3. Comentario

Esta sentencia es didáctica en establecer los pasos que se requieren para que prospere una acción por daño ambiental. En este sentido, hace una enumeración de los requisitos indispensables que necesariamente deben concurrir para ello, ya mencionados (acción, daño, causalidad entre la acción y el daño, dolo o culpa del actor).

A continuación, nos referiremos a los puntos de interés que ha puesto sobre la mesa esta sentencia, respecto de cada uno de los componentes que se analizaron y que llevaron finalmente a configurar la responsabilidad del demandado por daño ambiental, analizando los criterios adoptados por el Ilustre Tercer Tribunal Ambiental para ello.

a) En relación al detrimento, disminución o menoscabo del ambiente

Sobre este punto, la sentencia señala que en virtud de lo dispuesto en el art. 1698 del C*ódigo Civil*, es aquel que alega la existencia del daño quien debe probarlo, es decir, es el actor quien tiene la carga de suministrar información suficiente que confirme todos los presupuestos de la acción de reparación.

Esto es interesante, ya que la misma sentencia, al analizar los requisitos de manera individual, hace una diferencia entre la información que debe suministrarse al momento de interponer el libelo y luego durante la sustanciación del juicio de daño.

En esta línea, la sentencia señaló que para el Tribunal no es necesaria la descripción precisa, exacta y detallada del daño ambiental en el libelo pretensor, por la dificultad de identificar científicamente de manera correcta el daño. Agrega en el considerando duodécimo:

> "someter al actor a la carga de hacer una descripción exacta de los hechos que configurarían el daño ambiental puede implicar un obstáculo insalvable de acceso a la jurisdicción".

Esto llama la atención, pues como la misma sentencia lo manifiesta, la carga de probar la existencia del daño, proporcionando antecedentes suficientes para ello, es precisamente, del actor, es decir, no se le libera de esta

responsabilidad por el hecho de bajar el estándar de exigencia en una primera instancia. En este sentido, entonces, la sentencia crea una "distinción" entre el nivel de información que debe manejar el demandante al momento de interponer la demanda y luego en la etapa probatoria propiamente tal.

Esto demuestra una flexibilización por parte del Tribunal Ambiental en relación con el acceso a la justicia por parte de la comunidad, sin exigir requisitos rígidos al momento de la interposición de la acción. La misma sentencia refuerza este punto en el considerando decimotercero, al exponer:

> "este Tribunal entiende que lo relevante para la determinación –en la sentencia definitiva– de la existencia del daño ambiental, es que éste haya sido alegado y probado, esto es, sometido a un debido contradictorio, más allá de la exactitud y precisión con que se identifique en la demanda, o los términos jurídicos o técnicos que se utilicen".

En consecuencia, bastaría para ser admitida a trámite, una acción que esboce el supuesto daño ambiental de manera general. Esto es una particularidad del derecho ambiental y obedece a la naturaleza misma del objeto de la demanda de daño ambiental y a la dificultad de manejar desde una etapa temprana toda la información técnica y especialísima necesaria para configurar el daño.

De cierta manera, esta flexibilización en materia ambiental se aleja de aquella "exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho"[3] que se exige en la demanda en materia civil, toda vez que en dichos casos es más fácil llegar al nivel de claridad y detalle requerido que en el derecho ambiental. En efecto, la determinación del daño ambiental obedece a criterios muy técnicos, basados en datos complejos de obtener, especialmente para quienes son víctimas de este daño y que la gran mayoría de las veces no son especialistas en las materias que se requieren para comprobar la existencia de dicho menoscabo. Por tanto, es lógico que se haga esta distinción entre el derecho civil y el ambiental a la hora de presentar la demanda por cuanto ambas especialidades obedecen a realidades distintas.

Sin perjuicio de lo anterior, esto debe analizarse con cuidado, pues si no se presentan antecedentes probatorios suficientes durante la tramitación, la demanda de daño ambiental será rechazada. Lo anterior ha ocurrido en una sentencia de este año del Tercer Tribunal Ambiental, en la que se hace referencia, además, a ciertos criterios para establecer la existencia del daño ambiental:

> "(...) resulta imposible mensurar o calibrar el daño alegado por los demandantes para efectos de considerarlo significativo, debido a la ausencia de antecedentes probatorios que se refieran a la duración del daño, can-

[3] Art. 254 del C*ódigo de Procedimiento* C*ivil.*

> tidad, calidad o valor ecológico de los recursos afectados, vulnerabilidad del eco-sistema, y la capacidad y tiempo de regeneración del componente dañado, entre otros"[4].

En consecuencia, si bien es razonable la laxitud con que los tribunales han decidido declarar admisible una eventual demanda por daño ambiental, el actor debe, durante la sustanciación del proceso, acompañar antecedentes claros y suficientes desde el punto de vista técnico, en orden a que su pretensión sea al final acogida, lo cual también es razonable toda vez que, si bien puede ser difícil obtener dichos antecedentes a la hora de interponer la demanda, es necesario que la responsabilidad por daño ambiental sea acreditada de alguna manera y tenga sustento fáctico.

b) Significancia del daño

Otro punto relevante a destacar tiene relación con el análisis que hace el Tribunal sobre la significancia del daño, es decir, para concluir que el detrimento o menoscabo producido al ambiente sea significativo, de manera que se configure efectivamente el daño ambiental.

Desde el punto de vista doctrinal, Jorge Bermúdez ha entendido la significancia como un umbral sobre el cual el daño se vuelve más allá de lo "aceptable", señalando:

> "Si se admitiera que cualquier daño, por leve que sea engendra responsabilidad ambiental se llegaría a la inoperatividad de la institución, ya que toda actividad humana importa un daño o menoscabo al medio ambiente. (...) Decir que sólo genera responsabilidad el daño significativo importa aceptar que existe una zona gris de actividades dañosas que no llegan a ser de tal trascendencia como para generar responsabilidad"[5].

Al respecto, es importante recordar que la "significancia" del daño no ha sido definida expresamente en la ley, por lo que su construcción ha sido doctrinal y jurisprudencial, como a continuación veremos. Esto es distinto, como indica Sebastián Luengo, de lo que ocurre en legislaciones comparadas, las cuales sí han desarrollado el concepto de significancia en profundidad, al indicar que un claro ejemplo sería

> "...la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de abril de 2004, la cual señala que 'El carácter

[4] Tercer Tribunal Ambiental, causa rol n.° D-21-2016, sentencia de 28 de marzo de 2019, considerando cuadragésimo tercero.

[5] Bermúdez (2018), p. 402.

> significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural'"[6].

Por otra parte, Rafael Valenzuela también se ha referido a la dificultad de caracterizar este elemento de "significancia" al apuntar justamente que son los jueces quienes deben señalar caso a caso cuando esta concurre, indicando:

> "...la ley no contiene parámetros que permitan una calibración objetiva de la significación de los daños infligidos al medio ambiente, esta determinación queda entregada en definitiva a lo que resuelvan los jueces del fondo, con el margen de subjetivismo y de imprevisibilidad que ello conlleva"[7].

Así también lo cree Jorge Bermúdez, quien manifiesta que "el umbral de significancia o importancia del daño tendrá que ser fijado en cada caso particular por el juez"[8].

La sentencia hace eco de dichas opiniones, advirtiendo que esta significancia debe definirla el Tribunal de acuerdo con las circunstancias de cada caso concreto, es decir, recurrir a un criterio cualitativo, alejándose del criterio cuantitativo que rige el derecho civil.

En este sentido, el Tribunal estimó que la significancia del daño ambiental no está sujeta a un aspecto de extensión material de la pérdida o detrimento, sino que deben definirse criterios de significancia que se relacionen con el daño específico que se impugna, de manera que estos criterios podrían ser muy relevantes en un determinado contexto, e insignificantes en otro.

Esto está en línea con lo resuelto por la Corte Suprema la cual ha dicho:

> "el requisito de que el daño tenga un carácter significativo no está sujeto a un aspecto de extensión material de la pérdida, disminución o detrimento para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes, sino que debe acudirse a una calibración de la significación de los deterioros infligidos a aquel"[9].

[6] Luengo (2017), pp. 42-43.
[7] Valenzuela (2010), p. 318.
[8] Bermúdez (2018), p. 402.
[9] Corte Suprema (2011), considerando séptimo.

En esos términos, este criterio se ha repetido en una sentencia reciente del máximo Tribunal, en la que se ha destacado que el daño será significativo

> "siempre que altere el ecosistema de manera importante, que genere una pérdida cualitativa considerable, aunque sea de baja entidad cuantitativamente hablando"[10].

En iguales términos se refiere Jorge Femenías, quien indica que es posible recoger una serie de criterios jurisprudenciales para la determinación de la significancia del daño administrativo como

> "la magnitud del daño, la intensidad del mismo, la sinergia entre daños de poca envergadura que ocasionan un daño de mayor relevancia, la permanencia del daño ambiental o la prevención de un daño significativo futuro"[11].

Especialmente este último criterio (la prevención de un daño futuro) es relevante, por cuanto, como veremos, el daño futuro es una preocupación del Tribunal en este fallo, adoptando una serie de medidas para prevenirlo.

Ahora bien, en este caso particular, el Tribunal definió tres criterios para determinar la existencia de daño significativo en el componente dañado (lago Llanquihue):

i) Afectar su capacidad de proveer servicios ecosistémicos.
ii) Afectar su capacidad de asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de esos componentes y
iii) Afectar su capacidad de mantener las condiciones que hacen posible su evolución y el desarrollo de especies y ecosistemas.

Por lo demás, sobre estos tres criterios, el Tribunal aplica un cuarto criterio general: el "daño acumulativo" que considera el impacto incremental que deriva de una determinada acción, de manera que no solo debe tomarse en cuenta el impacto presente, sino, también, debe analizarse cómo la conducta acreditada generará con certeza un daño en el futuro.

Destacamos especialmente que todos los criterios establecidos por la presente sentencia van en línea con aquellos establecidos por la Corte Suprema en diversas sentencias[12], para entender un daño ambiental como significativo:

i) Duración del daño.
ii) Magnitud del daño.

[10] Corte Suprema (2018), considerando décimo.

[11] Femenías (2017), p. 235.

[12] Corte Suprema (2015),considerando quinto; Corte Suprema (2018), considerando décimo cuarto y Corte Suprema (2016), considerando décimo séptimo.

iii) Cantidad de recursos afectados y si éstos son reemplazables.
iv) Calidad o valor de los recursos dañados.
v) Efectos en el ecosistema y vulnerabilidad del mismo y
vi) Capacidad y tiempo de regeneración.

Como es posible observar, si bien la Corte Suprema no se refiere en dichas oportunidades propiamente a "daños acumulativos", ya en ese entonces consideraba la capacidad y tiempo de regeneración del ecosistema como un elemento que debe estar presente en la ecuación para determinar la significancia del daño, lo cual ha ido profundizándose hasta la actualidad en una preocupación por el daño futuro.

Asimismo, el Tercer Tribunal Ambiental en una sentencia reciente, también ha utilizado dichos criterios, indicando:

> "para que exista daño ambiental es necesario comparar dos estados de cosas: el estado del medio ambiente o sus componentes existente con anterioridad al hecho u omisión, y el estado del medio ambiente o sus componentes con posterioridad a ese evento. La diferencia que pueda observarse entre ambos estados, para que constituya daño ambiental, deberá consistir necesariamente en un detrimento, disminución o menoscabo en el medio ambiente o en algunos de sus componentes, y además debe ser significativo, lo que ocurrirá siempre que afecte la capacidad del componente afectado de (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)"[13].

En este sentido, se observa que el Tribunal ya ha tomado una postura preventiva para evaluar la significancia del daño, lo que se traduce en que la magnitud de dicho daño se mide no solo por lo detectado en el presente, sino, también, por el daño potencial que la acción pueda generar más adelante. De cierta manera el Tribunal urge a no esperar que el daño se convierta en relevante para tomar medidas, sino que preventivamente califica de significativo un daño que tiene el potencial de convertirse en relevante bajo la hipótesis de impacto acumulativo.

Esta tesis ha sido reconocida también por algunos autores como Jorge Mosset, Tomás Hutchinson y Edgardo Donna, quienes han hablado de "daños evolutivos", entendidos como aquellos daños que, a partir de una situación ya existente, se producirán en el futuro como una prolongación natural de la situación actual, como una "proyección" hacia el futuro que el juez debe

[13] Tercer Tribunal Ambiental (2019), considerando cuadragésimo tercero.

reconocer y ponderar[14]. Si bien no es una tesis nueva, la reciente creación de tribunales ambientales especializados en nuestro país ha derivado en una aplicación más específica de este concepto en los últimos años, lo cual es positivo desde el punto de vista del objeto de la determinación de la responsabilidad ambiental, el cual es justamente, la protección del ambiente. En efecto, el ámbito de protección al medio se amplía si se contemplan, no solo los daños ambientales pasados, sino que, también, la prevención de daños futuros.

Ahora bien, es claro que el elemento de significancia es, como ha dicho Jorge Femenías[15], un elemento diferenciador entre el daño ambiental y el daño civil. En efecto, la exigencia de "significancia" no es un requisito de los daños civiles derivados del mismo hecho que ocasionó el daño ambiental. Pero lo anterior no es nuevo, ya que Hernán Corral ya había adelantado en su oportunidad, señalando:

> "Se hace excepción, de este modo, a la regla tradicional de que 'todo daño debe ser indemnizado'. En efecto, se ha advertido que ciertas alteraciones menores al medio ambiente son, de alguna manera, inevitables y poco significativas, por lo que deben ser valoradas como socialmente tolerables"[16].

Enrique Barros, por su parte, asimila este requisito de significancia a la responsabilidad derivada de las relaciones de vecindad[17], entendiendo que hay ciertas molestias que todos deben soportar por el hecho convivir junto a otros. Justamente, podría entenderse que un daño que supera estas molestias de convivencia, es significativo.

En esa línea, apunta:

> "La determinación de si un daño es significativo obliga a distinguir entre lo que es una molestia que debe ser soportada como condición general de la vida en común y lo que es propiamente tal un daño indemnizable"[18],

cita que se encuentra transcrita en el considerando cuadragésimo tercero de la sentencia, en el que el Tribunal señala que la contaminación de las aguas no resulta tolerable como condición de la vida en común, compartiendo, entonces, el razonamiento del autor recién mencionado.

En este sentido, nos parece que el Tribunal razona de manera correcta, entendiendo que existen molestias que efectivamente surgen de una vida

[14] Mosset, Hutchinson y Donna (1999), p. 47.
[15] Femenías (2017), p. 236 ss.
[16] Corral (1999), p. 82.
[17] Barros (2010), p. 804.
[18] *Op. cit*, p. 805.

en comunidad y que de una u otra manera deben tolerarse. No obstante, el contaminar las aguas comunes mediante vertimiento de aguas crudas por sobre los límites permitidos, nos parece que excede el nivel de lo tolerable, en especial considerando que la presencia de ESSAL en la comuna obedece precisamente a la implementación de un sistema de tratamiento de aguas para estas no sean vertidas de forma directa al lago.

b) Causalidad

También nos parece relevante destacar la forma en que el Tribunal aborda el elemento de causalidad en esta sentencia, distinguiendo el análisis de causalidad que se hace en casos de responsabilidad civil –el cual es más estricto– del que se debe hacer en sede ambiental, donde es más difícil determinar el grado de participación exacto de un determinado actor.

El Tribunal fundamenta este criterio apuntando:

> "por regla general, los daños ambientales provienen de una pluralidad de autores y causas que, en sumatoria o en combinación, contribuyen a la producción del resultado final".

Dicho razonamiento es compartido por Jorge Bermúdez, quien manifiesta que la pluralidad de causas constituye uno de los temas más álgidos en materia de responsabilidad por daño ambiental. La dificultad que esto representa se acrecienta si luego hay que definir si dichas causas son concurrentes –como en el caso de la sentencia en comento– o complementarias[19].

A su vez, Enrique Barros, señala que la causalidad en juicios de daño ambiental plantea "particulares dificultades" y que

> "los daños ambientales provienen de causas difusas, atribuibles a diversos agentes, respecto de ninguno de los cuales es posible establecer una relación causal directa".

Adicionalmente, indica que los daños son con frecuencia soterrados, se producen con retardo o son atribuibles, *ex post*, a las más variadas causas eventuales, vinculándose a diversos contaminadores[20].

Por ello, Enrique Barros señala que es necesario recurrir a los criterios generales de responsabilidad contractual para resolver las cuestiones de

[19] Bermúdez (2018), p. 406. Al respecto, señala que, en las causas concurrentes, basta con solo una de ellas para producir el daño, si se suprime la otra hipotéticamente. Por otro lado, las causas complementarias son insuficientes para producir daño por sí mismas, pero unidas llevan a producir el resultado dañoso.

[20] Barros (2010), p. 806.

causalidad en materia ambiental, sin perjuicio de efectuar distinciones, en particular, en cuanto al grado de certeza necesario para establecer la relación causal, notando que en ciertos casos es posible configurarla cuando existe una probabilidad significativa de ello[21].

Así también lo entiende el Tribunal señalando:

> "corresponde ajustar o adaptar las categorías jurídicas tradicionales del derecho de daños a las particularidades en que se produce el daño ambiental por la clara injusticia que significaría dejar sin reparación un daño debido a que no puede precisarse con exactitud a cuánto asciende la contribución de uno de los agentes en el resultado final".

De lo anterior es posible concluir que al Tribunal le basta acreditar una relación de causalidad entre una acción y un daño ambiental para configurar la existencia de un vínculo de causalidad, sin que sea requisito el acreditar en qué medida dicha acción contribuyó al daño.

Esta distinción entre la responsabilidad por daño ambiental y la responsabilidad general en materia civil ha efectuado desde la generación de la Ley n.°19300, en cuyo Mensaje se señaló que la responsabilidad por daño ambiental exige para su concreción la infracción de normas ambientales[22]. Resulta interesante, como veremos más adelante, que el Tribunal se aparte de dicho mensaje en esta sentencia, por cuanto en este caso no estima necesaria la concurrencia de una infracción normativa para efectos de configurar la responsabilidad ambiental, sin perjuicio de que dicha infracción haya podido existir también (por el uso indiscriminado de los aliviaderos de tormenta). En este caso, al Tribunal le basta la existencia de una acción imputable al demandado para configurar la responsabilidad por daño ambiental, independiente de que esta constituya o no una infracción a una determinada norma. De la misma manera, el Tribunal ha dicho en ocasiones anteriores que la infracción de las disposiciones de una resolución de calificación ambiental o de medidas provisionales ordenadas por la Superintendencia del Medio Ambiente con autorización del tribunal ambiental, no constituyen necesariamente daño ambiental[23].

En esa línea, ESSAL intentó desacreditar la existencia de causalidad entre su actuar y el daño ambiental provocado, argumentando que existirían otros agentes que realizarían descargas de aguas mixtas al lago Llanquihue. Sin embargo, el Tribunal descartó dicho argumento toda vez que ESSAL no entregó antecedentes relativos al caudal que representan las descargas de

[21] Barros (2010), p. 806.

[22] Biblioteca del Congreso Nacional (1994), pp. 16-17.

[23] Tercer Tribunal Ambiental (2018), considerando quincuagésimo segundo.

dichos terceros y, de manera adicional, de los antecedentes entregados, fue posible comprobar que el aumento de nitrógeno en la bahía de Puerto Varas se generaba precisamente cuando se encontraban abiertos los aliviaderos utilizados por el demandado.

Por lo demás, el Tribunal, realizando un análisis lógico, señala que, si ESSAL recolecta y conduce las aguas servidas de toda la comuna, resulta más probable que su contribución a las descargas de aguas mixtas en la bahía de Puerto Varas, sea mayor que las otras.

Del lenguaje utilizado por el Tribunal, es posible afirmar que analiza en forma laxa el elemento de causalidad en este caso, toda vez que como señala en el considerando nonagésimo séptimo de la sentencia, de los antecedentes aportados no fue posible dimensionar la cantidad de agua a descargar por cada planta elevadora de aguas servidas. Por tanto, el Tribunal, con los antecedentes aportados, realiza un cálculo porcentual para obtener estos resultados, infiriendo la cantidad de agua a descargar por cada una de las plantas y concluyendo que esos volúmenes estimados

> "superan con creces cualquier estimación razonable que pueda hacerse del aporte que las "otras descargas" realizan a la bahía del Lago Llanquihue".

El Tribunal ya había realizado un procedimiento similar a la hora de configurar el elemento de causalidad en un caso anterior[24], en el cual existían múltiples fuentes emisoras de MP2,5 y MP10 en las localidades de Lota y Coronel. En dicha ocasión era imposible conocer las contribuciones individuales de cada una de estas fuentes para el año 2014, por cuanto las partes no habían aportado dicha información. Sin embargo, dicha información si existía para el año 2013, a partir de la cual el Tribunal infirió que servían de referencia para estimar los resultados del año 2014.

Así, es posible afirmar que la flexibilidad a la hora de analizar el elemento de causalidad ha sido adoptada con anterioridad antes del Tribunal y además, es un tema que ha sido abordado por Enrique Barros, quien, en relación justamente con la multiplicidad de causas, ha dicho:

> "confrontados con la realidad de las circunstancias que envuelven los daños ambientales, se hace evidente que estos se presentan como consecuencia de múltiples causas, es decir, es una causalidad compleja. Ello hace necesario utilizar criterios que permitan imputar la responsabilidad, y en definitiva la obligación de reparar, a quienes aparezcan como los más probables causantes del daño en cuestión. Se trata, en consecuen-

[24] Segundo Tribunal Ambiental (2018), considerando centésimo septuagésimo séptimo.

cia, de flexibilizar el rigor de las teorías clásicas utilizadas para dar por acreditado el requisito de la causalidad"[25].

Como ya se señaló, resulta común que el daño ambiental sea producido por una variedad de sujetos, siendo difícil realizar el análisis de causalidad de conformidad a las exigencias del derecho civil, cuestión que ha llevado a la jurisprudencia, en ciertas ocasiones[26], a rechazar acciones por no haberse probado el nexo causal entre la acción y el daño en función de los criterios civiles.

Por otro lado, ESSAL apela a un segundo argumento para intentar desvirtuar la existencia de causalidad entre su actuar y el daño ambiental producido al lago Llanquihue, que consistió en alegar que la utilización de aliviadores de emergencia se encuentra autorizada por el ord. n.° 3104 de 27 de julio de 2011, de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante SISS). Sin embargo, el Tribunal hace notar que el uso de estos aliviaderos está circunscrito a situaciones específicas, y señala que corresponde a ESSAL acreditar que se cumplieron los supuestos de hecho que autorizan el uso de los aliviaderos de emergencia, cosa que no hizo.

Es de importancia indicar que, en este caso, la carga de la prueba respecto al uso adecuado de los aliviaderos de tormenta recayó en el demandado, presumiendo el Tribunal que este uso no había sido el adecuado, a falta de prueba en contrario.

c) Culpa o dolo

En relación con el grado de culpa exigida a ESSAL para configurar la responsabilidad por daño ambiental, esta corresponde a determinar si se dio o no cumplimiento al deber general de actuar razonablemente.

Conforme a lo anterior, el Tribunal analizó la conducta efectivamente desplegada por el demandado en atención a los siguientes estándares:

i) Previsibilidad del daño;
ii) Grado de peligrosidad de la actividad realizada;
iii) Conocimientos técnicos y fácticos; y,
iv) Importancia del bien jurídico dañado.

Sobre estos puntos, es interesante observar que la sentencia se detiene en el análisis de la previsibilidad del daño, estableciendo que para el caso particular de ESSAL, esta previsibilidad se sostiene sobre dos elementos fundamentales:

[25] Barros (2010), p. 334.

[26] Corte Suprema (2010), rechaza casación en el fondo contra sentencia de Corte de Apelaciones de Copiapó (2008).

a) Haber tenido conocimiento de la existencia de conexiones irregulares de aguas lluvias al sistema de alcantarillado y, sin embargo, no haber desplegado durante años ninguna acción para haberlas identificado y procedido a su desconexión y
b) No haber recopilado información acerca de los caudales de aguas servidas y mixtas descargadas en el lago, imposibilitando, en consecuencia, la adopción de medidas preventivas.

Para el Tribunal, poseer el control de todos aquellos puntos de conexión ilegales y haber puesto en ejecución un plan para su efectiva desconexión, sumado a haber realizado un estudio de la composición de las aguas servidas y mixtas descargadas al lago al momento de usar los aliviaderos de tormenta, habría eliminado el elemento "previsibilidad del daño" del análisis de culpa.

Dicho de otra manera, el Tribunal concluye que el daño ambiental a las aguas del lago Llanquihue era perfectamente previsible por ESSAL, toda vez que no llevó adelante estas dos conductas fundamentales para haberlo tenido bajo control.

Ahora bien, en relación con la peligrosidad de la actividad realizada, el Tribunal estima que debido a los efectos que tiene sobre la población el vertimiento de aguas con altas concentraciones de coliformes fecales, resultaba adecuada una conducta exigible a un hombre razonable puesto en la situación de poner en riesgo la salud de las personas, lo que, como apuntamos en el párrafo anterior, no ocurrió en este caso.

En relación con los conocimientos técnicos y fácticos de ESSAL, el Tribunal determinó que su posición de concesionario de un servicio público de recolección y disposición de aguas servidas, por ende, ser un sujeto regulado altamente calificado o experto, lo obligaba a adoptar medidas de prevención para minimizar o neutralizar el uso de aliviaderos de tormenta. Como señala Jorge Femenías:

> "es el titular del proyecto o actividad el experto que mejor conoce los alcances de su empresa y, por lo tanto, de los impactos y daños ambientales que la misma puede generar. En tal sentido y también en armonía con los postulados del principio precautorio, es él quien tiene la primera obligación de anteponerse a cualquier situación de riesgo que pueda devenir en un daño ambiental"[27].

Conforme a la culpa, el Tribunal va más allá y realiza una enumeración de las actuaciones que considera como mínimas para dar cumplimiento a un

[27] Femenías (2017), p. 243.

estándar razonable de conducta de una empresa sanitaria en relación con el uso de sus aliviaderos de tormenta, las cuales se indican en el considerando centésimo vigésimo tercero.

4. Conclusiones

De la lectura y análisis de esta sentencia, es posible observar que el Tribunal, frente a una demanda por daño ambiental, adopta una postura de cierta manera "pro demandante", donde incorpora en cada uno de los ítems constitutivos del daño, una cuota de laxitud que le permite tener por configurado el mismo sin la exigencia de requisitos rígidos, más propios de la responsabilidad civil, como ya se ha señalado.

En este sentido, el hecho de que el Tribunal en primer lugar flexibilice los requisitos para interponer la demanda por daño ambiental, luego, al momento de analizar la significancia del daño producido, adopte una postura preventiva añadiendo el daño acumulativo y posteriormente al analizar la causalidad, infiera ciertos resultados que responsabilizan al demandado a partir de la falta de prueba en contrario, parece razonable, dada la naturaleza del concepto mismo de daño ambiental y como este puede abarcar distintos espectros que requieren conocimientos técnicos y precisos con los que muchas veces no es posible contar en un principio o que son imposibles de determinar con exactitud durante la sustanciación del juicio, pese a lo evidente del daño.

Lo anterior, además, refleja de manera acertada la relación entre el principio preventivo y el deber del Estado de cuidar del medio ambiente. En efecto, como apuntan Jorge Femenías y Ricardo Irarrázaval, dicha prevención es precisamente el fundamento de las concreciones prácticas que derivan del deber de cuidado del ambiente, entre las que se encuentra :

> "iii) la necesidad de contar con un régimen de responsabilidad ambiental y de sancionar conductas que atenten contra él, así como de perseguir la reparación del entorno en los causantes del daño, y su respectivo correlativo de soportar las sanciones y el deber de reparar el daño causado"[28].

En consecuencia, el despliegue de una postura laxa y preventiva por parte de los tribunales ambientales pareciera ser una solución efectiva para que este tipo de demandas prosperen y las eventuales consecuencias dañinas de los actos o infracciones cometidas puedan ser efectivamente abordadas,

[28] Femenías e Irarrázaval (2019), p. 57.

reparadas o ambas, en cumplimiento de la obligación del Estado de velar por el debido cuidado del ambiente. No obstante, el Tribunal debe ser responsable en la aplicación de este criterio, bajo riesgo de caer por último en una postura que pueda afectar su imparcialidad.

Bibliografía

Barros, Enrique (2010). *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Bermúdez, Jorge (2018). *Fundamentos de derecho ambiental*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Corral, Hernán (1999). "El sistema de impacto ambiental y la responsabilidad civil por daño al medio ambiente", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. 1 n.° 1, enero-junio.

Femenías, Jorge (2017). *La responsabilidad por daño ambiental*, Santiago: Ediciones UC.

Femenías, Jorge (2017). "La culpabilidad en la responsabilidad por daño ambiental y su relación con el sistema de evaluación de impacto ambiental", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, tomo xlviii, Valparaíso, 1er semestre.

Femenías Jorge e Ricardo Irarrázaval (2019). "El deber de cuidar el medio ambiente como principio jurídico del derecho ambiental". *Principios de Derecho ambiental y agenda 2030*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Luengo, Sebastián (2017). "Responsabilidad por daño ambiental: configuración jurisprudencial de la significancia", en *Justicia Ambiental*, n.° 9, Santiago.

Mosset, Jorge, Tomás Hutchinson y Edgardo Donna (1999). *Daño ambiental*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Valenzuela, Rafael (2010). *El derecho ambiental, presente y pasado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Copiapó (2008). Rol n.° 557-2006, sentencia de 5 de marzo..

Corte Suprema (2010). Rol n.° 2107-2008, sentencia de fecha 29 de julio.

Corte Suprema (2011). Rol n.° 5826-2009, sentencia de 28 de octubre.

Corte Suprema (2015). Rol n.° 27.720-2014, sentencia de 10 de diciembre.

Corte Suprema (2016). Rol n.° 32.144-2015, sentencia de 23 de junio.

Corte Suprema (2018). Rol n.° 37.273-2017, sentencia de 2 de abril.

Segundo Tribunal Ambiental (2018). Rol n.° D-7-2015, sentencia de 31 de diciembre.

Tercer Tribunal Ambiental (2018). Rol n.° D-19-2016, sentencia de 11 de julio.

Tercer Tribunal Ambiental (2019). Rol n.° D-21-2016, sentencia de 28 de marzo.

Otros

Biblioteca del Congreso Nacional (1994), *Historia de la Ley* n.° 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, mensaje presidencial. Disponible en https://www.bcn.cl/leychile/N?i=30667&t=0 [fecha de consulta: abril 2020].

LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

FRANCISCA BARRIENTOS CAMUS, *LECCIONES DE DERECHO DEL CONSUMIDOR*, SANTIAGO: THOMSON, 2019, 252 PP.[1]

Hay muchas razones por las cuales Francisca Barrientos Camus es una autora que merece ser leída. Desde luego, una de las más importantes radica en su prolífica y rigurosa producción científica, la cual se ha ido desarrollando a la par del aumento progresivo de literatura chilena sobre el derecho de consumo. En efecto, si hace algunos años en el estudio del estatuto jurídico aplicable a la relación de consumo se debía necesariamente recurrir a la abundante bibliografía foránea, hoy resulta imperativo también revisar los análisis nacionales.

El trabajo de la autora, además, goza del privilegio de ser abordado a partir de diversos prismas, en el sentido de que proviene de quien se ha vinculado con el área de investigación desde diversos campos de acción. Lo anterior, por cuanto, habiendo desarrollado una impecable carrera académica, se desempeña en la actualidad como subdirectora jurídica de la Institucionalidad de Protección al Consumidor (Sernac). *Thesis* y *praxis*, por lo tanto, son tomados en consideración en igual rango de importancia, al momento de dilucidar los dilemas que la deficiente redacción de la Ley n.º 19496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC) nos ha venido concediendo desde que entró en vigencia.

Por otra parte, dentro del innegable interés que suscita el derecho de consumo en el ámbito jurídico, principalmente –aunque no de forma exclusiva– *ius privatista*, la autora destaca por ocupar un lugar en particular importante en él. Su pluma lo ha abordado a partir de distintos formatos, entre ellos, comentarios de sentencias, capítulos de libros, artículos de investigación, columnas de opinión y monografías.

Con todo, el libro que reseñamos, surge de la sistematización de textos ya publicados, a los cuales se agrega, también, material inédito. Abarca principalmente cuatro grandes temas: el ámbito de aplicación de la LPDC, los deberes precontractuales, la contratación en masa y la garantía legal.

[1] Reseña publicada en *El Mercurio Legal*, 27 de enero de 2020.

El primero de ellos ha dado origen a diversas discusiones, sobre las cuales la doctrina y la jurisprudencia muchas veces no han logrado llegar a acuerdo. En efecto, la técnica legislativa utilizada no explicita con claridad el sistema general de aplicabilidad de la LPDC, ni tampoco su campo de vigencia a aquellas materias que han sido reguladas por leyes especiales. La reforma del año 2004 (Ley n.° 19955) en tanto, pese a sus buenas intenciones, no logró conferir las certezas que nuestro sistema de consumo reclamaba. El aporte, por lo tanto, de esta Primera Lección, radica en proponer una respuesta sistematizada al problema planteado. Su título en todo caso, evidencia la tesis –acertada, por cierto– que la misma autora había venido postulando desde hace tiempo, en orden a hacer radicar en la relación de consumo la vigencia de la LPDC.

La Segunda Lección por su parte, se hace cargo de algunos aspectos relacionados con actos que tienen lugar con anterioridad a la celebración del contrato de consumo, y los posibles efectos jurídicos que pueden surgir de ellos. Resulta destacable que no solo alude a los deberes precontractuales del proveedor –cuyo tratamiento desde luego abarca la mayor parte de la extensión– sino que, también, a aquellos que pudieran exigirse del consumidor, en orden a evitar engañarse o confundirse, en directa relación con los imperativos consagrados en el art. 3 de la LPDC.

La contratación en masa, en tanto, es analizada a través del examen de la contratación por adhesión y las condiciones generales de la contratación. Si bien se trata de una distinción ampliamente reconocida por legislaciones foráneas, en nuestro país suele cobrar mayor relevancia a propósito de ciertas convenciones particulares como el seguro. Con todo, el mérito de la Lección Tercera radica en que no solo aborda con precisión técnica el control de fondo de los contratos por adhesión, sino que, también, el que se refiere a la forma, cuestión que ha contado con un tratamiento numéricamente menor por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional.

El texto culmina con la revisión de los regímenes de garantías reconocidos en la LPDC y que sirven de mecanismos de tutela de aquel consumidor que ha adquirido un producto con alguna falla o disconformidad. De esta manera, la autora analiza en primer lugar la garantía legal, a partir de sus presupuestos y efectos, proponiendo, además, su vinculación con los vicios redhibitorios del derecho común. Niega, asimismo, la existencia de una jerarquía remedial entre las prestaciones propias de la triple opción, esto es, el cambio del producto, la devolución del precio (resolución) o la reparación del bien. Por último, se refiere a las garantías convencionales y voluntarias, las cuales, como correctamente expresa el texto, no pueden restringir ni limitar los derechos mínimos que la LPDC ha otorgado al consumidor-comprador.

El libro que reseñamos, por lo tanto, constituye un texto fundamental y de lectura obligatoria para todos aquellos que nos vinculamos con el derecho de consumo.

Erika Isler Soto
Universidad de Talca

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO 8 - N° 16 - ABRIL DE 2019

Revista del Centro de Justicia Constitucional
ISSN 0719-2959
www.derechoiberoamericano.cl

Presentación

Estudios

Derechos fundamentales

Rodrigo Céspedes: Fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos: El problema de los símbolos religiosos en Francia

Rodrigo Pablo: Protegiendo la libertad de emitir opinión en los campus universitarios: Una mirada al discurso ofensivo desde la experiencia estadounidense

Alejandro Lagos: El vilipendiado "principio de subsidiariedad" en Chile: Antología de malentendidos

Teoría constitucional

Iván Aróstica: De la constitución vigente a la constitución viviente

Luis Alejandro Silva y Gustavo Adolfo Díaz: La política: un límite a la competencia del Poder Judicial. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema Marelic con Servel y otro, de 8 de noviembre de 2017

Filosofía política

Juan Fernando Segovia: Consenso calvinista, conformidad, intolerancia religiosa y disciplinamiento político anglicano. Desde Enrique VIII al acta de tolerancia de Guillermo

Comentarios de jurisprudencia

Eduardo Soto Kloss: Responsabilidad de las municipalidades

Recensiones

Julio Alvear Téllez: *La Dignité Humaine. Heurs et malheurs d´un concept maltraité* de Bernard Dumont, Miguel Ayuso, Danilo Castellano

Siglas y abreviaturas

Instrucciones para los autores

ÍNDICE
REVISTA *IUS PUBLICUM* N° 44/2020
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Estudios

Sergio Raúl Castaño: *Las reservas y declaraciones interpretativas frente a los derechos del Estado*
Jorge Mendioroz: *El asedio a la familia por la ideología de género. Algunas ideas para la acción*
Lautaro Ríos Álvarez: *El principio constitucional de inexcusabilidad resolutiva*
Eduardo Meins Olivares:*El recurso de queja y la reforma procesal penal*
Eduardeo Soto Kloss: *La confianza legítima y el derecho administrativo chileno: de cómo se "legisla" por la vía de dictámenes contralores y sentencias judiciales, con total desprecio de la Constitución*

In Memoriam

Jorge Paña Vial: *Juan de Dios Vial Larraín 10/08/1924-7/11/2019*

Crónica

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. Reflexiones éticas: Héctor Aguer, Francisco José Delgado, Joseph Miró ¡Ardévol, Álvaro de la Peña, Javier Gutiérrez, Gregorio Luri, Ramiro Mendoza Zuñiga, Jorge Nicolás Lafferriere, Miguel Vinuesa, Juan Manuel de Prada, *Reflexiones fuertes*: María Menéndez, Harald Beyer, Loreto Cox, Alonso Gracián

Documentos

Magisterio Pontificio: *Discurso del santo padre Francisco a los participantes en la asamblea plenaria de la Academia Pontificia para la Vida, Sala Clementina (lunes, 25 de junio de 2018). Mensaje del santo padre Francisco, III Jornada Mundial de los Pobres, Domingo XXXIII del Tiempo Ordinario (17 de noviembre de 2019). Discorso di Paolo VI ai membri del Pontificio Seminario Lombardo (sabato, 07 diciembre 1968). La crisis de fe en el siglo xxi: causas y salidas,*

Mons. Athanasius Schneider. La importancia de la educación en la misión de la Iglesia de hoy, cardenal Robert Sarah

Actualidades

I. Orden y desorden (en Chile)
II. Insurrección revolucionaria
III. Sucedido en Chile
IV. Las redes "nómades" y su estrategia rumbo al caos
V. El complot
VI. Chile: ¿remate al mejor postor?
VII. Carabineros de Chile: gracias

Jurisprudencia

Corte Suprema (19.08.2019). Arenera Price Ltda. c/Municipalidad de Hualpén (responsabilidad Municipal/Ley N° 18.695, art. 152) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
Corte Suprema (22.10.1908). Ochoa con Fisco (responsabilidad del Estado/Fisco) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
Corte Suprema (16.09.2019). Paredes Álvarez c/Municipalidad de Quilpué (recurso de protección/igualdad ante la ley) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
Tribunal Constitucional. 15 de noviembre 2019. Requerimiento de cesación en el cargo parlamentario (Constitución Política art. 93 inc. N° 14

Recensiones y reseñas bibliográficas

Recensiones
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

Actualidad Jurídica es un aporte a la ciencia jurídica y a la sociedad chilena, que se enmarca en la responsabilidad pública que incentiva y potencia la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. A través de esta publicación, también se contribuye a una cultura jurídica que genera valor para la comunidad, se apoya la formación y perfeccionamiento de profesionales y se difunde la investigación científica, con énfasis en temas de actualidad.

Desde su presentación, en enero del año 2000, la revista ha favorecido el debate jurídico en materias contingentes, con una mirada técnica, nutriendo la discusión pública, con la finalidad de colaborar a la construcción de una sociedad libre y responsable.

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho