ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año xxii, N° 44 – Julio 2021

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
Sofía Sallorenzo Fischer

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
Eduardo Andrades Rivas

Representante Legal
Federico Valdés Lafontaine

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

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

Impresión
Versión, Producciones Gráficas Limitada

ÍNDICE DE CONTENIDOS

- Presentación 7
- *In memoriam* del profesor Christian Larroumet 11

I. Tema central: Nuevos temas en derecho económico y derecho comercial

- Nuevas exigencias de transparencia, mayores responsabilidades para los gobiernos corporativos y más regulaciones para los agentes de mercado. Impacto de la Ley n.º 21314 en el mercado financiero (Francisco Pfeffer Urquiaga) 15
- Dolo anticompetitivo: Responsabilidad civil del agente económico coaccionado, y en especial la del delator compensado (Felipe Vega Gómez) 53
- La agrupación de interés económico como herramienta de fomento al emprendimiento (2ª parte): ¿Por qué implementarla en Chile? (Alejandro Lagos Torres)..... 95
- ¿Colusión, yo? No señor, mi algoritmo fue. (María Francisca Labbé Figueroa) 131
- Compliance, responsabilidad social y ética empresarial (María Fernanda Juppet Ewing) 143
- Análisis normativo de la incorporación de la regla fiscal al sistema presupuestario chileno (Tomás de la Maza Bengoa)..... 157
- Portabilidad financiera Ley n.º 21236 (Joel González Castillo)..... 179
- *DIP Financing* en el *Código de Quiebras* de Estados Unidos: Regulación y experiencia (Gonzalo R. Gutiérrez)..... 207

II. Estudios y ensayos

- Los derechos sociales y la nueva Constitución: Tensiones y desafíos técnicos (Gastón Gómez y José Francisco García) 229
- La potestad dictaminante de la Contraloría y las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales (Enrique Navarro Beltrán)..... 279
- El concepto de familia como principio general de derecho ante su ausencia en los textos constitucionales de 1823 a 1980 (María Laura Ducci Arceu)..... 313
- El derecho a la tramitación *(Ius ut procedatur)*como un derecho subjetivo del Convencional constituyente (John Smok Kazazian y Pablo Ignacio Celedón González)..... 335
- Análisis jurisprudencial de los elementos del precario. La existencia de un título que justifique la tenencia (Fernando José Rabat Celis)..... 365
- El derecho de autor y la sociedad conyugal (Cristián Fernández Lama)..... 379
- La obligación *in solidum* en el derecho francés. Su proyectada adopción por el sistema chileno (Renzo Munita Marambio y Cristián Eduardo Aedo Barrena) 411
- Elementos para una legislación climática efectiva y el necesario cambio de paradigma en la gestión ambiental (Robert Currie Ríos y Paulina Sandoval Valdes) 449

- Estado de derecho y bloque de constitucionalidad ambiental. Primera parte (Raúl Campusano Droguett e Ignacio Carvajal Gómez)..... 483
- La seguridad social como garantía explícita en las Constituciones de los países mejor evaluados por el *ranking* de Mercer (Andrés Romero Werth) 535
- Derechos adquiridos y en curso de adquisición: Aproximación en los sistemas de pensiones (Hugo Cifuentes Lillo, Andrés Romero Werth y Marco Vásquez Bermejo) 555

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.° 18, Universidad del Desarrollo, abril de 2021 583
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, n.° 46/ marzo de 2021 585

PRESENTACIÓN

Manteniendo el propósito de contribuir al debate jurídico sobre materias contingentes, dentro del sello de responsabilidad pública que nuestra casa de estudios releva, el presente número hace hincapié en la importancia de las nuevas regulaciones en derecho económico y comercial. Este es el tema central del presente número.

Hemos comenzado nuestra actual edición rindiendo un sentido y justo homenaje a la memoria del profesor Christian Larroumet, destacado jurista francés, reconocido por su enorme calidad humana y profesional, y particularmente generoso en los primeros años de esta Facultad.

Comienza nuestro Tema Central con el trabajo de Francisco Pfeffer, destacado profesor de la Universidad del Desarrollo, donde aborda el impacto de la reciente aprobada Ley n.º 21314 en el mercado financiero. Esta ley establece nuevas exigencias de transparencia, mayores responsabilidades para los gobiernos corporativos y más regulaciones para los agentes de mercado. Una política de Estado impulsada por dos gobiernos de diferentes coaliciones políticas, debatido en el Congreso de forma acusiosa por poco más de cinco años.

Luego, Felipe Vega en su trabajo titulado "Dolo anticompetitivo: Responsabilidad civil del agente económico coaccionado, y en especial la del delator compensado", analiza la hipótesis de coacción en la legislación antimonopólica y la responsabilidad reparatoria que se genera sobre el agente económico que la padece, proponiendo una solución para aquellos casos de ilícitos anticompetitivos dolosos en que el elemento subjetivo del tipo se verifica con dolo no intencional.

Alejandro Lagos, destacando la importancia del emprendimiento para nuestro país, analiza el estatuto regulatorio para luego intentar esbozar un régimen jurídico para una futura agrupación de interés económico chilena capaz de superar las ineficiencias que señala, algunas generales y otras en particular respecto de los diferentes tipos societarios de nuestro ordenamiento jurídico. Termina proponiendo un régimen jurídico para una futura agrupación de interés económico chilena que, en su parecer, será capaz de superar los inconvenientes que observa.

Respecto de asuntos tan propios de nuestros tiempos, como la inteligencia artificial en el desarrollo de los procesos de *machine learning* y cómo estos impactan en la toma de decisiones que, en algunos casos, se han argüido como defensa en causas sobre posibles colusiones, Francisca Labbé nos

ofrece una mirada novedosa y con un atractivo título "¿Colusión, yo? No señor, mi algoritmo fue".

En cuanto a la responsabilidad social empresarial, en particular aquellas materias que tienen relación con compliance, Fernanda Juppet analiza herramientas de autorregulación corporativa, sosteniendo que, con su aplicación, se logra formar un sistema autonormativo que direcciona las actuaciones de las empresas que las incorporan, facilitando la toma de decisiones estratégicas desde una perspectiva coherente.

Tomás de la Maza desarrolla un tema que ha ido cobrando cada vez mayor importancia a propósito de las crisis que ha enfrentado nuestro país en el último tiempo: la responsabilidad fiscal y su relevancia para el progreso. Así, acentúa la significancia de la Regla Fiscal del Balance Estructural, sobre la cual se ha orientada la política fiscal chilena en las últimas dos décadas, permitiendo a Chile llevar una política fiscal responsable y sostenible durante el tiempo. Su trabajo, ofrece un análisis sistemático de los alcances e implicancias de la incorporación de esta regla en el sistema presupuestario chileno.

Por otra parte, Joel González analiza una novedosa regulación en nuestro ordenamiento jurídico: la ley de portabilidad financiera. Explica esta nueva figura que ofrece mejores condiciones de competitividad que derivan en beneficios y mejores ofertas para las personas.

Con el artículo de Gonzalo R. Gutiérrez concluye nuestro Tema Central, donde nos presenta una herramienta fundamental en el proceso de reorganización de las empresas que se acogen bajo la protección del capítulo 11 del *Código de Quiebras* de Estados Unidos, un tema que se conoce como Debtor-in-Posession (DIP) Financing. Junto con explicarla, nos ofrece una selección de casos que permiten acercarse a cuál ha sido la posición de los tribunales en la aplicación de este mecanismo de financiamiento.

Respecto a nuestra sección de temas misceláneos, comienza la revista abordando temas sobre derecho constitucional.

Los profesores Gastón Gómez y José Francisco García examinan algunos de los aspectos fundamentales del tratamiento normativo de los derechos económicos, sociales y culturales, a la luz del proceso constituyente chileno, sosteniendo que la dimensión técnica de este debate no ha sido considerada seriamente, con precisión y rigor, aportando con la experiencia comparada que ha permitido consagrar los derechos sociales. Además, dan cuenta de la importancia de los principios interpretativos de Estado social, los principios de progresividad y no regresividad en el contexto de los tratados internacionales de derechos humanos, y el de responsabilidad fiscal.

A su vez, Enrique Navarro revisa los límites a la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República y, especialmente, la circunstancia

de que no debe inmiscuirse en las atribuciones propias de los tribunales de justicia.

María Laura Ducci, desarrolla el concepto de familia y la relevancia que cobra hoy a propósito de la dinámica legislativa respecto a este tema, señalando que la discusión se ha dado especialmente en el ámbito constitucional y la doctrina que contiene al respecto en su normativa. Para iluminar la discusión recalca que ninguna de nuestras constituciones anteriores se pronunció respecto a la familia y su protección, logrando que esta institución haya operado como un principio general de derecho sustentado en un monolítico acuerdo social y que, cuando este se quiebra aparece la necesidad de protección y, por tanto, de regulación.

Siguiendo con la discusión constitucional, esta vez, desde otra perspectiva, los abogados John Smok y Pablo Celedón publican su trabajo "El derecho a la tramitación como un derecho subjetivo del Convencional constituyente", sosteniendo que el juego de mayorías y minorías en toda asamblea legislativa demanda el reconocimiento y protección de ciertos derechos, principalmente el de la tramitación de todos los documentos que contengan propuestas normativas, para que ninguna propuesta sea descartada sin previo debate. De lo contrario, a juicio de los autores, el ejercicio efectivo del cargo confiado por el cuerpo electoral carecería de contenido.

En materia de derecho civil, el profesor de nuestra Facultad, Fernando Rabat, analiza uno de los elementos del precario simple, el título que puede utilizar el demandado para justificar la tenencia de la cosa.

Cristián Fernández examina la cuestión relativa a si los derechos de autor cuyos titulares se encuentran casados bajo régimen de sociedad conyugal tienen la naturaleza de bienes propios o sociales.

Los profesores Renzo Munita y Cristián Aedo, explicitan el interés de parte de la academia chilena actual por el reconocimiento de las obligaciones ***in solidum***, mejor denominadas concurrentes o por el total no solidarias.

Respecto a regulación medioambiental, los abogados Paulina Sandoval y Robert Currie abordan los aspectos que señalan como claves a ser considerados para una legislación climática efectiva y eficiente, como así también remarcan lo que consideran un necesario cambio de paradigma en la gestión ambiental, en general, y climática, en particular. Así, su artículo describe lo que denominan las brechas que presenta la acción climática en el ámbito institucional, funcional y estructural, y la forma en que estas podrían ser superadas a partir de una lógica regulatoria que considere la naturaleza transversal de este fenómeno.

Raúl Campusano, junto a Ignacio Carvajal, presentan su artículo "Estado de derecho y bloque de constitucionalidad ambiental", que busca relevar la importancia de las convenciones internacionales ambientales para

el país, las que, habiendo sido incorporadas a su ordenamiento jurídico interno, establecen derechos y obligaciones determinadas en sus respectivas materias, y pueden acarrear la responsabilidad internacional del Estado de Chile ante el incumplimiento de las mismas. Esta atingente preocupación se tradujo en un trabajo que, debido a su extensión, ha sido dividido en dos partes. La primera, publicada en este número y, la segunda, en el número de enero del próximo año.

En materia de seguridad social, Andrés Romero con su trabajo "La seguridad social como garantía explícita en las Constituciones de los países mejor evaluados por el ranking de mercer" (reconocida encuesta que mide la calidad de vida de los países), señala que, a propósito del proceso constituyente que vive Chile y su correspondiente debate en seguridad social, y particularmente su aplicación al sistema de pensiones, revisa este comentado *ranking*, con el fin de conocer la experiencia internacional en la materia.

Asimismo, Andrés Romero, junto a Hugo Cifuentes y Marco Vásquez, señalan en su trabajo "Derechos adquiridos y en curso de adquisición: aproximación en los sistemas de pensiones", que el cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones involucra un extenso lapso de tiempo, durante el cual estas prestaciones son menos que un derecho, pero más que una expectativa.

De esta forma concluye nuestra revista n.° 44. Hemos procurado poner el acento en materias económicas, comerciales y fiscales, con aportes en asuntos tan novedosos como importantes, sin dejar de lado otras materias misceláneas de especial relevancia en nuestra coyuntura, destacando discusiones en materia constitucional, civil, ambiental y de seguridad social.

EL DIRECTOR

IN MEMORIAM
Del profesor Christian Larroumet

No es sino con hondo pesar que la comunidad universitaria se impuso, durante el mes de julio de 2021, de la partida del profesor de la Universidad de París 2, Panthéon-Assas, Sr. Christian Larroumet. Uno de los grandes civilistas galos de nuestro tiempo, original y creativo en sus ideas, defensor a ultranza de sus convicciones jurídicas, franco hasta el extremo y afectuoso como pocos. Mantuvo un estrecho vínculo con Latinoamérica, con fructíferos intercambios con México, Brasil, Colombia, Argentina y nuestro país, visitando en numerosas oportunidades la Facultad de Derecho de esta casa de estudios superiores en sus sedes de Concepción y Santiago. Su generosidad académica hacia nuestro continente se expresó a través de la *Association Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains*, pero también a través de un decidido apoyo a la formación de posgrado y permanente trato con juristas que hoy legítimamente se enorgullecen de ser sus discípulos. Entre sus múltiples legados se cuenta su *Tratado de derecho civil*, que comprende la introducción al derecho privado y el derecho de los bienes, las obligaciones y los contratos y la responsabilidad extracontractual. La Facultad manifiesta, a través de este testimonio, su más sentido pésame a su familia, colegas, discípulos y amigos.

Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo
Chile

TEMA CENTRAL

"Nuevos temas en derecho económico y derecho comercial"

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

NUEVAS EXIGENCIAS DE TRANSPARENCIA, MAYORES RESPONSABILIDADES PARA LOS GOBIERNOS CORPORATIVOS Y MÁS REGULACIONES PARA LOS AGENTES DE MERCADO. IMPACTO DE LA LEY N.°21314 EN EL MERCADO FINANCIERO*

NEW TRANSPARENCY REQUIREMENTS, GREATER RESPONSIBILITIES FOR CORPORATE GOVERNANCE AND MORE REGULATIONS FOR MARKET AGENTS. IMPACT OF THE LAW No. 21314 ON THE FINANCIAL MARKET

Francisco Pfeffer Urquiaga

RESUMEN: En el presente artículo se describen y analizan las principales reformas introducidas por la Ley n.º 21314, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile* con fecha 13 de abril de 2021 y cuya entrada en vigencia, en parte importante, está supeditada a la dictación por parte de la Comisión para el Mercado Financiero de una gran cantidad de normas reglamentarias. Se abordan las modificaciones introducidas a la Ley de Mercado de Valores (n.°18045), a la Ley de Sociedades Anónimas (n.°18046); las nuevas regulaciones introducidas para la industria de servicios de asesoría de inversión; los cambios introducidos al DL n.°3500, con las reformas referidas a la asesoría previsional y la nueva figura del asesor financiero previsional; y los cambios que se le hacen

* Abogado Universidad de Chile. Profesor del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo: franciscopfeffer@pfeffer.cl

a la Comisión para el Mercado Financiero (DL n.°3538), con la introducción de la nueva figura del denunciante anónimo.

Palabras clave: Transparencia, agentes de mercado, Ley n.° 21314, mercado financiero, denuncia anónima.

Abstract: This article describes and analyzes the main reforms introduced by Law No. 21,314, published in the *Official Gazette* on April 13, 2021 and whose entry into force, in important part, is subject to the issuance by the Financial Market Commission of a large number of regulatory standards. The amendments introduced to the Securities Market Law (No. 18,045), to the Corporations Law (No. 18,046); the new regulations introduced for the investment advisory services industry; the changes introduced to DL No. 3,500, with the reforms referred to the Pension Advisory and the new figure of the Pension Financial Advisor; and the changes made to the Financial Market Commission (DL No. 3,538), with the introduction of the new figure of the anonymous whistleblower, will be addressed.

Keywords: Transparency, Market agents- law 21,314, Financial market, Aanonymous whistleblowing.

Antecedentes

En lo que sigue se hará una pequeña síntesis de los antecedentes más importantes que se tuvieron a la vista en la tramitación de lo que hoy es la Ley n. °21314, extractando los aspectos más relevantes del Mensaje del Ejecutivo y de los informes de las diversas comisiones legislativas que participaron en su tramitación, que dan cuenta del fundamento de las modificaciones introducidas.

De este modo, el lector podrá apreciar en qué etapa de la tramitación del proyecto de ley y con qué fundamentos se fueron incorporando las nuevas regulaciones que finalmente se aprueban con la dictación de la Ley n.° 21314.

Mensaje del Ejecutivo

El proyecto de lo que es la actual Ley n.° 21314, inició su tramitación mediante mensaje del Ejecutivo[1] con la idea matriz de establecer nuevas exigencias de transparencia y reforzamiento de responsabilidades de los agentes de mercado.

[1] *Boletín* 10.162-05, de 1 de julio de 2015.

En el Mensaje solo se incluyó la propuesta de modificar la Ley de Mercado de Valores (LMV) y la Ley de Sociedades Anónimas (LSA). Lo que se busca con el proyecto, se dijo, es, en primer término, perfeccionar los mecanismos destinados a evitar abusos a los accionistas minoritarios, ya que más allá de los avances que significó el mecanismo de Oferta Pública de Adquisición y los estándares de gobierno corporativo introducidos por la Ley n.° 20382, aún existe espacio para brindar mayor protección a los intereses de los referidos accionistas. Se precisó que también se busca avanzar en profundizar los mecanismos que limitan los conflictos de interés al interior de la administración de las empresas e incorporar regulaciones para precisar las responsabilidades de las empresas de auditoría externa, y establecer sanciones cuando dictaminen falsamente sobre la situación financiera de una entidad sujeta a fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, hoy Comisión para el Mercado Financiero (CMF).

En concreto, en el ámbito de la Ley de Mercado de Valores, se propuso facilitar la actuación de los llamados *market makers*[2], para lo cual se plantea modificar el artículo 52, levantando la restricción de que las actividades tendientes a la estabilización de precios tengan que apuntar únicamente a llevar adelante una oferta pública de valores nuevos o de valores anteriormente emitidos, pero que no habían sido objeto de oferta pública, dejando sujetas estas actividades a la restricción de cumplir las reglas de carácter general que al efecto imparta la Superintendencia, hoy CMF.

Se propone, además, reforzar la responsabilidad tanto de los órganos de administración de las empresas como de la Superintendencia frente a situaciones que generen perjuicio al mercado o a los inversionistas, para lo cual se plante modificar el artículo 59, incorporando dentro de los supuestos que pueden ser sancionados con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo la entrega de información maliciosamente falsa al directorio u órgano de administración de un emisor de valores de oferta pública o a una empresa de auditoría externa o clasificadora de riesgo, por parte de los directores, administradores, gerentes o ejecutivos principales de ese emisor. Complementariamente, se propone reemplazar el inciso segundo del artículo 61, eliminando la exigencia de manejo de información privilegiada por parte de quienes se desempeñan en la Superintendencia o en alguna de las entidades fiscalizadas por ella, para configurar el agravamiento de la pena, en caso de difusión de información falsa o tendenciosa que tenga por objetivo inducir a error en el mercado de valores.

[2] Por *market makers* se entienden aquellos actores institucionales (bancos, bancos de inversión), que participan activamente proveyendo liquidez en el mercado. Contribuyen a evitar cambios demasiado bruscos en los precios y, por, sobre todo, dan certeza a los otros participantes en el mercado de la existencia de una contraparte con la cual transar.

En relación con la entrega de información a los inversionistas, se propone introducir modificaciones al artículo 65, orientadas a imponer la obligación a quienes realicen recomendaciones de inversión de explicitar los conflictos de interés que puedan tener, así como sus conocimientos o experiencia en temas de inversión. Conjuntamente, se plantea establecer que el otorgamiento de dicha información deberá cumplir con los requisitos que, mediante norma de carácter general, establezca la Superintendencia de Valores y Seguros, hoy CMF.

Adicionalmente, en materia de responsabilidad de las empresas de auditoría externa, se propone incorporar una serie de perfeccionamientos destinados a generar una mayor eficacia y eficiencia en el control que efectúan estas entidades, para lo cual se plantea perfeccionar el artículo 59 precisando que la responsabilidad penal por dictaminar falsamente sobre la situación financiera de la entidad sujeta a fiscalización es tanto respecto a los empleados como los socios de empresas de auditoría externa, que hubieren participado directamente en la auditoría. Igualmente, se propone ampliar la hipótesis de sanción a aquellos casos en que se entreguen antecedentes falsos.

Se plantea modificar el artículo 60 incorporando a los supuestos que llevan aparejada la sanción de presidio menor en cualquiera de sus grados, a quienes actuaren en forma encubierta como empresa de auditoría externa, sin registrarse o bajo una inscripción suspendida o cancelada y a los socios y administradores de empresas de auditoría externa que revelen información reservada de las empresas que auditan.

Por último, se plantea potenciar el papel de las empresas de auditoría externa, eliminando el listado taxativo que actualmente contempla el artículo 246 relativo a las materias que les corresponde examinar, sustituyéndolo por una cláusula abierta que permite ampliar sus ámbitos de certificación más allá de los estados financieros de las compañías que auditan.

En relación con la Ley de Sociedades Anónimas, se postula una regulación más estricta cuando se trata de operaciones entre partes relacionadas, para lo cual se propone incorporar dentro de los supuestos en los que se presume la responsabilidad solidaria de los directores por los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas, cuando se aprueben operaciones en contravención a lo dispuesto en la ley en materia de derecho de abstención y operaciones con partes relacionadas. Se plantea establecer que los accionistas minoritarios tendrán derecho a retiro en caso de aprobarse por la junta de accionistas operaciones con partes relacionadas que estimen lesivas para sus intereses.

Por último, se propone modificar la regulación relativa a la política de operaciones habituales, fortaleciendo la disponibilidad de dicha información respecto de los accionistas minoritarios.

Primer Informe de la Comisión de Hacienda del Senado

En este informe, de 8 de mayo de 2017, da cuenta de la poca rapidez en la tramitación de este proyecto iniciado, como ya se dijo, en julio de 2015, se destacaron los siguientes aspectos:

Se señaló que es voluntad del Ejecutivo que el contenido inicial del proyecto de ley (ingresado a tramitación legislativa el 1 de julio de 2015), sea complementado y pueda hacerse cargo de problemáticas que en el intertanto han tenido lugar (como la de los casos Arcano, AC y otras dieciséis organizaciones)[3] y de las recomendaciones que diversas instancias han emitido.

Se dejó constancia por el Ejecutivo que, a partir de los casos que se han detectado en el mercado, se hace indispensable aumentar el perímetro regulatorio de las agencias estatales para fiscalizar este tipo de ofertas de servicios financieros. Se dijo que resulta complejo pretender que un préstamo entre dos partes suscritos ante notario, por ejemplo, sea objeto de regulación por parte de la autoridad. Cosa distinta, empero, es si por la prensa se hacen invitaciones o propuestas de inversión. Es a este último tipo de prácticas que el perímetro regulatorio debiera ser extendido.

En tal propósito el Ejecutivo planteó la necesidad de dictar una ley especial que regule la oferta de servicios de asesorías financieras, definiendo el alcance de lo que se entiende por asesorías financieras, imponiendo la obligación de registrarse en la CMF, cumpliendo con las condiciones de solvencia, conducta e idoneidad que esta establezca, facultando a la CMF para requerir información y examinar libros, registros y documentos, estableciendo penas de presidio para quienes presten servicios de asesoría financieras y no cumplan con la obligación de registro o para quienes induzcan a error difundiendo información falsa a los clientes o dolosamente causen perjuicio patrimonial a sus clientes, estableciendo, adicionalmente el deber de denuncia al Ministerio Público.

Se planteó la necesidad de equilibrar el deber de secreto de la Unidad de Análisis Financiero (UAF) con la denuncia de hechos que sean constitutivos de delitos, ya que el secreto a que por ley está obligada la UAF y el hecho de que su competencia se extienda exclusivamente a lavado de activos y

[3] Se trata de aquellos casos en que agentes no sujetos a fiscalización administraban fondos de terceros bajo la forma de la estructura piramidal o esquema de Ponzi, que, como se sabe, es una forma de estafa que atrae a los inversores y paga utilidades a los inversores anteriores con fondos de inversores más recientes. El esquema lleva a las víctimas a creer que las ganancias provienen de actividades comerciales legítimas (por ejemplo, ventas de productos y/o inversiones exitosas), y desconocen que otros inversores son la fuente de los fondos.

terrorismo implica, en la práctica, que se inhiba de denunciar delitos de los que toma conocimiento, por lo que se hace necesario realizar las enmiendas conducentes a que la información pueda fluir convenientemente.

En relación con las normas sobre gobiernos corporativos se planteó la necesidad de perfeccionar las normas tendientes a proteger a los inversionistas minoritarios. En esa mirada se propusieron modificaciones tendientes a corregir el mecanismo de derecho a retiro (determinación del precio); a mejorar el tratamiento de operaciones con partes relacionadas (operaciones habituales, definición de director con interés, facultad al Comité de Directores); a perfeccionar la definición de los directores independientes y a mejorar los mecanismos de designación de directores en filiales.

En tal propósito se plantearon las modificaciones tendientes a afinar las causales para ser considerado director independiente, a incorporar como facultad y deber de los directores la definición de las políticas de manejo de conflicto de interés; la de posibilitar a los directores descontar como gasto las asesorías legales; la de establecer la obligación al directorio de la sociedad matriz de adoptar un procedimiento mediante el cual elegirán los directores de las sociedades filiales; la de precisar la definición de director con interés para efectos del título XVI (OPR); la de acotar el monto de operaciones consideradas habituales que correspondan al giro ordinario de la empresa y a precisar que las normas del título XVI (OPR) se aplicarán siempre que procedan, sin perjuicio de las demás normas aplicables de la Ley n.° 18046.

Uno de los temas centrales en la discusión fue la determinación del perímetro regulatorio. Es imposible que cada transacción de dinero entre partes pueda ser regulada, se dijo. En el marco normativo vigente en Chile, se explicó, los reguladores están preparados para vigilar muy de cerca a las entidades que se han inscrito para operar en el mercado, luego de satisfacer estrictos requisitos. No ocurre lo mismo, por consiguiente, con los operadores no inscritos. Es en este espacio, entonces, en el que se deben estudiar las ideas y propuestas que se hagan con el objetivo de ampliar el marco de acción de la autoridad.

Se planteó que, para el señalado fin, son dos las vías que aparecen como más idóneas. Una es facultar a la UAF para actuar más allá de los específicos delitos para los que se encuentra habilitada (lavado de activos y terrorismo) y autorizarla para que pueda entregar la información que recabe a las superintendencias pertinentes o eventualmente al Ministerio Público. La otra, incluir dentro de la regulación las asesorías de inversión, que son conceptualmente cercanas a la oferta pública inscrita. Esto permitiría a la autoridad ejercer cierto control sobre los oferentes de inversiones. Como se verá en lo sucesivo, se optó por este último camino.

No obstante que la discusión en la Comisión abarco temáticas distintas a lo que tiene relación exclusivamente con las modificaciones que se

proponía introducir a la LMV y a la LSA, como las indicadas en lo que antecede, en este primer informe solo se aprobaron las modificaciones a la LMV y a la LSA ya referidas. Luego, en el segundo informe de la Comisión de Hacienda del Senado, aquellas temáticas y otras fueron incluidas mediante indicaciones sustitutivas, según se verá en lo que sigue.

Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado

El texto del proyecto aprobado por la sala del Senado (en sesión celebrada el día 16 de mayo de 2017) fue objeto de dos indicaciones sustitutivas presentadas por el Ejecutivo. Una formulada por la ex Presidenta de la República, Michelle Bachelet y la otra por el Presidente de la República, Sebastián Piñera, las que fueron tratadas en este segundo Informe, de fecha 28 de marzo de 2019.

La indicación de la ex Presidenta, fue formulada para reemplazar el texto íntegro por otro compuesto por seis artículos permanentes y cuatro disposiciones transitorias.

Mas allá de los ajustes que esta indicación introdujo a las modificaciones ya aprobadas por el Senado a las leyes n.° 18045 y n.° 18046, es en esta oportunidad en que se incorpora la necesidad de ampliar el perímetro regulatorio hacia los servicios de asesoría de inversiones, incorporando en el actual artículo 3° de la Ley n.° 21314, este nuevo marco regulatorio, sin perjuicio de los ajustes y cambios que en posteriores indicaciones se le introdujeron.

Es también por esta indicación que se propuso introducir ajustes varios al DL 3500 y toda una nueva regulación para la Asesora Previsional, la que fue luego perfeccionada en la tramitación posterior del proyecto.

Por su parte, la indicación sustitutiva del Ejecutivo formulada por el presidente Sebastián Piñera, planteó los siguientes objetivos generales: más protección a inversionistas minoritarios, mayor transparencia en el mercado de valores, mayor fiscalización sobre entidades que ofrecen productos y servicios de inversión, proteger el interés de los participantes menos sofisticados y protegidos de los mercados financieros, elevar los estándares de los mercados, favoreciendo así el desarrollo financiero y fortaleciendo la competitividad internacional.

En concreto, se dijo que las modificaciones que se introducen en la LMV contemplan precisiones en temas de delitos y sanciones en manipulación de precios y antecedentes falsos en auditorías, e incorpora la gestión de riesgo como obligación de los corredores de bolsa y agentes de valores.

En las modificaciones a la LSA, relativas al gobierno corporativo, se otorga a la CMF la facultad de señalar las condiciones para ser director inde-

pendiente y se elimina la posibilidad de serlo en caso de ser designado como director de una o más filiales de la sociedad. Adicionalmente, se faculta a la CMF para requerir información de las sociedades filiales y solicitar la publicación de las Operaciones con Partes Relacionadas (OPR). Se establece la presunción de culpabilidad de los directores en caso de aprobación de OPR sin cumplir con los requisitos que la ley establece. Finalmente, se agrega como función del Comité de Directores la obligación de proponer una política de manejo de conflictos de interés y pronunciarse sobre políticas relativas a las OPR.

En materia previsional (DL n.º 3500), se incorpora al perímetro regulatorio de la Superintendencia de Pensiones a las asesorías previsionales masivas, que luego se denominaron Asesorías Financieras Previsionales, quedando como única encargada de la regulación de las asesorías previsionales, cuestión que finalmente fue modificada. Por otra parte, se propone disminuir la comisión máxima por concepto de asesoría previsional.

Con algunas precisiones se mantuvo en esta indicación sustitutiva la necesidad de ampliar el perímetro regulatorio hacia los servicios de asesoría de inversiones, incorporado en el actual artículo 3° de la Ley n.° 21314.

En esta instancia se aprobaron también indicaciones de origen parlamentario que, entre otros aspectos, mejoraron la redacción de algunas propuestas del Ejecutivo. Se aprobó, también, por este segundo informe la regulación que autoriza la interconexión de las bolsas de valores.

Informe de la Comisión de Hacienda
de la Cámara de Diputadas y Diputados

Este Informe, aprobado con fecha 8 de octubre de 2020, da cuenta de que fue en esta etapa de la tramitación del proyecto, que, por indicación del Ejecutivo, se aprobaron las modificaciones al DL 3538, actual ley orgánica de la Comisión para el Mercado Financiero.

Entre otras, se incorporó un título nuevo, que regula la figura del denunciante anónimo, esto es, aquella persona que, de manera voluntaria, colabora con la investigación aportando para la CMF antecedentes desconocidos y sustanciales para la detección, constatación o acreditación de infracciones a las leyes que sean materia de competencia de dicha Comisión.

En esta etapa de la tramitación, se perfeccionó la regulación sobre asesorías previsionales a que se refiere el DL n.° 3500, distinguiendo entre estas y los asesores financieros masivos. También se introdujo la regulación sobre el derecho de los afiliados a trasladar su ahorro previsional de un fondo a otro, cuestión esta última, que finalmente no se incluyó en la Ley n.° 21314.

Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, en tercer tramite constitucional

Aprobado el 22 de diciembre de 2020, da cuenta de las discusiones que se originaron por las modificaciones introducidas al proyecto por la Cámara de Diputadas y Diputados, en segundo trámite constitucional, y el rechazo de estas por parte de la Comisión de Hacienda del Senado, lo que originó la instalación de la Comisión Mixta, que tuvo que resolver las diferencias producidas.

Sin perjuicio de lo que se dirá al analizar en particular cada una de las reformas introducidas por la Ley n.° 21314 a los diversos cuerpos legales que modifica, en esta instancia se debatió arduamente sobre los siguientes tópicos:

Sobre la necesidad de regular, bajo un nuevo estatuto y sujeto al perímetro regulatorio de la Superintendencia de Pensiones, todo lo relacionado con las asesorías previsionales no personalizadas y las asesorías de inversión, todo ello en el contexto de las polémicas que se habían suscitado con motivo de los cambios de fondos recomendados por la entidad Felices y Forrados, no sujeta a control por parte de ninguna agencia estatal, y a los impactos que tales recomendaciones producían no solo en la valorización de los fondos, sino que, también, en el tipo de cambio y otros efectos sistémicos del mercado financiero que fueron abordados.

Informe de Comisión Mixta

De fecha 27 de enero de 2021, da cuenta de que en esta instancia se resolvieron las diferencias producidas entre lo aprobado en el Senado, en primer trámite, lo modificado y adicionado por la Cámara de Diputadas y Diputados y el rechazo del Senado a las propuestas de esta última.

No hubo discusión sobre lo que ya venía aprobado como modificaciones a la LMV y se aceptaron modificaciones menores que se habían introducido a la LSA.

En relación con el actual artículo 3 de la Ley n.° 21314, incorporado en primer trámite constitucional por el Senado, relativo a la prestación de servicios de asesoría de inversión y dado que en segundo trámite constitucional la Cámara de Diputadas y Diputados eliminó sus incisos octavo y noveno[4],

[4] Los incisos que la Cámara quiso eliminar disponían:

"Sufrirán las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados, quienes presten asesorías de inversión de manera habitual sin estar previamente inscritos en el Registro establecido en el presente artículo o cuya inscripción hubiere sido suspendida o cancelada. Por su parte, sufrirán la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, los que, con el objeto de inducir a error, difundan información falsa o tendenciosa, aun cuando no persigan con ello obtener ventajas para sí o terceros".

el Senado, en tercer trámite constitucional desechó la enmienda introducida por la Cámara de Diputados.

En el ámbito previsional, en primer trámite constitucional el Senado aprobó modificaciones en el decreto ley n.° 3500 de 1980; en segundo trámite constitucional la Cámara de Diputadas y Diputados efectuó diversas enmiendas, todas referidas a artículos del título XVII, "De la Asesoría Previsional". En tercer trámite constitucional el Senado desechó las enmiendas introducidas por la Cámara de Diputadas y Diputados.

En relación con estas modificaciones, la discusión giro principalmente en torno a la forma como debían regularse a los asesores financieros masivos o no personalizados, sean o no remunerados, en el ámbito previsional, que hacen recomendaciones sin estar sujetos al control de alguna agencia estatal. Todo ello incentivado, además, por las recomendaciones de cambios de fondos que efectúa la entidad Felices y Forrados, que causan no solo estrés a la administración de fondos propiamente tal, sino que, también, producen importantes efectos sistémicos en el mercado financiero, como el impacto en el tipo de cambio y en la tasa de interés. Se discutió si debía ser la CMF o la Superintendencia de Pensiones o ambas en conjunto la agencia estatal que debía incorporarlos a su perímetro regulatorio y que, además, debían distinguirse los distintos tipos de asesores, ya que unos lo hacen respecto de la jubilación y otros sobre la inversión de los fondos previsionales, advirtiéndose que en el resto del mundo los asesores de inversión tienen que transparentar sus conflictos de intereses y dar prueba de idoneidad.

También en cuanto a la necesidad de regular y restringir la posibilidad de que los cotizantes se cambien de fondos, siguiendo las recomendaciones de estos asesores, cuestión que finalmente no se abordó en este proyecto de ley.

Como se dijo en lo que antecede, fue en segundo trámite constitucional que la Cámara de Diputadas y Diputados propuso modificar el decreto ley n.° 3538 de 1980, que crea la Comisión para el Mercado Financiero, entre otras, aumentando el monto de la sanción de multa e incorporando un nuevo título, el VII que regula al denunciante anónimo.

En tercer trámite constitucional el Senado desechó la enmienda introducida por la Cámara de Diputadas y Diputados.

En relación con estas modificaciones, particularmente la relacionada con la nueva regulación del denunciante anónimo, la discusión giró en torno a la conveniencia de premiar a quién estando en conocimiento de un acto delictivo se le entregan beneficios procesales y de reducción de penas, pero sin necesariamente generar una delación remunerada. Se destacó que esto último solo existe en Estados Unidos y en un Estado de Canadá, habiendo sido rechazado recientemente en España e Italia. Se indicó, en apoyo para aprobar la propuesta de la Cámara de Diputadas y Diputados, que el incen-

tivo penal es superior al económico. Se dijo que para que funcione el mecanismo debe agregarse una compensación económica que justifique correr el riesgo que supone, considerando que puede significar despidos y perjuicios.

El punto central en discusión fue, entonces, el pago de una compensación económica al denunciante que aporte antecedentes serios y suficientes para sostener la investigación. Se dijo que no existe en otro ámbito de la legislación y que, si bien el resto de las compensaciones se aceptan, todas aquellas de protección del denunciante, es en el pago por denunciar donde se alberga dudas realmente fuertes. Está involucrado un elemento moral que va mucho más allá de una cuestión puramente económica, dentro de una situación en que todos estén vigilando a todos movidos por el lucro[5].

En apoyo del pago de una compensación económica se añadió que los datos muestran que los casos de infracción normativa se conocen por mecanismos internos de la empresa en un 32% y por actividad del Estado solo 8%, y el 53% viene de las denuncias de denunciantes anónimos, vinculados a periodistas y a abogados, auditores y analistas de las empresas.

Incluso, en un momento de la discusión, solo se aceptó el pago de compensación económica para el caso de denuncias en el sector público, mas no en el sector privado, lo que finalmente se corrigió bajo el argumento de que en el sector privado no existe la obligación de denunciar la comisión de un delito, a partir del conocimiento de la conducta en cuestión.

Modificaciones introducidas a la ley de Mercado de Valores

Como se dijo en lo que antecede, el origen del proyecto que luego se tradujo en la Ley n.° 21314, fue el Mensaje del Ejecutivo que solo propuso modificar la LMV y la LSA.

En relación con la LMV, lo primero que se hace es reemplazar la expresión Superintendencia de Valores y Seguros y Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras por la de Comisión para el Mercado Financiero todas las veces que aparecen en la ley, cuestión que también se hace en todos los otros cuerpos legales que modifica la Ley n.° 21314. Como se recordará,

[5] Quien se opuso con mayor fuerza a incorporar el pago de una compensación económica al delator fue el senador Juan Antonio Coloma, quien argumentó que la delación pagada es una figura que existe solo en Estados Unidos y en un Estado de Canadá, siendo un cambio gigantesco para nuestra cultura jurídica, en la que solo existe la compensación en cuanto a la pena a aplicar y la protección del denunciante. Estimó que altera el sentido moral en nuestro país y debió discutirse en su mérito en forma separada. Además, sostuvo, se cambia también el sentido de las multas respecto de infracciones penales. Manifestó que se está cometiendo un error y que no debemos tender a convertirnos en un país de delatores.

por Ley n.° 21000, se modificó el DL n.° 3538, creándose la mencionada Comisión, que reemplazo a la SVS. Adicionalmente, por la misma Ley n.° 21000 y por ajustes introducidos al DFL n.° 3, Ley General de Bancos, se sometió a todos los bancos e instituciones financieras a la fiscalización de la CMF

Desde tales normas, la fiscalización de todos los agentes que participan del mercado financiero, salvo las AFP quedaron sujetos a la supervisión consolidada de una sola agencia estatal de carácter colegiado.

En relación con los deberes informativos

En materia de deberes informativos, se modifica el artículo 10, reemplazando su inciso segundo por dos nuevos incisos que, más que un ajuste sustantivo, mejora la redacción de la norma, al imponer no solo al directorio la obligación de entrega de la información, sino que, también, ello se hace exigible al administrador. Ello debido a que hoy no solo las sociedades anónimas quedan bajo la fiscalización de la CMF, sino que cualquiera otra entidad que haga oferta pública de valores.

Adicionalmente, se impone como un nuevo deber, tanto para el directorio como para el administrador, el de resguardar la información esencial mientras ella no sea divulgada por la compañía.

A ambos se les impone el deber de implementar políticas, procedimientos, sistemas y controles con el objetivo de asegurar dicha divulgación y evitar que se filtre información esencial mientras no haya ocurrido la referida divulgación.

Y pone de cargo de la CMF, la que deberá establecer, mediante norma de carácter general, los requisitos y condiciones que deberán cumplir las políticas, procedimientos, sistemas y controles antes referidos.

Incorpora en el artículo 16 tres nuevos incisos. Como se sabe, este precepto impone a los emisores de valores de oferta pública la obligación de adoptar una política que establezca normas, procedimientos, mecanismos de control y responsabilidades, conforme a las cuales los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales, así como las entidades controladas directamente por ellos o a través de terceros, podrán adquirir o enajenar valores de la sociedad o valores cuyo precio o resultado dependa o esté condicionado, en todo o en parte significativa, a la variación o evolución del precio de dichos valores.

La reforma hace más estricta esta exigencia al imponer una prohibición total para los directores, gerentes, administradores y ejecutivos principales de un emisor de valores de oferta pública, así como sus cónyuges, convivientes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, de no poder efectuar, directa o indirectamente, transacciones sobre los valo-

res emitidos por el emisor, dentro de los treinta días previos a la divulgación de los estados financieros trimestrales o anuales de este último.

Adicionalmente impone a los emisores de valores de oferta pública la obligación de publicar siempre la fecha en que se divulgarán sus próximos estados financieros, con a lo menos treinta días de anticipación a dicha divulgación.

También, en caso de que se efectúen operaciones en contravención a la nueva prohibición que se introduce, que infringieren las prohibiciones establecidas en el título XXI de la LMV, que regula la operación con información privilegiada, hace primar las disposiciones de dicho título.

Como se ve, con esta reforma se establece una nueva prohibición que afecta a las personas indicadas en el inciso primero del precepto; crece el número de personas afectadas por la prohibición de no poder efectuar, directa o indirectamente, transacciones sobre los valores emitidos por el emisor con el cual tengan alguna relación; la ley pasa a ser la fuente de la misma; y se establece un plazo mínimo de anticipación para la divulgación de los estados financieros. Antes ello quedaba entregado a lo que la política implementada por cada administración definiera.

Por la reforma, se limita solo a las personas indicadas en el inciso primero del citado artículo 16, la obligación de informar mensualmente y en forma reservada, al directorio o administrador del emisor, su posición en valores de los proveedores, clientes y competidores más relevantes de la entidad, incluyendo aquellos valores que posean a través de entidades controladas directamente o a través de terceros. Se sabe, que es el directorio o administrador del emisor quien determinará quienes estarán comprendidos en las mencionadas calidades, debiendo al efecto formar una nómina reservada que mantendrá debidamente actualizada.

Se elimina la facultad que tiene la Superintendencia para definir casos que puedan eximirse de la aplicación de las restricciones indicadas en el artículo 16.

Se mantiene si la facultad que tiene ahora la Comisión para determinar, mediante norma de carácter general, los criterios mínimos y las excepciones que se deberán considerar en la preparación y presentación de la información contemplada en el artículo 17 de la ley, como, asimismo, la oportunidad y forma en que ella se le deberá remitir.

En suma, se hace más estricta la prohibición que afecta a ciertas personas vinculadas con la administración del emisor.

En relación con los Intermediarios de Valores y Bolsa de Valores

La norma vigente establece que los corredores de bolsa y agentes de valores deberán cumplir y mantener los márgenes de endeudamiento, de colocaciones

y otras condiciones de liquidez y solvencia patrimonial que la Superintendencia establezca mediante normas de aplicación general en relación con la naturaleza de las operaciones, su cuantía, el tipo de instrumentos que se negocien y la clase de intermediarios a que deben aplicarse.

En el propósito de incrementar el estándar para desarrollar la actividad de intermediación, y para utilizar el mismo criterio exigido en otras regulaciones, se incorpora como nuevo criterio que deberá ser exigido, evaluado y medido por la Comisión, el indicador gestión de riesgo.

En materia de Bolsa de Valores, el gran avance que introduce la Ley n.° 21314, es imponer la obligación de interconexión de todas las bolsas existentes en el país. Se sabe que en la actualidad solo opera la Bolsa de Comercio de Santiago y la Bolsa Electrónica de Valores, por lo que a la fecha serán las únicas destinatarias de esta nueva obligación.

Se trata de una antigua aspiración de la Bolsa Electrónica de Valores, que, incluso, originó largas disputas entre ambas bolsas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Se cierra así, el ciclo de desavenencias y se abre la puerta al proceso de interconexión de los mercados bursátiles, que no estará exento de dificultades, pero que a la larga generara importantes externalidades positivas.

En tal propósito, se agrega en el inciso primero del artículo 44 la letra i) nueva, que establece la obligación para la Bolsa de establecer en la reglamentación de sus propias actividades y las de sus miembros, normas que establezcan las estructuras tarifarias de interconexión, u otras condiciones aplicables a sus participantes o a terceras bolsas.

Adicionalmente, se agrega un artículo 44 bis, nuevo, en que se detallan las características que se deberán contemplar en los procesos de interconexión.

Deberán ser mecanismos de interconexión en tiempo real, con calce vinculante y automático entre distintas bolsas de valores, de manera que permitan la mejor ejecución de las órdenes de los inversionistas, incluyendo aquellas que provengan de terceras bolsas. Se faculta a la Comisión para establecer, mediante norma de carácter general, los sistemas de negociación que deberán interconectarse de manera vinculante, así como la forma, condiciones, requisitos técnicos, de comunicación, de seguridad y cualquier otro que deban cumplir los mecanismos de interconexión, las bolsas y sus participantes, para efectos de implementar esta nueva obligación, velando siempre por el adecuado funcionamiento del mercado financiero.

La Comisión, al momento de evaluar la aprobación de las normas de las bolsas que establezcan las estructuras tarifarias de interconexión, u otras condiciones aplicables a sus participantes o a terceras bolsas, deberá propender siempre a la búsqueda de un mercado equitativo, competitivo, ordenado y transparente.

Se faculta también a la Comisión, en caso que considere que una o más condiciones establecidas en el reglamento de una bolsa de valores sean discriminatorias o afecten la libre competencia, para rechazarla mediante resolución fundada; resolución que deberá contener un plazo prudente para que la bolsa respectiva subsane las observaciones de la Comisión, el que comenzará a regir desde que la referida resolución sea notificada a la bolsa de valores. En caso que no corrija la situación en el plazo indicado, la Comisión podrá iniciar en su contra un procedimiento sancionatorio, pudiendo requerir informe técnico de la Fiscalía Nacional Económica, la que deberá remitir dicho informe a más tardar dentro del plazo de noventa días de solicitado por la Comisión.

A las bolsas de valores que estén operando a la fecha de vigencia de esta nueva regulación se les impone la obligación de adecuar su reglamentación interna y de presentar tales modificaciones para aprobación de la CMF, dentro del plazo de tres meses contado desde el 13 de abril de 2021. Para la referida aprobación, se dispondrá de un plazo de ciento veinte días corridos, el que se suspenderá si la CMF solicita información adicional, realiza observaciones o instruye alguna modificación por no ajustarse a las disposiciones legales o administrativas aplicables, reanudándose el transcurso del plazo cuando se haya subsanado o cumplido con la observación o trámite respectivo. Para que las bolsas de valores puedan subsanar o cumplir con la observación o trámite solicitado, la CMF les fijará un plazo que no podrá ser mayor a los treinta días corridos, sin perjuicio de que dicha institución podrá prorrogar el señalado plazo por un máximo de treinta días corridos, cuantas veces lo estime necesario[6].

En relación con las actividades prohibidas, sanciones y delitos

Con el propósito de precisar de mejor forma que la prohibición establecida en el artículo 52 apunta a evitar la manipulación de precios en el mercado, sin que ello alcance a las actuaciones de los *market makers*, se acordó reemplazar todo el artículo por uno nuevo en se aclare su alcance.

[6] Para la referida aprobación, se dispondrá de un plazo de ciento veinte días corridos, el que se suspenderá si la Comisión para el Mercado Financiero solicita información adicional, realiza observaciones o instruye alguna modificación por no ajustarse a las disposiciones legales o administrativas aplicables, reanudándose el transcurso del plazo cuando se haya subsanado o cumplido con la observación o trámite respectivo. Para que las bolsas de valores puedan subsanar o cumplir con la observación o trámite solicitado, la Comisión para el Mercado Financiero les fijará un plazo que no podrá ser mayor a los treinta días corridos, sin perjuicio de que dicha institución podrá prorrogar el señalado plazo por un máximo de treinta días corridos, cuantas veces lo estime necesario.

Se estipulo, entonces, que solo es contrario a la LMV la manipulación de precios, entendiendo por tal aquella acción que se efectúa con el objetivo de estabilizar, fijar o hacer variar artificialmente los precios de valores de oferta pública.

Y se excluyen expresamente de esta la prohibición aquellas actuaciones que, cumpliendo con los requisitos que establezca la CMF mediante norma de carácter general, tengan por finalidad fomentar la liquidez o profundidad del mercado.

En el artículo 59, que tipifica como delitos una serie de conductas, se incrementó la penalidad asociada a las mismas, al establecer que sufrirán las penas de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. O sea, se pasa de quinientos cuarenta y un días a diez años a tres años y un día a diez años.

Adicionalmente, se reemplaza la letra d) del mismo artículo, que tipificaba el delito respecto de los contadores y auditores que dictaminen falsamente sobre la situación financiera de una persona sujeta a obligación de registro de conformidad a la LMV, y se establece un nuevo delito para los socios de empresas de auditoría externa que maliciosamente emitan un dictamen o entreguen antecedentes falsos sobre la situación financiera u otras materias sobre las cuales hubieren manifestado su opinión, certificación, dictamen o informe, respecto de una entidad sujeta a la fiscalización de la Comisión.

Sufrirán la misma pena quienes presten servicios en una empresa de auditoría externa y alteren, oculten o destruyan información de una entidad auditada, con la finalidad de lograr un dictamen falso acerca de su situación financiera.

Elemento del nuevo tipo penal tipificado respecto de los socios de la empresa de auditoria es la malicia con que deben actuar al emitir el dictamen o al entregar antecedentes falsos sobre la situación financiera de la empresa.

El delito se hace extensivo, también, para cualquier persona que preste servicios en una empresa de auditoria. Respecto de estos solo se exige que alteren, oculten o destruyan información de una entidad auditada, con el objetivo de lograr un dictamen falso acerca de su situación financiera.

El delito tipificado en la letra f) del artículo 59, consistente en efectuar declaraciones maliciosamente falsas en la respectiva escritura de emisión de valores de oferta pública, en el prospecto de inscripción, en los antecedentes acompañados a la solicitud de inscripción, en las informaciones que deban proporcionar a la CMF, o a los tenedores de valores de oferta pública, o en las noticias o propaganda divulgada por ellos al mercado, que solo estaba tipificado respecto de los directores, administradores y gerentes de un emisor de valores de oferta pública, ahora se hace extensivo, también, para los ejecutivos principales.

Se agrega una letra h), que tipifica un nuevo delito respecto de los directores, administradores, gerentes y ejecutivos principales de un emisor de valores de oferta pública, de una bolsa de valores o de un intermediario de valores, que entregaren antecedentes o efectuaren declaraciones maliciosamente falsas al directorio o a los órganos de la administración de las entidades por ellos administradas, o a quienes realicen la auditoría externa o clasificación de riesgo de la misma, en su caso.

Esta última conducta no puede sino relacionarse con el denominado caso La Polar, en que justamente se planteó la controversia entre el directorio, auditores, clasificadores de riesgo y el equipo gerencial sobre la entrega de antecedentes falsos.

En el artículo 60, que también tipifica una serie de conductas como delito, se incrementó la penalidad asociada a las mismas, al reemplazar en su inciso primero, la frase "cualquiera de sus grados" por "su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo". O sea, se pasa de sesenta y un días a cinco años a cinco años y un día a diez años.

La conducta tipificada como delito en la letra b), que podían cometer los que actuaren directamente o en forma encubierta como corredores de bolsa, agentes de valores o clasificadores de riesgo, sin estar inscritos en los registros que exige la LMV o cuya inscripción hubiere sido suspendida o cancelada, y los que a sabiendas les facilitaren los medios para hacerlo, se hace extensiva también para las empresas de auditoria.

La conducta tipificada como delito en la letra d), en que podrían incurrir los socios, administradores y, en general, cualquier persona que, en razón de su cargo o posición en las sociedades clasificadoras, tenga acceso a información reservada de los emisores clasificados y revele el contenido de dicha información a terceros, se hace extensiva también para las empresas de auditoria.

Se agregó un inciso segundo al referido artículo 60, que establece reglas para determinar las penas establecidas respecto de los delitos previstos en las letras e), g) y h) del mismo artículo, referidas a la operación en el mercado de valores con información privilegiada. Se señala que el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67 a 69 del *Código Penal* ni las reglas especiales de determinación de las penas establecidas en otras leyes.

Se impone al tribunal la obligación de aplicar las siguientes reglas:

i) si no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes en el hecho, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena señalada por la ley al aplicarla;

ii) si concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena en su grado inferior. Si concurren

una o más agravantes y ninguna atenuante, aplicará la pena en su grado superior;

iii) si concurren circunstancias atenuantes y agravantes, se hará su compensación racional para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras, y también considerará la extensión del mal producido por el delito;

iv) el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley, salvo que procedan las circunstancias establecidas en los artículos 51 a 54 del *Código Penal*.

Como se ve, se trata de reglas especiales que pretenden hacer efectiva una pena mayor en los delitos vinculados con el uso y manipulación de información privilegiadas, por el efecto erosivo que estas conductas provocan en el funcionamiento del mercado de valores.

En la misma línea va el incremento de la pena asignada al delito tipificado en el artículo 61, que sanciona al que, con el objetivo de inducir a error en el mercado de valores difunda información falsa o tendenciosa, aun cuando no persiga con ello obtener ventajas o beneficios para sí o terceros.

Se incrementa la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio a presidio menor en sus grados medio a máximo. O sea, se pasa de sesenta y un días a tres años a quinientos cuarenta y un a cinco años.

Esta pena será de presidio menor en su grado máximo cuando la conducta descrita la realice el que en razón de su cargo, posición, actividad o relación, en la CMF o en una entidad fiscalizada por ella, pudiera poseer o tener acceso a información privilegiada.

En el artículo 63, que prohíbe hacer oferta pública de valores a emisores que se encuentren en estado de insolvencia y ordena suspender la emisión de valores de oferta pública desde que el emisor cayera en estado de insolvencia, establece la presunción de que un emisor ha caído en estado de insolvencia cuando se hubiere iniciado un proceso concursal de liquidación en virtud de lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley n.° 20720.

Adicionalmente hace extensivo a los directores, administradores y ejecutivos principales la conducta y el correspondiente delito que se tipifica en el inciso final del mismo artículo 63.

Modificaciones varias

El artículo 65 regula la publicidad, propaganda y difusión que por cualquier medio hagan emisores, intermediarios de valores, bolsas de valores, corporaciones de agentes de valores y cualquiera otras personas o entidades que participen en una emisión o colocación de valores.

Se elimina la exigencia establecida en su inciso segundo, que prohibía que los prospectos y folletos informativos que se utilicen para la difusión y

propaganda de una emisión de valores, que deben contener la totalidad de la información que la CMF determine, se difundieran si no hubieren sido previamente remitidos al registro de valores. Se podrá hacer la difusión sin que ella se remita al registro de valores. Ahora la responsabilidad será del emisor.

Se incrementa el estándar y se fortalece la calidad de la información que todo emisor debe proporcionar al mercado al agregarse un inciso final al citado artículo 65 que exige que la información que se entregue tanto a los inversionistas como al público general, que contenga recomendaciones para adquirir, mantener o enajenar valores de oferta pública, o que implique la definición de precios objetivos, deberá cumplir con los requisitos que, mediante una norma de carácter general, establezca la CMF, tanto en materia de difusión de conflictos de intereses como en lo relativo a los conocimientos y experiencia profesional de los responsables de dicha información.

En materia de clasificación de riesgo, se introducen adecuaciones formales a la letra b) del artículo 79, en cuanto la remisión que ahora se hace es al DFL n.° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos o a otros cuerpos legales que se indican, o por la Superintendencia de Pensiones. Iguales adecuaciones se hacen a los artículos 92, 95 y 241 de la LMV, este último referido a las empresas de auditoría externa.

En cuanto a la vigencia de las modificaciones introducidas a la LMV, salvo en lo relativo a la interconexión de las bolsas de valores, toda ellas rigen desde la publicación de la Ley n.° 21314 en el *Diario Oficial de la República de Chile*, esto es, desde el 13 de abril de 2021.

Lo referido a la interconexión de las bolsas, comenzarán a regir el primer día del décimo mes posterior a la publicación de la ley.

Modificaciones introducidas
a la Ley de Sociedades Anónimas

Al igual como ocurre con la LMV, lo primero que se hace en relación con la LSA, es reemplazar la expresión Superintendencia de Valores y Seguros y Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras por la de Comisión para el Mercado Financiero todas las veces que aparecen en la ley, salvo algunas excepciones muy puntales, contenidas en el titulo XV.

Nueva presunción de culpabilidad del director

Al artículo 45, que presume la culpabilidad de los directores respondiendo, en consecuencia, solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad,

accionistas o terceros, se le agrega un numero 4 del siguiente tenor. Si se aprobaren operaciones en contravención a lo dispuesto en el artículo 44 o en el título XVI de la LSA.

De este modo, se invierte la carga de la prueba, la que ahora recaerá en el director y será este el que deberá acreditar que no se ha causado perjuicio a la sociedad.

En todo caso, esta modificación es más bien formal y no altera en su esencia lo que ya estaba consagrado, tanto en el artículo 44, que regula las operaciones con parte relacionada en las sociedades anónimas cerradas, como el titulo XVI, que se refiere a las mismas operaciones, pero ahora en la anónimas abiertas.

Como se recordará, el actual artículo 44 establece que, en caso de demandarse los perjuicios ocasionados por la infracción del citado artículo, corresponderá a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de negociación reportaron beneficios a la sociedad que justifican su realización. Igual disposición se contiene en el n.° 7 del artículo 147 de la LSA.

De este modo, la presunción de culpabilidad que ahora se introduce, servirá más para los efectos punitivos que para el ejercicio de acciones resarcitorias.

Mayores exigencias para calificar como director independiente y mayores atribuciones para el Comité de Directores.

El artículo 50 bis establece que las sociedades anónimas abiertas deberán designar al menos un director independiente y el comité de directores, cuando tengan un patrimonio bursátil igual o superior al equivalente a 1.500.000 UF y a lo menos un 12,5% de sus acciones emitidas con derecho a voto, se encuentren en poder de accionistas que individualmente controlen o posean menos del 10% de tales acciones.

Hasta la fecha los criterios y causales que permitían hacer la calificación de si un director era independiente, estaban establecidas solo en la LSA y en términos negativos.

Se utilizo como técnica legislativa la descripción de hipótesis en que se estima la existencia de un interés que hace perder la independencia al director. Se opto por una descripción negativa. No se es independiente si se encuentra en alguna de la hipótesis de hecho que la norma describe.

A partir de la reforma, la CMF podrá, mediante norma de carácter general, señalar los requisitos y condiciones que deberán cumplir los directores para ser considerados como directores independientes. O sea, en la ley están los supuestos de hecho que hacen perder la calidad de independiente, y en la nueva norma reglamentaria estarán los requisitos y condiciones que permitirán calificar de independiente al director.

Obviamente que, en la dictación de esta nueva normativa, la CMF deberá tener como base todas las causales y criterios indicados en el citado artículo 50 bis.

En el ejercicio de esta nueva facultad, la CMF no podrá ir más allá de los criterios que ya están establecidos en la ley. Solo podrá aclararlos, complementaros e interpretarlos, sin alejarse del espíritu que fundamenta cada una de las causales legales.

Adicionalmente, la CMF quedo facultada para, mediante norma de carácter general, establecer los criterios para determinar lo que se entenderá por naturaleza o volumen relevante, que es la condición indicada en el numeral 1 del artículo 50 bis para configurar la primera causal de perdida de independencia del director, que se configura al mantener cualquier vinculación, interés o dependencia económica, profesional, crediticia o comercial, de una naturaleza y volumen relevante, con la sociedad, las demás sociedades del grupo del que ella forma parte, su controlador, o con los ejecutivos principales de cualquiera de ellos, o hayan sido directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o asesores de estas.

Como se ve, la potestad reglamentaria de la agencia estatal se incremento considerablemente en todo lo relacionado con la calificación de la independencia del director.

El inciso quinto del artículo en cita indica las menciones que debe contener la declaración jurada que debe hacer el director que se postula como independiente. La infracción a la indicada con el literal iii) no originaba, hasta antes de la reforma, la invalidación de su nombramiento.

Al eliminarse ahora esa parte de la oración, queda en la misma condición que se produce al no cumplirse con las otras menciones que debe contener la declaración. O sea, la infracción a cualquiera de los literales del inciso quinto, invalidará la elección del director.

Adicionalmente, se elimina la inhabilidad que se originaba cuando el director era designado en una o más filiales de la sociedad, siempre que los directores de dichas entidades no sean remunerados.

En relación con el Comité de Directores, se agregó una nueva atribución, consistente en la obligación de proponer al directorio una política general de manejo de conflictos de interés y el deber de pronunciarse acerca de las políticas generales de habitualidad en las operaciones con parte relacionada, de las sociedades anónimas abiertas.

De ello se sigue que se incrementa la responsabilidad del director como miembro del Comité, de momento que se le agrega una nueva obligación, que de incumplirse y ser causa de perjuicios, le genera la obligación de repararlos.

Nuevas regulaciones para sociedades filiales y coligadas

Se incrementa el perímetro regulatorio de la CMF, al agregarse un inciso final al artículo 86, que la faculta podrá requerir la información que considere pertinente para efectos de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones de la LSA a las sociedades filiales de una sociedad anónima abierta, sin importar su forma jurídica. El incumplimiento en la entrega de la información así requerida podrá ser sancionado por la Comisión de conformidad a lo dispuesto en el título III del decreto ley n.°3538.

De este modo, la CMF podrá fiscalizar a cualquier sociedad filial de una anónima, no importando cual sea la naturaleza jurídica de esta, cuestión que hasta esta fecha era, a lo menos, discutible.

Adicionalmente se agrega un artículo 92 bis que impone al directorio de la sociedad matriz de una sociedad fiscalizada por la Comisión la obligación de establecer y difundir una política general de elección de directores en sus sociedades filiales, la que deberá contener las menciones mínimas que al efecto establezca la Comisión, mediante norma de carácter general.

Nuevamente habrá que estarse a lo que indique la CMF en el ejercicio de su potestad reglamentaria en una materia en extremo sensible para la estructura de grupo que presentan gran parte de las sociedades en el país.

Precisiones para operaciones con parte relacionada en las sociedades anónimas abiertas

Como se sabe, la norma vigente hasta antes de la reforma permit**ía** que las operaciones con partes relacionadas que se hagan al amparo de una política de habitualidad puedan ejecutarse sin los requisitos y procedimientos establecidos en el artículo 147 de la LSA. Se requiere solo la previa autorización del directorio.

Se trata de aquellas operaciones que sean ordinarias en consideración al giro social. Se exige que el acuerdo que establezcan dichas políticas o su modificación sea informado como hecho esencial puesto a disposición de los accionistas en las oficinas sociales y en el sitio en Internet de las sociedades que cuenten con tales medios, sin perjuicio de informar las operaciones como hecho esencial cuando corresponda.

Con el propósito de mejorar el estándar en esta materia y evitar la mala utilización que de esta excepción se estaba haciendo y que permite ejecutar operaciones con parte relacionada sin ajustarse a los requisitos legales, se exige ahora que el acuerdo que establezcan estas políticas o su modificación deba contar con el pronunciamiento del Comité de Directores y ser informado a la Comisión como hecho esencial cuando corresponda.

Mas deberes y más responsabilidades
para los miembros de este Comité

Adicionalmente, se exige que la política de operaciones habituales deberá contener las menciones mínimas que establezca la CMF mediante norma de carácter general, y mantenerse permanentemente a disposición de los accionistas en las oficinas sociales y en el sitio web institucional de las sociedades que cuenten con tales medios.

Y para evitar excesos en cuanto a montos, se establece un límite. La política referida precedentemente no podrá autorizar la suscripción de actos o contratos que comprometan más del 10% del activo de la sociedad.

Finalmente, se facultó a la CMF para requerir que las sociedades difundan a los accionistas y al público general el detalle de las operaciones con partes relacionadas que hubieren sido realizadas. Dicha difusión se llevará a cabo en la forma, plazo, periodicidad y condiciones que establezca la Comisión mediante norma de carácter general.

Las modificaciones introducidas a la LSA rigen desde la publicación de la Ley n.° 21314 en el *Diario Oficial de la República de Chile*.

Artículo 3, autónomo, de la Ley n.° 21314,
que regula la asesoría de inversión

Como se indicó en lo que antecede, la iniciativa para incorporar un nuevo marco de regulación para las asesorías de inversión, se originó en una indicación del Ejecutivo.

Todo ello motivado por los casos de que conoció la opinión pública, a esa fecha, referidos a la captación de dinero del público mediante el sistema piramidal, donde la captación de dinero de los que entran a la base la pirámide permiten pagar la rentabilidad de los que están en la parte superior de la misma, más conocido como pirámide de Ponzi.

Como se sabe, a la fecha de la reforma, la asesoría de inversión que prestan ciertos agentes del mercado financiero se encuentra sujeta a marcos regulatorios fiscalizados en su cumplimiento por diversas agencias estatales. Así ocurre, por ejemplo, con los bancos, las compañías de seguros y reaseguros, los intermediarios de valores de oferta pública, las administradoras de fondos autorizados por ley y los administradores de cartera fiscalizados por la CMF.

Este nuevo marco regulatorio se aplicará, entonces, a todos quienes presten ese servicio que no tengan una regulación especial en la ley. Se evita así que agentes no sujetos a control participen en el mercado financiero haciendo sugerencias y recomendaciones, sin que existe claridad sobre cuáles

son sus verdaderas motivaciones, los conflictos de interés que los afectan, las políticas de inversión que desarrollan, los riesgos a que exponen a sus clientes; en fin, sin control se pone en peligro la confianza y fe pública, activo esencial para el funcionamiento del mercado de valores, al no existir autoridad que fiscalice como se está afectando ese bien jurídico tutelado en toda esta regulación.

Para efectos de este nuevo marco regulatorio se entenderá por asesorías de inversión la prestación, por cualquier medio, de servicios o la oferta de productos al público general o a sectores específicos de él, relacionados con la inversión en instrumentos financieros de cualquier especie.

De este modo, la nueva regulación incluye tanto la prestación de servicios relacionados con la inversión en instrumentos financieros de cualquier especie como la oferta de productos relacionados con la inversión en instrumentos financieros de cualquier especie.

El medio por el cual se preste la asesoría de inversión es indiferente para esta nueva regulación. Queda afecta a ella la asesoría que se haga en forma verbal, escrita, virtual, por medio de plataformas digitales o en cualquiera otra forma.

Como en toda regulación, el destinatario de la protección que por ella se busca es el público en general o un sector especifico de este. Criterios orientadores sobre el alcance de estos últimos conceptos ya existen en toda la reglamentación que la CMF (y antes la SVS) han realizados sobre el concepto de oferta pública de valores, definido en el artículo 4 de la LMV.

La agencia estatal encargada de fiscalizar el cumplimento de esta nueva regulación es la CMF, la que dispondrá de todas las facultades que le confiere el decreto ley n.° 3538. De igual forma, queda habilitada por el legislador para dictar todas las normas reglamentarias que sean necesarias para hacer operativa y aplicable esta nueva regulación y velar por su cumplimiento.

Para hacer efectiva esta fiscalización se exige que quien se dedique de manera habitual a prestar servicios de asesoría de inversión se deberá previamente inscribir en el Registro que mantenga al efecto la CMF y solo podrá prestar servicios mientras se encuentre registrado en él. Dicho Registro estará permanentemente a disposición del público a través del sitio web institucional.

Se mandata a la CMF para que por norma de carácter general establezca los requisitos de inscripción en el Registro, los casos y procedimiento de cancelación y suspensión del mismo. De igual modo se le autoriza, en caso que lo estime necesario para el adecuado funcionamiento del mercado financiero, para determinar las exigencias que deberán cumplir los asesores de inversión en materia de solvencia, gestión de riesgos, idoneidad y conduc-

ta. Asimismo, queda habilitada para determinar la información mínima que los asesores de inversión deberán proporcionar al público general y a la propia Comisión. Por último, se le faculta para dictar normas diferenciadas en atención a la naturaleza de los servicios o productos de inversión que ofrezcan al público, así como la cantidad de clientes que pudieren verse afectados.

En materia de difusión y propaganda, se establece expresamente que la información, propaganda o publicidad que por cualquier medio se entregue respecto de la oferta de productos o servicios relacionados con la inversión no podrá contener declaraciones, alusiones o representaciones que puedan inducir a error, o que sean equívocos o puedan causar confusión al público acerca de la naturaleza, precios, rentabilidad, rescates, liquidez, garantías, fiscalización o cualquier otra característica de tales productos o servicios o aquellas relativas a quienes los presten.

La información que se entregue al público y que contenga recomendaciones de inversión deberá cumplir los requisitos que establezca la CMF mediante norma de carácter general, en materia de difusión acerca del riesgo, costos, rentabilidades esperadas, conflictos de interés y perfil profesional de los responsables de dicha información, entre otros.

Como se ve, será la potestad reglamentaria ejercida por la CMF la que finalmente determinará el verdadero alcance de todas estas obligaciones de información, difusión y propaganda.

En materia de sanciones, se establece que las infracciones a la regulación que se introduce por este artículo de la Ley n.° 21314 por las entidades inscritas en el Registro, podrán ser sancionadas por la CMF de conformidad a lo dispuesto en el título III del decreto ley n.° 3538.

Adicionalmente se tipifican ciertas conductas como tipo penal, para evitar que agentes no inscritos en el citado registro puedan dedicarse a la asesoría de inversión que ahora se regula.

En efecto, se establece que sufrirán las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados, quienes presten asesorías de inversión de manera habitual sin estar previamente inscritos en el Registro en cita o cuya inscripción hubiere sido suspendida o cancelada.

Por su parte, sufrirán la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio, los que, con el objetivo de inducir a error, difundan información falsa o tendenciosa, aun cuando no persigan con ello obtener ventajas para sí o terceros.

La pena señalada en lo precedente se aumentará en dos grados, cuando:

i) La conducta descrita se realice por quien debiendo estar inscrito en el Registro no lo estuviere al momento de realizarla o
ii) La conducta descrita haya afectado a más de cien personas.

Como se ve, se repiten los criterios indicados en la los artículos 59 y 60 de la LMV que castigan como delito conductas semejantes a las antes descritas.

Estas nuevas regulaciones comenzarán a regir noventa días después de dictada la norma de carácter general por parte de la CMF. Dicha norma deberá ser dictada dentro de los doce meses siguientes al 13 de abril de 2021.

Modificaciones introducidas al DL n.° 3500, sobre Administradora de Fondos de Pensiones.

En lo que antecede, se hizo presente que la gran reforma que se introduce al DL n.° 3500, fue la nueva regulación de la asesoría previsional. Se reemplazó en su totalidad el actual titulo XVII, bajo la denominación "De la Asesoría Previsional".

Asesoría previsional

Después de largas discusiones, que se plasmaron en el Informe de la Comisión Mixta al que ya se hizo referencia, se llegó a la conclusión de que, para cubrir todos los espacios en que la asesoría previsional debía prestarse, protegiendo de forma integral a los receptores de ella, era preciso distinguir y diferenciar entre "asesores previsionales" o "entidades de asesoría previsional" de los "asesores financieros previsionales" o "entidades de asesoría financiera previsional". Estos podrán organizarse como persona jurídica o actuar como persona natural.

Los "asesores previsionales" o "entidades de asesoría previsional" tendrán como objetivo otorgar información a los afiliados y beneficiarios del sistema, considerando de manera integral todos los aspectos que tienen relación con su situación particular y que fueren necesarios para adoptar decisiones informadas de acuerdo con sus necesidades e intereses, en relación con las prestaciones y beneficios que contempla la ley. Comprenderá, además, la intermediación de seguros previsionales. La asesoría deberá prestarse con total independencia de la entidad que otorgue el beneficio.

Respecto de los afiliados y beneficiarios que cumplan los requisitos para pensionarse y de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado, los "asesores previsionales" o "entidades de asesoría previsional" deberán informar en especial sobre la forma de hacer efectiva su pensión según las modalidades previstas en la ley, sus características y demás beneficios a que pudieren acceder según el caso, con una estimación de sus montos.

Por otro lado, serán considerados como "asesores financieros previsionales" o "entidades de asesoría financiera previsional" quienes proporcionen información no personalizada, dirigida por cualquier medio a afiliados, beneficiarios o pensionados del sistema o a grupos específicos de aquellos, respecto de

todos los aspectos que fueren necesarios para adoptar decisiones informadas, en relación con las prestaciones y beneficios que contempla la ley, incluyendo las transferencias entre tipos de fondos de pensiones. Esta asesoría no requerirá de la consideración integral de los aspectos que tienen relación con la situación particular del asesorado para que sea considerada asesoría previsional.

Los "asesores financieros previsionales" o "entidades de asesoría financiera previsional", se regirán por todas las normas aplicables a los asesores previsionales o las entidades de asesoría previsional, según corresponda, a menos que se indique lo contrario.

Los asesores financieros previsionales y las entidades de asesoría financiera previsional, estarán sujetos a la fiscalización conjunta de la Superintendencia de Pensiones y de la Comisión para el Mercado Financiero, debiendo todas las normas de carácter general que emita la Superintendencia de Pensiones para regular a los asesores financieros previsionales y las entidades de asesoría financiera previsional, ser dictadas mediante resolución conjunta con la Comisión para el Mercado Financiero.

Como se ve, la asesoría previsional personalizada, dirigida en particular a un cotizante, indicándole cuales son las alternativas previsionales más favorables considerando su situación específica, queda dentro de la órbita de la asesoría previsional, bajo la fiscalización de la Superintendencia de Pensiones. En cambio, aquella cuyos destinatarios sea un grupo indeterminado de personas, que puede llegar a condicionar la conducta de muchos, con eventuales efectos sistémicos en el mercado financiero, que tiene tanto un componente previsional como financiero, al motivar a las personas a trasladarse de un fondo a otro, queda dentro de la órbita de la asesoría financiera previsional y cae dentro del perímetro regulatorio tanto de la Superintendencia de Pensiones (SP) como de la CMF.

Para hacer posible este control y fiscalización, se ordena la creación de registros públicos, uno para cada tipo de asesoría, debiendo inscribirse en ellos quienes quieran dedicarse a la prestación de estas asesorías. Aquel donde deben inscribirse los asesores previsionales y las entidades de asesoría previsional lo llevara la SP. En forma conjunta la CMF y la SP llevarán el registro en el cual deberán inscribirse los asesores financieros previsionales y las entidades de asesoría financiera previsional. Para proteger e incentivar el desarrollo de la actividad de asesoría solo a través de entidades fiscalizadas y controladas por la agencia estatal, se establece una suerte de monopolio legal del giro de asesoría previsional y asesoría financiera provisional, al establecerse la prohibición de que ninguna persona natural o jurídica que no se encontrare inscrita en alguno de los registros referidos pueda arrogarse la calidad de entidad de asesoría previsional, de asesor previsional, de entidad de asesoría financiera previsional o de asesor financiero previsional, según corresponda.

Cada una de estas agencias estatales de supervisión y control (SP y CMF), según sus competencias, podrán establecer, mediante norma de carácter general, requisitos diferenciados para los asesores previsionales, las entidades de asesoría previsional, los asesores financieros previsionales y las entidades de asesoría financiera previsional en función del tipo de asesoría previsional que presten, así como la clase de destinatarios que tales asesorías contemplen.

En los artículos 173 a 177 del DL n.° 3500 se describen los requisitos de forma y de fondo que deberán cumplir las entidades que quieran prestar la asesoría previsional y/o la asesoría financiera previsional, así como aquellos a cumplir por los socios, accionistas, administradores, representantes legales y las personas que tengan a su cargo realizar las funciones de asesoría previsional. También las obligaciones que deberán cumplir y las prohibiciones a que quedan afectos.

Entre otras, cabe destacar las siguientes:

a) constitución de garantía, mediante boleta de garantía bancaria o la contratación de una póliza de seguros que, al efecto, autorice la CMF para responder del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad y, especialmente, de los perjuicios que puedan ocasionar a los afiliados, beneficiarios o pensionados que contraten sus servicios de asesoría previsional. El monto no podrá ser menor a 500 UF, ni mayor a 60 000 UF;
b) el artículo 174 indica los requisitos que deberán cumplir los socios, accionistas, administradores y representantes legales de las entidades de asesoría previsional y las entidades de asesoría financiera previsional y sus dependientes que desempeñen la función de asesoría previsional, así como los asesores previsionales y los asesores financieros previsionales, entre los que destaca la necesidad de acreditar los conocimientos suficientes sobre materias previsionales y de seguros mediante la rendición y aprobación de una prueba de conocimientos específicos;
c) indica también quienes no podrán ser socios, accionistas, administradores y dependientes que desempeñen la función de asesoría previsional y representantes legales de las entidades en comentario;
d) entre otros, prohíbe esta actividad a quienes sean directores, socios, accionistas, ejecutivos principales, gerentes, apoderados o dependientes de una Administradora de Fondos de Pensiones, aseguradora, reaseguradora, liquidadora de siniestros o entidades que conformen el grupo empresarial de estas sociedades y a los socios, accionistas, directores, gerentes, ejecutivos principales, apoderados o dependientes de agencias de valores, corredoras de bolsa, Sociedad Administradora de Fondos de Cesantía o de administradoras de la

Ley n.° 20712, o entidades que conformen el grupo empresarial de aquellas;

e) responderán hasta de la culpa leve en el cumplimiento de las funciones derivadas de las asesorías previsionales que otorguen a los afiliados o sus beneficiarios y estarán obligadas a indemnizar los perjuicios por el daño que ocasionen.

Los servicios de asesoría previsional o de asesoría financiera previsional deberán quedar, en cuanto a los derechos y obligaciones de cada parte, sujetos a un contrato de prestación de servicios cuyo contenido mínimo será establecido mediante norma de carácter general que dictará por la SP y para el caso de las entidades de asesoría financiera previsional y los asesores financieros previsionales, dicha norma de carácter general deberá ser dictada junto con la CMF. Los honorarios totales por concepto de asesoría previsional no podrán superar el 1,5 de los fondos de la cuenta de capitalización individual del afiliado destinados a pensión, ni podrán exceder un monto equivalente a 60 UF.

Las personas o entidades que deben estar inscritas en el Registro de Asesores Financieros Previsionales, deberán inscribirse a más tardar el primer día hábil del sexto mes posterior al 13 de abril de 2021. La SP y la CMF deberán dictar la norma de carácter general que regulará el procedimiento de inscripción en dicho registro, a más tardar el primer día hábil del cuarto mes posterior al 13 de abril de 2021.

Por último, cabe precisar que también se hicieron otras modificaciones menores (art. 25, 61 bis y 98 bis) para ajustar el texto del DL 3500 a las nuevas regulaciones que introduce la Ley n.° 21314.

Las modificaciones introducidas al decreto ley n.° 3500 de 1980, comenzarán a regir el primer día hábil del tercer mes posterior al 13 de abril de 2021.

Modificaciones introducidas al DL n.º 3538 de 1980, orgánico de la Comisión para el Mercado Financiero

Las modificaciones directas al DL 3538 y aquellas que amplían su perímetro regulatorio al entregársele más facultades como consecuencia de la modificación introducida a otros cuerpos legales, referidos en lo precedente, se pueden agrupar en seis grandes ideas:

i) aumento de las sanciones penales y pecuniarias;

ii) incorporación como regulación nueva la figura del denunciante anónimo;

iii) prohibición explicita de compra y venta de valores para directores y ejecutivos en los treinta días previos a la divulgación de los estados financieros de una sociedad;

iv) modificaciones al tratamiento sobre operaciones con partes relacionadas para reforzar los resguardos a los accionistas minoritarios;
v) se incluyó a las asesorías de inversión y también a las asesorías financieras previsionales, dentro del perímetro de regulación y fiscalización de la Comisión;
vi) se autorizó la interconexión de las bolsas de valores, quedando sujeto todo ese proceso a la regulación infralegal que deberá dictar la CMF.

En este apartado solo se hará referencia al aumento de las sanciones monetarias y a la figura del denunciante anónimo, ya que las otras materias fueron abordadas al analizar las modificaciones a los cuerpos legales donde aparecen incorporadas y reguladas.

Incremento de sanciones pecuniarias

Uno de los objetivos que ya viene enunciado en el Mensaje del Ejecutivo y que luego se fue fortaleciendo en la tramitación del proyecto, fue el de incrementar la cuantía de las sanciones pecuniarias y la penalidad de alguno de los delitos que se tipifican en la LMV. Esto último ya fue analizado en lo que antecede.

Dentro de las amplísimas atribuciones generales que el artículo 5 le reconoce a la CMF, está la de estimar el monto de los beneficios, expresado en su equivalente en unidades de fomento, que hayan percibido los infractores al título XXI de la LMV, que se refiere a la operación con información privilegiada, señalándolo en la resolución que aplique la sanción. Se reemplazó la expresión 'percibido', por 'obtenido', para dar mayor claridad sobre el monto del beneficio y evitar cuestionamientos judiciales sobre la certeza de lo que finalmente obtuvo el infractor como consecuencia de su actuación.

En la misma idea de dar mayor certeza sobre el beneficio obtenido y de facilitar el cálculo del beneficio, evitando así que ello se traslade a una discusión en tribunales, en el mismo n.° 20 del artículo 5°, se reemplazó el criterio sobre el cual este se calcula, al pasar de tener como base el precio de mercado promedio ponderado del valor de oferta pública en los sesenta días anteriores al de la fecha de la transacción, por el criterio que considera tanto las ganancias que se hayan producido como las pérdidas que se hubieren evitado mediante la transacción con información privilegiada.

En materia de sanciones pecuniarias a que quedan afectas las sociedades anónimas y empresas bancarias sujetas a la fiscalización de la Comisión que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Comisión, se aumenta la cuantía de las multas, a un mon-

to global por sociedad, de 15 000 UF a 100 000 UF. En el caso de haber sido sancionado anteriormente por infracciones de la misma naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado. O sea, podría llegarse hasta 500 000 UF.

Se trata de un significativo incremento de la cuantía de las multas, todo ello estimulado, además, por la crítica social que se hizo fuerte con motivo del denominado caso Cascadas, en que las multas que finalmente se terminaron pagando fueron insignificantes en relación con los beneficios obtenidos por los infractores, a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional que declararon inaplicable la parte del artículo 36 que autorizaba a la CMF para determinar la cuantía de la multa como un porcentaje de la operación irregular.

Con el mismo propósito de dar más claridad y certeza a la facultad alternativa que tiene la CMF de aplicar una multa proporcional (30%), se cambia la base sobre la cual se deberá efectuar ese cálculo. De considerarse como base el monto de la emisión, registro contable u operación irregular, se pasa ahora a considerar como base solo a las operaciones sancionadas. O sea, el criterio que se introduce es calcular la cuantía de la multa proporcional sobre el monto de las operaciones sancionadas, cuestión que aparece más clara y objetiva. Este mismo criterio base se emplea ahora si la CMF quiere aplicar la sanción de multa sobre la base del doble de los beneficios obtenidos. Estos deben calcularse ahora sobre las operaciones sancionadas.

En la misma línea, y ahora en materia de sanciones pecuniarias a que quedan afectas las personas o entidades diversas de las sociedades anónimas y empresas bancarias que incurrieren en infracciones a las leyes, reglamentos, estatutos y demás normas que las rijan, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Comisión, se aumenta la cuantía de las multas de 15 000 UF a 100 000 UF. En el caso de haber sido sancionado anteriormente por infracciones de la misma naturaleza, podrá aplicarse una multa de hasta cinco veces el monto máximo antes expresado. O sea, podría llegarse hasta 500 000 UF.

Como ya se dijo, se trata de un significativo aumento de la cuantía de las multas que pretende desincentivar a los agentes económicos al ilícito, de momento que el costo de la infracción normativa pasa a ser mayor a la cuantía del beneficio que se pudiera percibir por la infracción.

En relación con la cuantía de la multa proporcional (30%) que la Comisión puede aplicar a estas personas, también se cambia el criterio base. Se reemplaza el actual, que considera la emisión, registro contable u operación irregular, por el criterio base de las operaciones sancionadas. Este mismo criterio base se emplea ahora si la CMF quiere aplicar la sanción de multa sobre la base del doble de los beneficios obtenidos. Estos deben calcularse ahora sobre las operaciones sancionadas.

Denunciante anónimo

La gran discusión que precedió a la incorporación de esta nueva figura a la ley, fue lo relacionado con el beneficio pecuniario que se le reconoce al denunciante anónimo.

En la discusión parlamentaria que se suscitó en torno a esta figura se confrontaron los dos modelos principales que existen en la legislación comparada en cuanto al funcionamiento de la misma. Por una parte, el bloque oficialista defendió la propuesta del Ejecutivo en cuanto a adoptar un modelo de protección del denunciante (o modelo europeo) sin compensación económica y cuestionó la opción del modelo de recompensa y, por otra, la oposición abogó precisamente por la implementación de un modelo con recompensa, según lo originalmente planteado por la Cámara de Diputadas y Diputados, que fue el que finalmente se aprobó en la Comisión Mixta.

Como se sabe, la herramienta de la delación compensada, conceptual y valoricamente muy cercana a la figura del denunciante anónimo, se ha ido incorporando progresivamente al ordenamiento jurídico nacional, sin que se hayan olvidado los cuestionamientos éticos que esta figura sigue provocando en el medio local. Premiar al infractor a cambio de su colaboración.

Primero se incorporó en materia penal, para ayudar en la investigación y esclarecimiento de los tipos penales más graves (terrorismo, tráfico de sustancias, corrupción) y que erosionan en su esencia las bases de la convivencia y de la institucionalidad. Luego se agregó a la legislación que ampara y protege la libre competencia (DL n.° 211) para ayudar a descubrir y castigar el ilícito de colusión, al ser considerada esta infracción –hoy también delito– la más grave que castiga aquella regulación. Después se agregó la figura de la colaboración del presunto infractor, con la variante de la autodenuncia en al ámbito de competencia de la Comisión para el Mercado Financiero. Por último, también hay una figura de la colaboración eficaz recientemente incorporada a la ley de defensa de los derechos del consumidor (n.° 19496).

En todos los casos citados, el infractor que colabora en el esclarecimiento del ilícito, obtiene como beneficio o la eximición de la responsabilidad penal, rebaja de la pena o la extinción de la sanción pecuniaria o una rebaja de la misma.

Si bien en la figura del denunciante anónimo no cabe la persona del infractor, al incorporar esta herramienta se dio un paso que nunca antes se había dado en el ordenamiento jurídico nacional –y que probablemente se replicara en otras regulaciones–, como lo es el de premiar con una recompensa o compensación económica a quien denuncie y permita el conocimiento de una infracción, como ha ocurrido ahora con la incorporación de esta nueva figura del denunciante anónimo.

Una de las razones más importante que se tuvo a la vista para avanzar en esta novedad regulatoria, fue la diferencia abismal que presenta el ordenamiento jurídico nacional entre el ámbito público y el privado. Los funcionarios públicos, en virtud de normas tanto del *Código Procesal Penal* como de la Ley n.º 20205 ("protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad"), tienen un deber de denunciar no solo delitos, sino que, también, irregularidades administrativas (especialmente relacionadas con la probidad). Además, en los casos que el funcionario público presenta denuncia se le concede la posibilidad de resguardar su identidad y, expresamente, se le garantiza protección laboral.

En el ámbito privado, por el contrario, los particulares no tienen una obligación de denunciar, pero, como contrapartida, tampoco encuentran mayores incentivos a hacerlo, pues no existe un estatuto de protección global para el denunciante, debiendo acudirse a la coordinación entre distintas normativas y criterios jurisprudenciales para tratar de consolidar un espacio de resguardo a quien se decida colaborar con la autoridad[7].

Si bien es cierto que la recompensa económica es uno de los incentivos más osados entre las opciones posibles, no solo por las consideraciones éticas que pudiera haber a su respecto, sino que, además, por consecuencias prácticas no menores, tales como el peligro de fomentar denuncias falsas y dudas sobre su valor probatorio, se estimó que los beneficos de incorporarla serían superiores a los costos que se deriven de ello.

Calidad de denunciante anónimo

De acuerdo con la nueva regulación, se tendrá la calidad de denunciante anónimo y se podrá acoger a las disposiciones del título VII de la ley, siempre y cuando así lo solicite a la Comisión de manera expresa, quien, de manera voluntaria y en la forma establecida por la Comisión mediante norma de carácter general, colabore con investigaciones aportando antecedentes sustanciales, precisos, veraces, comprobables y desconocidos por esta para la detección, constatación o acreditación de infracciones de las leyes que sean materia de competencia de la Comisión, o de la participación del presunto infractor de dichas infracciones[8].

[7] Ragúes y Belmonte (2021), pp. 1-29.

[8] La NCG se encontrará en consulta entre el 3 de mayo de 2021 y el 28 de mayo de 2021, con el objetivo de que los distintos actores o usuarios del mercado financiero manifiesten, entre otras, sus inquietudes respecto de: a) el procedimiento de denuncia que se pretende establecer; b) la definición dada para los parámetros establecidos para determinar el carácter sustancial, preciso, veraz, comprobable y desconocido de los antecedentes aportados y, c) Si los factores propuestos para determinar el porcentaje especifico de recompensa resultan ser claros y suficientes.

De este modo, podrá aspirar al beneficio no solo quien ayude al descubrimiento de la infracción, sino que, también, quien permita acreditarla.

La calidad de denunciante anónimo solo se adquiere a partir de la dictación de la resolución fundada que emita la Comisión en la que esta manifieste que se cumple con las condiciones exigidas en el nuevo artículo 82, cuyo contenido específico y de detalle, como se vio, queda entregado a la dictación de una norma de carácter general por la CMF.

La norma de carácter general deberá contener parámetros objetivos para determinar el carácter sustancial, preciso, veraz, comprobable y desconocido de los antecedentes aportados. Probablemente del contenido de esta norma de carácter general dependerá el éxito de esta nueva figura.

Como es obvio, no podrá tener la calidad de denunciante anónimo quien haya incurrido en la conducta sancionada o tengan la calidad de víctima de la misma. El infractor sí podrá acogerse al beneficio de la colaboración eficaz.

La resolución que le reconoce la calidad de denunciante anónimo podrá dictarse en el momento que la Comisión lo estime conveniente, incluso antes del inicio de la investigación y deberá ser notificada al denunciante.

Garantías para el denunciante anónimo

Se le garantiza la reserva de su identidad; se le asegura que no pueda ser objeto de represalias de tipo laboral con efectos patrimoniales, y se le libera de responsabilidad civil y penal que se pueda originar con motivo de la colaboración que presto en la investigación de la infracción.

En efecto, la resolución que le reconoce la calidad de denunciante anónimo, así como la identidad del denunciante anónimo, tendrán el carácter de secreto, salvo que el mismo denunciante renuncie a dicho anonimato.

Incluso, la identidad de aquellas personas que soliciten la calidad de denunciante anónimo y entreguen antecedentes relativos a infracciones legales de materias de competencia de la Comisión tendrá el carácter de secreto, aun cuando tales antecedentes no sean suficientes para dictar la resolución referida en el inciso primero de este artículo.

Adicionalmente, toda persona que haya tomado conocimiento de la identidad de un denunciante anónimo o de quien haya solicitado tal calidad, tendrá el deber de guardar secreto respecto de cualquier antecedente que permita identificar a dicho denunciante, siéndole aplicable la facultad de abstenerse de declarar conferida por el artículo 303 del *Código Procesal Penal* y la de no ser obligado a declarar conforme al artículo 360 del *Código de Procedimiento Civil*.

Uno de los aspectos que se trató intensamente en la discusión parlamentaria, fue el de generar mecanismos que le aseguren al denunciante el reguardo de su identidad. El incentivo de este, más allá del beneficio económico a que aspira, también se verá condicionado por el temor a sufrir represalias o venganzas, para lo cual el resguardo de su identidad es esencial para el éxito de esta nueva figura.

Con tal propósito, a fin de resguardar la identidad del denunciante, asegurando así la eficacia de esta nueva herramienta, se establece expresamente que la infracción del deber de guardar secreto respecto de la persona del denunciante o de quien tomó conocimiento de la identidad del mismo, se castigará con multa de diez a treinta unidades tributarias mensuales. En caso de que el infractor desempeñare funciones en la Comisión u otro organismo público, dicha infracción será sancionada, además, con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados. Asimismo, dará lugar a responsabilidad administrativa y se sancionará con destitución del cargo.

Adicionalmente, para evitar que el denunciante anónimo quede expuesto a responsabilidad penal, administrativa y civil por colaborar en la investigación o sea sujeto de represalias laborales con efecto patrimonial, se aseguró de que no se podrá poner término a contratos de prestación de servicios con un denunciante anónimo, o suspender el inicio de estos, motivado en el hecho de que este hubiere colaborado con una investigación, estableciéndose la sanción de nulidad absoluta para todo acto que se ejecute en contravención a tal prohibición. Se le aseguro, además, para el caso de que el denunciante anónimo demandare alegando la infracción de esta prohibición, que será la parte demandada la que deberá probar que el acto no estuvo motivado por esa causa[9].

Se estableció un plazo de prescripción que extingue la acción de nulidad, ya que no se podrá alegar contravención a esta prohibición por haberse puesto término a un contrato de prestación de servicios, después de transcurridos cinco años contados desde la fecha en que la resolución que aplicó la sanción de multa, en el proceso administrativo para el cual el denunciante anónimo colaboró, se encuentre firme.

El denunciante anónimo que colabore con la Comisión, de conformidad al artículo 82, no será penal ni administrativamente responsable por efectuar dicha colaboración. Asimismo, tampoco será civilmente responsable por los perjuicios que se produzcan por el solo hecho de realizar la referida colaboración.

[9] La calidad de denunciante anónimo se acredita con certificado emitido por la Comisión. El juicio en que se alegue contravención a esta prohibición deberá someterse a los trámites del procedimiento sumario.

Compensación económica a que tiene derecho

En cuanto a la compensación económica, el denunciante anónimo tendrá derecho a recibir un porcentaje de la multa que se aplique como consecuencia de la investigación y procedimiento en los cuales colaboró.

El porcentaje será definido por la Comisión en la resolución sancionatoria, conforme a parámetros objetivos establecidos en una norma de carácter general, con la limitante de que el denunciante no podrá recibir un monto menor al 10%de la multa aplicada, y en ningún caso un monto superior al menor valor entre el 30% de la multa aplicada o 25 000 UDF.

La CMF establecerá, mediante norma de carácter general, la forma de distribución de dicho monto cuando distintos denunciantes anónimos hubieren colaborado en las mismas conductas sancionadas.

Se trata de un potente incentivo económico que puede llegar a poco más de un millón de dólares estadounidenses.

Será la Tesorería General de la República, una vez que la resolución sancionatoria respectiva se encuentre firme y la multa y haya sido enterada por el infractor, a la que le corresponderá entregar a cada denunciante anónimo el monto antes referido.

Y si la compensación económica no fuera suficiente y potente incentivo para la denuncia, la motivación se incrementa aún más, ya que el monto percibido por el denunciante anónimo no constituirá renta y las operaciones necesarias para efectuar el pago correspondiente gozarán de secreto bancario.

Por último, con la finalidad de evitar la propagación de denuncias infundadas, temerarias o que solo busquen hacerse del beneficio económico, se castiga a quien solicite que se le otorgue la calidad de denunciante anónimo, aportando antecedentes a sabiendas de que estos son falsos o fraudulentos, con las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

En síntesis, como se ve una profunda reforma a las regulaciones del mercado financiero, que abarca desde los gobiernos corporativos de las sociedades, amplia el perímetro regulatorio de las agencias estatales y crea figuras que, sin duda, ayudaran en la investigación y descubrimiento de ilícitos que afectan el funcionamiento del mercado de capitales.

Bibliografía

Ragués Ramón y Matías Belmonte (2021). "El incentivo de las denuncias como instrumento de prevención y persecución penal: presente y futuro del whistleblowing en Chile". Revista *Política Criminal*, vol 16, n.º 31. Disponible en http://politcrim.com/wp-content/uploads/2021/04/Vol16N31A1.pdf

DOLO ANTICOMPETITIVO: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL AGENTE ECONÓMICO COACCIONADO, Y EN ESPECIAL LA DEL DELATOR COMPENSADO

ANTICOMPETITIVE FRAUD: CIVIL RESPONSIBILITY OF A COERCED ECONOMIC AGENT, AND PARTICULARLY OF A LENIENCY APPLICANT GRANTED WITH IMMUNITY

Felipe Vega Gómez[*]

Resumen: En este artículo se pretende analizar la hipótesis de coacción en la legislación antimonopólica, y la responsabilidad reparatoria que se genera sobre el agente económico que la padece en sus distintas fases de verificación, esto es, considerando el marco temporal que cubre desde la gestación hasta la consumación del injusto monopólico. Del mismo modo, se propondrá una solución para aquellos casos de ilícitos anticompetitivos dolosos en que el elemento subjetivo del tipo se verifica con dolo no intencional, teniendo en consideración que en la responsabilidad extracontractual el factor de atribución de responsabilidad delictual exige la intención positiva de producir daño.

Palabras claves: Coacción, dolo anticompetitivo, libre competencia, delación compensada.

Abstract: This article tries to analyze the hypothesis of coercion in the antitrust legislation, and the reparative responsibility that is generated on

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctorado en derecho Universidad de Los Andes, Chile. Correo electrónico: fivega@miuandes.cl.

the economic agent that endure it in its different verification phases, that is, considering the time frame that it covers from the gestation until the consummation of the unfair monopoly. In the same way, a solution will be proposed for cases of anticompetitive illicit maliciously intended in which the subjective element of the type is verified with unintentional fraud, taking into account that in extracontractual liability the attribution factor of delictual responsibility requires the positive intention to produce injury.

Keywords: coercion, anticompetitive fraud, antitrust, leniency.

Planteamiento de la problemática

La totalidad de las legislaciones avanzadas en materia de derecho a la libre competencia consagran como una de las herramientas para los entes persecutores, en su tarea de descubrir y desmantelar carteles, la posibilidad de que los partícipes de esos ilícitos monopólicos se acojan a programas de clemencia, que compensan al delator con la eximición o reducción de la sanción; tanto en la multa a enterar en arcas fiscales como en la responsabilidad penal –e, incluso, la civil– derivada de la infracción.

Con independencia de la especificidad de la compensación que se otorga al delator en cada jurisdicción, siempre la consagración de esta necesaria herramienta[1] viene de la mano con la prohibición de otorgar el beneficio de esta denominada delación compensada[2] a aquellos miembros del cartel que hubieren coaccionado a otros agentes económicos para participar en el ilícito. En este contexto, nuestra legislación antimonopólica, contenida en el decreto ley n.° 211 (DL 211), dispone en su artículo 39 bis que el o los agentes económicos individualizados por la Fiscalía Nacional Económica (FNE) como acreedores del beneficio de exención, no podrán ser sancionados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) con una

[1] La necesariedad de su consagración no tiene relación con criterios de morales de justicia, sino que, en cambio, proviene de datos empíricos. En efecto, la evidencia muestra que tras el establecimiento de esta herramienta en las principales jurisdicciones, en 1993 en Estados Unidos y en 1996 en la Unión Europea, la cantidad de carteles desbaratados por las autoridades antimonopólicas aumentó exponencialmente; misma tendencia que se puede apreciar en Chile tras su consagración en el año 2009. La razón de ello se encuentra en el establecimiento de incentivos para minar las confianzas en los miembros de un cartel.

[2] En términos generales, Arturo Yrarrázaval conceptualiza la delación compensada como la situación en la que un delator formaliza una denuncia contra una o varias personas y es compensado por el hecho de acusar..Yrarrázaval (2012), p. 255.

multa superior a la solicitada por el fiscal, ni con la disolución de la personalidad jurídica, salvo que, como prescribe la norma, "se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a participar en ella".

Surge, entonces, la problemática en torno a determinar la naturaleza del acto de coacción, y sus diversas manifestaciones a través del desarrollo del *iter* colusivo. La importancia de este análisis discurre por determinar el surgimiento de responsabilidades subsecuentes a la responsabilidad infraccional, especialmente el régimen de responsabilidad civil al que debe quedar sujeto el delator coaccionado, que es la que en este trabajo se aborda. Al respecto, el inciso final del artículo 39 bis del DL 211 prescribe que, en ningún caso, el régimen de exenciones o reducciones de la delación compensada podrá extenderse a la indemnización de perjuicios que tuviere lugar.

Para abordar la problemática planteada, el enfoque metodológico que se utilizará será el dogmático, contrastando la doctrina especializada sobre la materia con la legislación vigente; así como un análisis tópico sobre la base de los pronunciamientos jurisprudenciales recaídos sobre la problemática estudiada. De esta manera, en primer lugar, se determinará el elemento subjetivo específico que debe concurrir en los acuerdos o prácticas concertadas. En un segundo apartado, se evidenciarán las distintas formas de surgimiento y verificación de la coacción en el ámbito de la libre competencia entre agentes económicos. En una tercera parte, el estudio se centrará en dar respuesta a la cuestión sobre el régimen de responsabilidad civil a que quedan sujetos los miembros de un cartel respecto de los cuales, habiéndoseles conferido clemencia por delatar el ilícito, se logró acreditar el elemento de coacción. En una cuarta y última sección, se distinguirán dos tipos de coacción: coacción física y coacción económica. La primera, que se denominará "mera coacción", enerva la voluntad misma del agente económico que la padece, impidiendo el surgimiento de un acuerdo o práctica concertada. La segunda, que se denominará "coacción monopólica", dejando subsistente un retazo de voluntad en el agente económico, permite la configuración del ilícito monopólico y legitima el juicio de reproche estatal sobre el mismo.

Como se tendrá ocasión de concluir, en lo relativo al régimen de responsabilidad civil al que quedan sujetos los delatores compensados por su ilícito civil, sean estos coaccionadores o coaccionados, la división de la deuda entre ellos dependerá de la intensidad de sus dolos y de su contribución causal a la producción del daño.

I. Verificación del elemento volitivo en los injustos monopólicos en general y en la colusión en particular

1. El tipo universal antimonopólico y los tipos de la parte especial del derecho a la competencia

La legislación antimonopólica, integrante del bloque del derecho económico, establece –junto a la moral, el orden público y la seguridad nacional– un límite extrínseco a la garantía constitucional de desarrollar actividades económicas[3]. Límite que el DL 211 logra neutralizando posiciones de dominio ilegítimamente alcanzadas, mantenidas o ejercidas[4]. Para lograr este cometido, la técnica del legislador antimonopólico fue comenzar la descripción típica con la consagración de una cláusula general[5] o tipo universal anticompetitivo, que sanciona al 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" (inciso primero del artículo 3° del DL 211).

Enseguida, el inciso segundo del artículo 3° prescribe un catálogo no taxativo[6] de injustos monopólicos[7], distinguiendo entre:

---

[3] Fermandois (2006), p. 129.

[4] Aunque, en un primer momento, la jurisprudencia de la Corte Suprema –siguiendo las conclusiones de Barros (2007), p. 1042– discurrió sobre el equívoco de resolver que el derecho antimonopólico busca "neutralizar posiciones de dominio", CONADECUS con Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2014) y FNE con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2016), esta posición se ha tendido a corregir en la conclusión de que no cualquier posición de dominio debe ser neutralizada, sino que solo aquellas "ilegítimamente alcanzadas, mantenidas o ejercidas", FNE con Agrícola Agrosuper S.A. y otros (2015). En el mismo sentido, la disidencia de la ministra Sandoval y del ministro Aránguiz señaló, correctamente: "la sola circunstancia que las demandadas ostenten poder de mercado no configura una infracción a la libre competencia, toda vez que las conductas proscritas se relacionan con un abuso de aquel poder, cuestión que no se configura en la especie", CONADECUS con Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2014). Véase Vega (2020) p. 251.

[5] Utilizan esta denominación Enrique Barros: Barros (2007), p. 1.046 y Hernán Corral: Corral (2013), p. 329.

[6] El carácter no taxativo del catálogo se deriva de la literalidad de la norma del inciso segundo del artículo tercero, que prescribe: "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...".

[7] Domingo Valdés conceptualiza el injusto monopólico como una infracción típica, antijurídica, dolosa o negligente, mediante la cual se pone en riesgo o lesiona causalmente el bien jurídico libre competencia. Valdés (2006), p. 228.

i) ilícito de acuerdo o práctica concertada, de la letra a);
ii) ilícito de abuso de posición dominante unilateral o colectiva, de la letra b);
iii) ilícito de competencia desleal, de la letra c) y
iv) ilícito de *interlocking* horizontal directo, de la letra d).

Ya sea que se trate de un ilícito anticompetitivo que se corresponda con el tipo universal del inciso primero o con cualquiera específico dentro del catálogo del inciso segundo, el juicio de reproche estatal de los atentados contra el bien jurídico libre competencia[8] exige siempre que se verifique la concurrencia del elemento subjetivo en la ejecución del hecho o la celebración del acto o convención. Este factor de imputación, que legitima el reproche en el ámbito de las infracciones administrativas, puede satisfacerse con la comisión culposa, la comisión dolosa o el criterio de la culpa infraccional; pues no tiene cabida en el derecho antimonopólico la responsabilidad estricta u objetiva. La doctrina y jurisprudencia es pacífica en torno a las conclusiones antedichas, y no se adentrará en ellas, pues se apartaría de los propósitos de este trabajo[9].

[8] Respecto del bien jurídico tutelado por la libre competencia, bien señala Julio Alvear:, "la libre competencia es un instituto jurídico que asegura la justicia del mercado, sin afectar su eficiencia", Alvear (2017), p. 121. En este trabajo no se concuerda con la conclusión de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que identifica el bien jurídico tutelado con el bienestar de los consumidores, CONADECUS con Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2016). Contrariamente a lo concluido por el máximo tribunal, existen razones de diverso orden interpretativo que impiden equiparar el bien jurídico libre competencia con el bienestar de los consumidores; esta es una relación de igualdad artificiosa que, incluso, conlleva la desprotección de los consumidores. Un análisis detallado sobre este punto en Vega (2020) p. 250.

[9] En doctrina, Enrique Vergara es de la opinión que el principio asentado por la doctrina penal, conforme al cual el tipo objetivo tiene un necesario correlato subjetivo, es plenamente aplicable a los ilícitos infraccionales monopólicos, Vergara (2006), p. 64; por ello, los tipos anticompetitivos dolosos requieren para su verificación del elemento dolo, aunque sea eventual, Barros (2007), p. 1046. Siguiendo a Tiedemann, Jakobs y Roxin, en el medio local, Cristián Banfi es de la misma opinión, concluyendo que las conductas anticompetitivas: "dan lugar a una responsabilidad infraccional que debe ser aplicada con estricto apego a los principios constitucionales de legalidad y culpabilidad. El acto anticompetitivo y las sanciones aparejadas al mismo son cualitativamente equivalentes a los ilícitos penales. El hecho que la responsabilidad por atentados a la libre competencia no sea denominada 'responsabilidad penal' obedece a una decisión política antes que jurídica. Por eso, no cabe presumir la responsabilidad infraccional, es necesario observar el principio *non bis in idem* y el castigo tiene que ser proporcionado al ilícito". Banfi (2014), p. 40.

La jurisprudencia de la Corte Suprema, por su parte, ha resuelto que el factor de imputación en la conducta del requerido debe ser establecido en relación con el hecho que se persigue y por el cual se le condena, FNE con Farmacias Ahumada y otros (2012). El TDLC, por su parte, ha resuelto que en sede de libre competencia el incumplimiento normativo solo puede

Pero de esta realidad normativa no se sigue que cada uno de los ilícitos monopólicos puedan admitir indistintamente, desde el punto de vista subjetivo, todos los tipos de comisión. En efecto, ciertos atentados contra el bien jurídico libre competencia pueden solo reprocharse en la hipótesis de comisión dolosa, excluyendo figuras de actuaciones imprudentes o culposas; cual es el caso de la competencia desleal y de los acuerdos o prácticas concertadas[10]. A continuación, y para los efectos de este trabajo, se estudiará específicamente el último de estos atentados anticompetitivos.

2. *La exigencia de comisión dolosa en el injusto monopólico de acuerdo o práctica concertada*

a) El tipo objetivo de acuerdo o práctica concertada como un tipo de resultado o de peligro

Como se adelantara, este ilícito infraccional está regulado en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211, que prescribe que se considerarán como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos:

> "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".

La norma antes transcrita es fruto de la reforma del año 2016, en que se introdujo la tipificación de los denominados "carteles duros" o "carteles de núcleo duro"[11], en que se buscaron sancionar –siguiendo la legislación comparada– los acuerdos o prácticas concertadas por la sola verificación de la conducta típica (ilícitos *per se*[12]), cuando esta recae sobre las variables

dar origen a responsabilidad administrativa cuando es culpable, por lo que no tiene cabida la responsabilidad estricta u objetiva, FNE con Cencosud S.A. y otros (2019).

[10] Sobre la exigencia de comisión dolosa en el ilícito anticompetitivo de competencia desleal, bien se ha resuelto por la Corte Suprema que no se admite imprudencia o culpa en su comisión, COESAM S.A. con Comisión Preventiva Central (2005).

[11] Se entiende por carteles de núcleo duro aquellos que recaen, específicamente, sobre las variables de fijación de precios; procesos licitatorios; establecimiento de restricciones o cuotas de producción y división o reparto de mercado a través de la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio. Fonseca (2017), p. 68.

[12] Puede apreciarse esta intención del legislador en diversos pasajes de la discusión parlamentaria, por ejemplo, en la intervención del Fiscal Nacional Económico de la época ante

competitivas de precio, cantidad o reparto de zonas o cuotas de mercado. Así queda claro la historia fidedigna del establecimiento de la norma antes transcrita[13].

Sin embargo, la técnica legislativa empleada en la reforma de 2016 no parece haber sido la adecuada para consecución de los fines previstos en la historia de la ley, pues, razones hermenéuticas, llevan a concluir que sería jurídicamente incorrecto afirmar que la nueva redacción de la norma permita sancionar los carteles denominados "duros" por la mera verificación de los elementos del tipo prescrito en la letra a). Esto es, su sanción como un ilícito de mera actividad.

En efecto, por una parte, el tipo universal del inciso primero del artículo 3° al consagrar el tipo universal anticompetitivo exige una puesta en peligro o una efectiva lesión del bien jurídico libre competencia. Mientras que el encabezado del inciso segundo del mismo artículo 3° prescribe:

> "se consideran, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos"

cada uno de los literales que regula; siendo el primer literal aquel relativo a los acuerdos o prácticas concertadas. Por otra parte, en el ámbito sancionatorio, en que el Estado ejerce el *ius puniendi*, el principio de tipicidad impide al adjudicador aparejar una sanción a una hipótesis de hecho sobre la base de lo discutido en la historia fidedigna del establecimiento de la norma[14].

---

la pregunta de un diputado sobre la licitud de un acuerdo de precios entre competidores en beneficio de los consumidores, en el contexto de una situación de emergencia; donde la respuesta del representante del ente persecutor fue categórica, expresando: "lo importante es aclarar que la intención es perseguir los cárteles *per se*, más allá de sus efectos, como sucede en los delitos de peligro…esto viene de la tradición anglosajona y se busca entregar el mensaje que no hay cartel bueno, cualquier acuerdo entre competidores queda excluido". Biblioteca del Congreso Nacional. "Historia de la Ley N° 20.945", p. 199.

[13] Sin embargo, no quedó claro en la historia fidedigna del establecimiento de la norma si en la discusión parlamentaria se quiso situar a los acuerdos o prácticas concertadas recaídos sobre procesos licitatorios, como una especie de cartel duro. De una lectura detenida de la historia de la ley, pareciese ser que no, pues se dejó constancia que, en el caso de esta variable competitiva, el lenguaje utilizado incorpora la exigencia de una afectación real del resultado licitatorio. Biblioteca del Congreso Nacional, "Historia de la Ley N° 20.945", p. 199.

[14] Aunque a la fecha de elaboración de este trabajo no ha existido pronunciamiento jurisdiccional sobre la nueva redacción típica que sanciona los acuerdos o prácticas concertadas, es de esperarse que la aplicación de la regla por parte de los tribunales, frente a la deficiencia de la técnica legislativa y respetando el principio de tipicidad, en una correcta adecuación hermenéutica de las normas, mantenga su jurisprudencia conforme a la cual cada uno de los literales del inciso segundo del artículo 3° no son más que ejemplos del tipo universal del

En cambio, será siempre necesario que se verifiquen los requisitos previstos en el inciso primero del artículo 3°: que el cartel duro impida, restrinja o entorpezca la libre competencia (ilícito de resultado) o, al menos, tienda a producir dichos efectos (ilícito de peligro). Por ello, más que afirmar que hoy los carteles duros pueden sancionarse *per se* en Chile (ilícito de mera actividad), lo cierto es que la nueva regulación introdujo más bien una inversión de la carga probatoria, y no suprimió el resultado o el peligro de la estructura objetiva del tipo; serán los requeridos o demandados por esta clase de ilícitos los encargados de desvirtuar la pretensión sancionatoria, probando que el acuerdo o práctica concertada que involucró a competidores entre sí, no impidió, restringió o entorpeció la libre competencia (no lesionó el bien jurídico), ni tendió a producir dichos efectos (no puso en peligro el bien jurídico).

Una innovación normativa de la reforma del año 2016 que sí tiene aplicación indiscutible respecto de los acuerdos o prácticas concertadas es la inclusión como sujetos activos de la conducta a los agentes económicos en eslabones superiores o inferiores de la cadena productiva. Mientras que la antigua norma sancionaba a los "competidores entre sí", la nueva redacción reemplaza esta expresión por "que involucren a competidores entre sí". Con esta nueva redacción típica, los acuerdos o prácticas concertadas no solo son sancionables respecto de los competidores que los acuerdan y ejecutan, sino que, además, por los agentes económicos que los involucraron en la práctica o concierto anticompetitivo; ya sea en los eslabones superiores de la cadena productiva –como serían un acuerdo o práctica concertada en que los productores involucraron a competidores–, o en eslabones inferiores –como serían un acuerdo o práctica concertada en que los distribuidores involucraron a competidores–. Esta forma de concierto triangular en los acuerdos o prácticas concertadas es lo que se conoce como colusión del tipo *hub & spoke*[15].

De lo dicho hasta este punto, es posible concluir que los agentes económicos que pueden ser sujetos activos del ilícito monopólico de acuerdo o práctica concertada del literal a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211, son tanto los competidores como los agentes económicos que los involucren; ya sea en una conducta que efectivamente se concrete en una lesión al bien jurídico libre competencia, como en una conducta que solo se erija como una puesta en peligro al referido bien jurídico.

inciso primero del mismo artículo 3°, FNE con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2015) y FNE con Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble (2015).

[15] Donde los competidores son los *spoke*, que se comunican entre sí por medio de uno o más *hub*, que pueden ser productores o distribuidores, y que coordinan a los *spoke* a través de restricciones verticales, conformando un anillo de coordinación (*rim*). Al respecto véase Orbach (2016), pp. 4 y 5.

Respecto a esto último, del tenor literal de la norma del artículo 3° del DL 211 parece no desprenderse si el peligro sancionado comprende tanto al peligro concreto como al abstracto o, bien, solo al peligro concreto. Una interpretación de la prescripción de peligro "o que tienden a producir dichos efectos" en el contexto del ejercicio del ejercicio de potestades sancionatorias lleva a la conclusión de que la hipótesis de peligro está contemplada bajo la modalidad de peligro concreto.

Como precisa Claus Roxin, en la modalidad de peligro concreto, la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual (se haya producido un peligro real), por lo que, si no se produjo efectivamente el resultado, es solo por casualidad[16]. Claus Roxin incluye a los delitos de peligro concreto dentro de los delitos de resultado, distinguiéndolos de los delitos de lesión acabados, no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente, de manera que los delitos de peligro concreto:

> "se distinguen de los delitos de lesión acabados [...] no por criterios de imputación divergentes, sino porque en lugar de un resultado lesivo aparece el resultado de peligro típico correspondiente. Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un conceto 'peligro de resultado' en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido. Este peligro [...] ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior (por tanto, *ex ante*; cfr. nm. 32); si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un 'resultado de peligro concreto' y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas *ex post*"[17].

Esta conclusión se justifica en el principio de lesividad, que limita el ejercicio de la punición estatal, pues la exigencia de lesividad presupone que la conducta sujeta a reproche, además de cumplir con los elementos típicos objetivos y subjetivos, debe causar una lesión o, a lo menos, una puesta en peligro al bien jurídico[18], de lo contrario, pierde legitimidad el ejercicio del

[16] Roxin (2015), p. 336.

[17] *Op. cit.*, p. 404.

[18] Cabezas (2013), p. 87. Pero, como afirma Claus Roxin, no se trata de cualquier peligro, sino que, en cambio, se exige que se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo; incluso, aunque se pretenda la mayor abstracción posible, para concordar esta abstracción típica con la culpabilidad, se requiere que las acciones sean "aptas" para la perturbación de la paz pública, de modo que la punibilidad de estos delitos se haga depender de la "imprudencia sin consecuencias". Roxin (2015), pp. 407, 409, 411.

ius puniendi, que se despliega sobre los particulares como *ultima ratio*[19]. Por ello, una correcta interpretación de la hipótesis normativa de peligro de la norma del artículo 3° del DL 211 debe llevar a concluir que no es lícito para el TDLC arribar a una sentencia arbitraria en términos de deducir, en el discurso de adjudicación de la norma, una posibilidad abstracta de lesión.

Como se ha dicho, la intervención del *ius puniendi* en hechos de leve entidad, y con un disvalor de evento casi nulo, desvaloriza las armas del Estado y, por lo demás, va acompañada de un riesgo de pérdida de credibilidad en el sistema[20]. Y, aunque la doctrina penal discuta sobre la admisión de los delitos de peligro abstracto en el ordenamiento vigente, lo cierto es que las divergencias de opiniones en dicha sede pueden tener lugar en la medida en que el *ius puniendi* estatal manifestado en el derecho penal resguarda debidamente a los acusados bajo una serie de garantías sustantivas y adjetivas –como las del *in dubio pro reo* y de la exigencia de una sanción sujeta al estándar de superar toda duda razonable– que establecen límites formales y materiales el ejercicio de la potestad penal. En este trabajo se estima que la presencia tenue de algunas de estas garantías, y la absoluta exclusión de otras, resta fuerza y argumentos a cualquier postura que pretenda incluir en el *ius puniendi* estatal manifestado en el ámbito infraccional, hipótesis de infracciones de peligro abstracto.

De esta manera, y por las razones antedichas, en este trabajo se estima correcta la jurisprudencia de la Corte Suprema, en el único caso en que se ha pronunciado sobre el particular, que ha adherido a una interpretación de la prescripción "o que tienden a producir dichos efectos" como una hipótesis de peligro concreto:

> "[…] En todo caso cabe advertir que la potencialidad de un efecto anticompetitivo no significa asumir una respuesta arbitraria en términos de deducir una posibilidad abstracta de lesión, sino que se alude a un peligro concreto, razonablemente determinable y previsible en cada caso particular"[21].

Por último, se debe precisar que en los ilícitos monopólicos de peligro la casualidad impide que, finalmente, el resultado de peligro generado se

[19] Por ello, algunos autores, como Kindhäuser, quizá con razón, sostienen que los delitos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar "seguridad", por lo que son una infracción del cuidado debido. Claus Roxin no concuerda con esta conclusión, pues, a su juicio "la despreocupación y falta de temor sólo se pueden suscitar mediante la protección de los bienes jurídicos amenazados. Véase Roxin (2015), pp. 409-410.

[20] Moccia (2003), p. 196.

[21] FNE con Agrícola Agrosuper S.A. y otros (2015).

concrete o verifique; no es una casualidad referida a lo inexplicable según las ciencias naturales, sino que, en cambio, como una circunstancia en cuya producción no se puede confiar; por ello, toda "causa salvadora" basada en una feliz concatenación de circunstancias, no excluye la responsabilidad por el ilícito de peligro concreto[22]. Por ello, es que el riesgo de lesión, adecuado y no permitido, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior (y, por tanto, *ex ante*).

Para una mayor claridad de lo expresado, se puede apreciar esta conceptualización de los ilícitos monopólicos de peligro en un ejemplo simple respecto del ilícito de acuerdo o práctica concertada: los dos más altos ejecutivos del área de *pricing* de dos empresas duopólicas se conciertan en unas vacaciones en el extranjero, en que tuvieron la oportunidad de reunirse para fijar el precio de venta de los productos de sus empresas, concretando ese acuerdo de precios en un memorándum (que resguardan en una caja fuerte), pero en su regreso de las vacaciones el vuelo sufre un lamentable accidente, falleciendo todos los pasajeros (incluyendo a los ejecutivos de *pricing*) y en los vestigios las autoridades encuentran el referido memorándum, ¿es sancionable la conducta?. En este trabajo se estima que sí, pues la conducta concertada efectivamente puso en peligro el bien jurídico protegido, bajo la modalidad de peligro concreto[23], y la verificación de una feliz circunstancia salvadora no impide el reproche de la conducta.

b) El tipo subjetivo de colusión como un tipo dolo

La colusión –en cualquiera de sus clases o modalidades– solo admite comisión dolosa, pues la exigencia típica para su configuración, con independencia de la variable competitiva sobre la que recae, es un acuerdo (expreso o tácito) o una práctica concertada, que involucra a competidores entre sí. Ambos conceptos, acuerdos y prácticas concertadas, hacen referencia a un mismo elemento anímico de cooperación anticompetitiva, que suprime el actuar independiente de los agentes económicos, llevándolos o tendiéndolos a llevar, a la obtención de rentas sobrenormales (monopólicas o cuasimonopólicas), que no serían posibles de obtener en un escenario competitivo.

[22] A este respecto, en este trabajo se sigue una teoría normativa del resultado peligro, sustentada inicialmente por Schünemann, y seguida por Claus Roxin. Véase Roxin (2015), pp. 405-406.

[23] Cosa distinta es que, por la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad infraccional (artículo 26 del DL 211), la sanción de multa pueda ser ínfima –o, incluso, nula, quedando solo sujetos a una sanción de medidas (artículo 3° del DL 211)– y no se castigue con la disolución de las personas jurídicas. Los agentes económicos serán responsables y, consecuentemente, debe considerárseles como reincidentes el futuro.

Por lo antedicho, no puede configurarse el ilícito monopólico de colusión por mero descuido o negligencia de un agente económico[24], pues, además de los hechos materiales o actos de cooperación, se requiere un deliberado propósito de coordinación. Cualquiera sea el grado de contribución de cada agente económico: ya sea instigando (o siendo instigado); liderando (o siendo liderado); supervisando y monitoreando la cooperación (o siendo supervisado y monitoreado) o sancionando y disciplinando (o siendo sancionado y disciplinado). Y cualquiera que sea la motivación o finalidad subyacente a la decisión de cooperar anticompetitivamente, por más loable (o reprochable) que pueda parecer esta finalidad. De esta manera, es acertada la decisión de la Corte Suprema que concluye que el injusto monopólico de colusión excluye actuaciones imprudentes o culposas:

> "Que la afirmación previamente consignada permite afirmar a esta Corte, que la comparte, que el cargo formulado no se logró establecer, desde que el mencionado artículo 3º letra c) establece una serie de actuaciones que deben ser voluntarias o dolosas, esto es, que tengan la intención de provocar determinado resultado. Por lo tanto, no puede comprender figuras en que la voluntad esté ajena, y sea el producto de actuaciones imprudentes o culposas como fue calificada la actuación de la denunciada por la propia Comisión Preventiva Central en el dictamen que por medio del reclamo que se analiza se pretende restablecer. Ello, sin perjuicio de lo que se expresa sobre la tipificación de las supuestas infracciones"[25].

Siguiendo con este análisis, es posible concluir que, mientras un agente económico puede decidir cooperar ilícitamente con su competidor para no ser desplazado del mercado (por haber sido amenazado o sancionado), el otro puede decidir hacerlo para mantener o aumentar su participación de mercado. En ambos casos, se verifica el elemento anímico del propósito de cooperación anticompetitiva, y se justifica o legitima el consecuente reproche de culpabilidad y la reacción estatal, por cuanto concurre el dolo anticompetitivo de actuación para obtención ilícita de rentas sobre normales.

[24] No al menos, sin vulnerar el principio de reserva legal y tipicidad, pues, como se viene diciendo, a la luz de la redacción típica del artículo 3 letra a) del DL 211, solo puede concluirse una hipótesis dolosa de comisión de la colusión. En otras palabras, por más reprochable que pudiese resultar la imprudencia en el contexto de un actuar con competidores (por ejemplo, en el contexto de un paralelismo consciente), no es punible dicha conducta. Del mismo modo que, por más reprochable que pudiese resultar, no es punible un acuerdo o práctica concertada entre competidores si esta no conlleva una lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico tutelado; no al menos, sin violentar el principio de lesividad.

[25] COESAM S.A. con Comisión Preventiva Central (2005).

c) Dolo anticompetitivo como dolo normativo

En la conceptualización del dolo en sede de libre competencia (dolo anticompetitivo) se adhiere al dolo propio de la corriente funcionalista, sustentada por Claux Roxin, que sustrae del dolo las pretensiones psicologistas, y busca normativizar el mismo estableciendo parámetros de actuación[26].

De esta manera, fluye la conclusión de que la conciencia de ilicitud es un elemento que no tiene la virtud eximente de responsabilidad infraccional, aunque sí tiene virtud atenuante. Así se ha resuelto por la jurisprudencia[27], y se estima en este trabajo una solución acertada, pues, como afirma la doctrina especializada sobre protección de las expectativas legítimas de los administrados, de momento que la autoridad ejecutiva declara que una determinada conducta es lícita, en contraposición con la regulación general, la protección de las expectativas legítimas impone concluir que la confianza informal generada influye en mayor medida en la libertad individual que la regulación general[28].

En cuanto al papel de la voluntad en la configuración del dolo anticompetitivo, puede distinguirse entre dolo anticompetitivo directo, dolo anticompetitivo indirecto (o directo de segundo grado) y dolo anticompetitivo eventual. A estas dos últimas clases o modalidades de dolo, en el ámbito penal, una parte de los autores los refiere como dolo no intencional[29].

En el dolo anticompetitivo directo, el hecho, acto o convención contrario a la libre competencia para la obtención de rentas sobre normales (ilícitas), es la meta, fin y objetivo que persigue el agente económico; por lo que, entonces, el elemento volitivo del dolo anticompetitivo es claramente distinguible del elemento cognitivo. En el dolo anticompetitivo indirecto, en cambio, el hecho, acto o convención contrario a la libre competencia para la obtención de rentas sobre normales (ilícitas) se representa por el agente económico como una consecuencia necesaria de su actuar; por lo que, entonces, el elemento volitivo del dolo anticompetitivo adquiere una simi-

[26] En este trabajo no se comparte la estructuración del injusto monopólico de Domingo Valdés, quien, siguiendo el finalismo clásico, sugiere una averiguación psicológica en el reproche de los agentes económicos, como exigencia de una conducta exteriorizada que se corresponde con una deliberación determinada. Véase en este punto Valdés (2006) p. 291.

[27] Ha fallado el TDLC que la circunstancia de que los demandados o requeridos hubiesen consultado a especialistas, FNE con AM Patagonia y otros (2008), o hubiesen actuado a instancia de la autoridad, FNE con Sociedad de Transportes Central Ltda. (2010), influye sobre la percepción de la conducta como lícita y, en este sentido, se ha atenuado la responsabilidad infraccional por concurrir esta percepción de licitud.

[28] Phillips (2020) pp. 257 y 259.

[29] Málaga (2018), p. 150. Aunque otra parte de la doctrina rechaza esta conceptualización, Zuccalá (2001), p. 1402.

lar preponderancia respecto del elemento cognitivo. Finalmente, en el dolo anticompetitivo eventual, el hecho, acto o convención contrario a la libre competencia para la obtención de rentas sobre normales (ilícitas) se erige solo como una consecuencia posible; por lo que, entonces, el elemento volitivo del dolo anticompetitivo se encuentra disminuido frente al elemento cognitivo, pero subsiste[30, 31].

Sin embargo, en este trabajo se estima que es más acertado concluir que en la configuración del dolo anticompetitivo –la voluntad (querer) y conocimiento de los elementos típicos, en cada uno de los ilícitos monopólicos–, la imputación subjetiva debe construirse no a partir del conocimiento actual del agente económico, sino que, en cambio, sobre el conocimiento que le es exigible al agente económico, de conformidad con su poder de mercado y el mercado relevante en que se desenvuelve. De esta manera, el conocimiento real del agente económico respecto de los elementos típicos de cada injusto de monopolio, resulta absolutamente irrelevante, pues lo verdaderamente importante es poder imputar la responsabilidad infraccional en la medida en que el conocimiento le era exigible[32]. Aunque siempre se debe insistir, esta exigibilidad de conocimiento se debe determinar respecto de cada agente económico, conforme al poder de mercado y el mercado relevante específico en que se desenvuelve; nunca, conforme a un criterio de un ficticio "agente económico medio"[33], pues ello significaría suprimir por completo el juicio de culpabilidad y, por ello, volvería ilegítimo el ejercicio del *ius puniendi*[34].

[30] Aunque debe reconocerse que la doctrina penal se encuentra discutiendo fervientemente el papel de la voluntad en el dolo, especialmente, en el denominado dolo eventual. Para algunos autores, en las tres formas de dolo (directo, indirecto y eventual) el único factor común es el factor intelectual. Véase Greco (2017), p. 30 y ss.

[31] Aunque tradicionalmente los tratadistas penales justifican la distinción entre dolo eventual y dolo directo desde un ángulo estrictamente conceptual dogmático, se pueden encontrar trabajos que tratan abordan esta distinción acudiendo a criterios de política criminal para criminalizar a los marginalizados por la sociedad; por lo que el dolo eventual es culpa, pero con un agregado: "es un comportamiento culposo con un elemento agravatorio del injusto", Bustos (2004), p. 242.

[32] En este punto, se sigue la concepción adscriptiva o normativa del dolo, sustentada por Magdalena Ossandón en el ámbito de la receptación aduanera. Véase Ossandón (2008), p. 74.

[33] En este punto, se siguen las conclusiones de Alex van Weezel, en torno a que el reproche de no evitabilidad del tipo –respecto de un conocimiento que pudo no haberse tenido, pero que debía tenerse– no debe ser juzgado según un "hombre medio". Véase Van Weezel (2009), p. 39 y ss.

[34] Esta exigencia resulta ineludible si es que se consideran los siguientes ejemplos. En un mercado relevante desde el punto de vista geográfico ubicado en una zona urbana y desde el punto de vista del producto correspondiente, por ejemplo, a un producto farmacéutico, existe

II. La coacción en sede de libre competencia: Mera coacción y coacción monopólica

En términos generales, en el ordenamiento jurídico chileno la coacción se refiere al ejercicio de fuerza ilegítima que tenga una entidad suficiente para suprimir la voluntad del sujeto que la padece, esto es, fuerza física o psicológica irresistible. El ejercicio de este tipo de violencia, al eliminar la voluntariedad del acto, impide el surgimiento de cualquier tipo de responsabilidad (civil, administrativa y penal). Y como puede ser ejercida por cualquier sujeto capaz, en los hechos, de suprimir la voluntad del sujeto contra el cual la ejerce, bien puede denominársele como "mera coacción"; pues el ejercicio de violencia física o psicológica irresistible está consagrado como eximente de responsabilidad conforme a las reglas generales, y no requiere consagración expresa.

Sin embargo, la Ley n.° 20361 de 13 de julio de 2009, al reglamentar la delación compensada en materia de carteles incluyó específicamente la locución coacción con una finalidad específica: privar de la compensación al delator que, organizando la conducta ilícita, coaccionó a los demás integrantes del cartel para participar en este ilícito. Como este tipo de coacción solo está prevista para un agente económico que forme parte de un cartel y sea capaz, en los hechos, de lograr mediante su ejercicio la inclusión de otro agente económico al ilícito monopólico de colusión, bien puede llamársele "coacción monopólica"; pues se requirió de una legislación expresa para darle lugar y exige determinadas calidades desde el punto de vista activo y pasivo.

Esta nueva reglamentación plantea desafíos interpretativos para determinar el sentido y alcance que debe dársele a la voz 'coacción' en materia de delación compensada. En este capítulo, el trabajo se centrará en la búsqueda de una conceptualización para esta nueva regulación, para lo cual, se examinarán razones de índole gramatical, históricas, lógicas, sistemáticas y teleológicas.

---

un conocimiento exigible respecto de los agentes económicos oligopólicos, que, incluso, superan (o deben superar) un nivel medio de conocimiento. Pero la conclusión es absolutamente diversa si se considera un mercado relevante, desde el punto de vista geográfico ubicado en una alejada zona rural de pastoreo, donde solo existen dos pastores en cientos de kilómetros a la redonda. En este último caso, al ser solo dos agentes económicos productores y con productos insustituibles (por el factor de distancia), aunque la teoría económica concluye que tienen posición dominante en ese mercado relevante (desde el punto de vista geográfico y del producto), sería un completo error exigirles un conocimiento juzgándolos de conformidad a un ficticio "agente económico medio"; en este último caso no hay un conocimiento actual de los pastores, ni hay un conocimiento que sea exigible para poder imputar, legítimamente, responsabilidad infraccional, pues el dolo anticompetitivo se encuentra totalmente ausente, situándonos en el ámbito del error de tipo.

La razón de acudir a las reglas interpretativas del *Código Civil* (artículos 19 al 24) es que, al no contemplar la legislación antimonopólica del DL 211 reglas particulares sobre materia interpretativa, es no solo legítimo, sino que, además, obligatorio para el intérprete acudir a las reglas del *Código* de Andrés Bello; de lo contrario, si el ente jurisdiccional se aparta de la corrección de la decisión jurídica (discurso de aplicación) invocando la corrección de la norma jurídica (discurso de fundamentación, que le corresponde exclusiva y excluyentemente al legislador), se excederían las exigencias del discurso de aplicación de las normas[35].

De las normas sobre interpretación de las leyes se extrae la conclusión de que el genuino sentido tiene una preeminencia, y este no se encuentra de cualquier manera, sino que siguiendo las reglas de interpretación[36]. Y esto es así, pues nuestro codificador civil desconfiaba de interpretaciones torcidas; lo que se puede apreciar en diversos pasajes de sus obras. En *Principios de derecho internacional* escribió Andrés Bello que sabida

> "la razón que ha determinado la voluntad del que habla, han de interpretarse sus palabras de manera que se conformen con ella. Mas es preciso saberla de cierto, y no atribuirle intenciones o miras dudosas para violentar el sentido. Mucho menos será lícito suponer motivos secretos, contrarios a los que él mismo ha declarado"[37].

Y en una nota de Andrés Bello al "Proyecto inédito" se lee que las palabras de una ley

> "han de interpretarse de manera que se conformen a la razón que ha determinado la voluntad del legislador; pero es preciso saberlo de cierto y no atribuirle intenciones imaginarias para hacerle violencia al sentido [...]"[38].

Más clarificadoras resultan las expresiones de Andrés Bello que constan en sus columnas de *El Araucano*, de donde se desprende que la fijación de las reglas interpretativas, como las preceptúo, buscaban evitar el recurso de los intérpretes a espíritus imaginarios, ficticios, irreales o fantásticos que hiciesen violencia al sentido de la ley sustituyendo el intérprete la idea del legislador por la suya propia[39].

Dicho lo anterior, resulta claro que en la tarea de buscar el sentido de la voz 'coacción' del artículo 39 bis del DL 211, hay que respetar una estric-

[35] Velasco (1998), pp. 257-278.
[36] Brito (2011), p. 60.
[37] *Op. cit.*, p. 82.
[38] *Ibid*.
[39] *Op. cit.*, pp. 82-83.

ta sujeción a las reglas de los artículos 19 al 24 del *Código Civil*. Precisamente, es la ambigüedad de la ley, la posibilidad de atribuirle diversos sentidos, la fuente más frecuente e importante de oscuridad de una expresión, en los términos del artículo 19 del *Código Civil*[40].

1. Argumento de orden gramatical

Como el legislador no distinguió entre la coacción que suprime absolutamente la voluntad del agente económico coaccionado de aquella que la condiciona gravemente, pero la deja subsistente, no corresponde al intérprete efectuar dicha distinción sobre la base únicamente del elemento gramátical. Por lo que, en principio, la locución en análisis sería comprensiva de ambos tipos de coacción.

Sin embargo, y como se verá a continuación, del estudio de los restantes elementos de interpretación se concluye que la coacción a la que se refiere el DL 211 en el artículo 39 bis abarca únicamente la *coactio conditionalis*, quedando relegada la *coactio absoluta* a la fase de formación del ilícito infraccional, conforme a las reglas generales de responsabilidad.

2. Argumento de orden histórico

Desde el punto de vista histórico, consta en la historia fidedigna de la Ley n.º 20361 que la limitación para optar al beneficio de exención de multa fue propuesta en segundo trámite constitucional ante la Cámara Revisora, en que la Comisión de Hacienda del Senado aprobó por unanimidad la expresión "salvo que se acredite durante el proceso que dicho acreedor fue el organizador de la conducta ilícita"[41].

El ministro de Economía (s) de la época, solicitó dejar expresa constancia en el informe, para los efectos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que ambos requisitos (el carácter de organizador y haber coaccionado a los demás), son copulativos, y que "para todos los efectos de la comprensión de esta figura se ha seguido el modelo aplicable de la Unión Europea"[42].

Sin embargo, explicando más profundamente lo discutido en la Comisión Mixta, el senador Novoa –quien propuso a los miembros de la Comisión Mixta incluir como requisito copulativo que el organizador de la conducta ilícita actuó coaccionando a los demás a participar en ella– precisó

[40] Brito (2011), p. 87.

[41] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, "Historia de la Ley N° 20.945", (n. 39), p. 444.

[42] *Op. cit.*, p. 547. Énfasis agregado.

que lo que resolvió por unanimidad la Comisión Mixta, y aprobado por la Cámara es que el beneficio no se le otorgue al organizador cuando este haya coaccionado a los demás, esto es, usando su posición dominante para obligar a los otros a entrar a un cartel:

> "El señor Novoa (presidente).- El Senado aprobó una norma en virtud de la cual el organizador de una conducta ilícita no podría beneficiarse de la exención de la multa en caso de que él hiciera la denuncia pertinente. Es decir, la delación compensada, que se aprobó acá, no beneficiaría a quien organizara la conducta ilícita.
>
> Por su parte, la Cámara rechazó esa modificación estimando que cualquier persona que formulara la denuncia sería acreedora a dicho beneficio.
>
> Ese fue el único punto de controversia entre ambas Corporaciones.
>
> ¿Qué resolvió hoy por unanimidad la Comisión Mixta, y también –según entiendo– la Cámara de Diputados?
>
> Que el beneficio no se le otorgue al organizador cuando este haya coaccionado a los demás, esto es, usando su posición dominante para obligar a los otros a entrar a un cartel.
>
> Tal propuesta parece una solución bastante razonable"[43].

El análisis del elemento histórico resulta, por una parte, insatisfactorio, pero, por otra, entrega importantes elementos para desentrañar el verdadero sentido y alcance de la expresión legal a interpretar. Es insatisfactorio respecto a la tarea de dilucidar el alcance de la voz 'coaccionando' del artículo 39 bis del DL 211, la referencia al modelo de la Unión Europea, puesto que el derecho comunitario no es homogéneo en la inclusión de la hipótesis de coacción económica como causal de pérdida del beneficio de delación, pues solo el Reino Unido y España admiten esta hipótesis, por lo cual es una referencia multívoca que no es decidora.

En el Reino Unido, las autoridades entienden que este tipo de coacción (que denominamos monopólica) se refiere a "una presión económica fuerte que haga de la salida del mercado un riesgo real"[44]. En España, las autoridades excluyen del beneficio de la exención al agente económico respecto del cual se dispongan elementos de prueba que acrediten

[43] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, "Historia de la Ley N° 20.945", (n. 39), p. 555. Énfasis agregado.

[44] Traducción libre y énfasis agregado. En el original, el texto de la Office of Fair Trading se refiere en específico a "such strong economic pressure as to make market exist a real risk". Reino Unido. Office of Fair Trading. *Applications for leniency and no-action in cartel cases*, p. 27. Cabe hacer presente que en el mismo texto se excluyen de la hipótesis las presiones dañinas de mercado cercanas a las salidas de mercado, pero que solo terminan por reducir los márgenes de utilidades ("harmful market pressure which falls short of risking market exist but may reduce profit margins").

> "la concurrencia de coacciones, una presión económica tan fuerte como para crear un riesgo real de expulsión del mercado, boicot o negativa de suministro"[45].

Sin embargo, hay un pasaje de la historia fidedigna que es muy relevante en la tarea interpretativa que se pretende, pues del pasaje antes transcrito (que los comisionados tuvieron presente al momento de aprobar la nueva normativa) se deja en claro que es el uso de la posición dominante el medio para ejercer la coacción a la que se refiere la norma del artículo 39 bis del DL 211. En contraposición, el ejercicio de violencia física o psicológica –*coactio absoluta*– no tiene relación con la posición dominante (concepto jurídico-económico), sino que se refiere a la mera facticidad, propio de la intimidación criminal, de poder anular la voluntad de otro; lo cual puede ser ejercido por un insignificante competidor, o una persona natural no competidora, en contra de un agente con poder de mercado.

En cambio, un agente que detenta una posición dominante en el mercado puede ejercer coacción económica –*coactio conditionalis*– sobre un competidor sin ejercer violencia física o psicológica. De esta manera, fluye de la historia fidedigna del establecimiento de la norma una importante conclusión para la tarea interpretativa.

3. Argumento de orden lógico

Identificar la coacción a que se refiere el artículo 39 bis del DL 211 con la *coactio absoluta*, llevaría a operar –en beneficio del delator que alega ser coaccionado– una causal de exculpación o de exención de responsabilidad. Ello, por cuanto la *coactio absoluta* suprime por completo la voluntad del que la padece, por el ejercicio de violencia física o psicológica. En consecuencia, el delator que solicita clemencia alegando que fue coaccionado por un competidor, quedaría exento de responsabilidad administrativa, penal y civil; esta última, por cuanto un hecho que no tiene como antecedente un actuar voluntario no permite fundar la responsabilidad civil extracontractual. Pues bien, una interpretación sobre la base del elemento lógico arroja un doble argumento para sostener que es la coacción monopólica (*coactio conditionalis*) la contemplada por la norma en materia de delación compensada.

Un primer argumento de orden lógico se encuentra consignado en el mismo artículo 39 bis, pues este artículo no contempla hipótesis alguna en

[45] España. Comisión Nacional de la Competencia. *Comunicación sobre el Programa de Clemencia*, p. 7. Puede apreciarse en esta directriz oficial de la autoridad española, que se efectúa una clara distinción entre coacción (que en Chile se denomina mera coacción) y presión económica tan fuerte como para crear un riesgo real de expulsión del mercado (que en Chile se denomina coacción monopólica).

que el delator que acude a la FNE a solicitar clemencia pueda ser exculpado por haberse probado el ejercicio de coacción en su contra, mas solo contempla la posibilidad de estar exento de multa, pero siempre considerado culpable de la infracción. Es más, en el inciso final del artículo 39 bis se prohíbe expresamente dicha solución (de exculpación del delator), al prescribir que "En ningún caso, este régimen de exenciones o reducciones podrá extenderse a la indemnización de los perjuicios que tuviere lugar". Por lo tanto, hay una norma legal expresa que prohíbe al TDLC exculpar al delator que alegó ser coaccionado, siendo siempre civilmente responsable, aunque se pruebe la hipótesis de coacción (económica). Esta conclusión es consistente con la amplitud gramatical del concepto al que se hizo referencia en los párrafos anteriores, pues la *coactio conditionalis* no suprime del todo voluntad de quien la padece, y ese retazo de voluntad es el que permite fundar en su contra la responsabilidad delictual, que sirve de sustento para reclamar la indemnización civil posterior por dicho ilícito.

Un segundo argumento de orden lógico se encuentra al contrastar la hipótesis normativa del artículo 39 bis con la prescripción de la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211. La coacción regulada en el artículo 39 bis está referida exclusivamente a un ilícito monopólico: el acuerdo o práctica concertada entre competidores, regulado en la letra a) del artículo 3º del DL 211. De esta manera, la hipótesis de coacción del artículo 39 bis supone la configuración previa de un acuerdo o práctica concertada entre competidores, el que no podría tener lugar si se concluyese que esta coacción se corresponde con la *coactio absoluta*, pues esta forma de coacción anularía toda posible configuración de un acuerdo o práctica del agente económico que la padece, excluyendo la tipicidad de su conducta, no pudiendo este participar en un cartel; en circunstancias de que la norma del artículo 39 bis impide otorgar al beneficio de la delación al agente económico respecto del cual se acreditó durante el proceso que fue el organizador de la conducta ilícita coaccionando a los demás a "participar en ella". Luego, no puede predicarse participación en un ilícito respecto del agente económico que no concurrió con su voluntad; se requiere que intervenga con su voluntad en algún grado (aunque sea mínimo), lo que solo podría tener lugar bajo la hipótesis de *coactio conditionalis*.

4. Argumento de orden sistemático

La mera coacción o *coactio absoluta* está regulada en todas las sedes del ordenamiento jurídico nacional como una causal de exención de responsabilidad penal, civil o administrativa. Específicamente, en el ámbito penal y administrativo no puede estimarse lícito el ejercicio del *ius puniendi* del Estado sobre

los particulares, cuando estos particulares no han actuado voluntariamente, sino que, en cambio, han sido instrumentalizados por un tercero para la comisión de un hecho ilícito.

Así, por ejemplo, el *Código Penal* ordena eximir de responsabilidad criminal al que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable (artículo 10, número 9). Por lo que en estos casos se enerva el juicio de reproche mismo que podría realizarse sobre el sujeto, pues el reproche estatal presupone la voluntariedad del acto.

Del mismo modo, el reproche en sede de libre competencia solo puede predicarse respecto de hechos, actos o convenciones en que ha intervenido la voluntad del agente económico. Solo bajo esta premisa es que puede efectuarse el juicio de culpabilidad sobre la conducta. Por ello, la normativa contenida en el DL 211 que permite la reacción punitiva del Estado incluye, desde su nacimiento en el ordenamiento jurídico, las causales de exculpación propias del derecho administrativo sancionador. No se requiere regulación expresa de las causales de exculpación, por razones de índole constitucional que delimitan el ejercicio del *ius puniendi*.

Este razonamiento ha sido expresamente recogido por la jurisprudencia del TDLC[46] y de la Corte Suprema[47]. Ello, sin hacerse referencia alguna al concepto de coacción del artículo 39 bis del DL 211.

De esta manera, si se estimase que la coacción a que hace referencia el artículo 39 bis viene consagrar en el sistema del DL 211 una causal de exculpación, se tendría que concluir (para ser consecuentes con el argumento) que con anterioridad a la Ley n.º 20361 la violencia física o psicológica no tenía virtud exculpante. Esto, como se dijo, es un error, pues la *coactio absoluta* (mera coacción) es una causal de exculpación que no requiere consagración expresa, pues su ausencia fundamenta el ejercicio mismo del *ius puniendi* estatal.

De la interpretación sistemática resulta claro, entonces, que la *coactio absoluta* es una causal de exculpación que impide la configuración misma del ilícito infraccional (por ausencia absoluta de voluntad); enerva el juicio de reproche. Y resulta igualmente claro que esta forma de coacción no re-

[46] Por ejemplo, el TDLC ha resuelto que "corresponde sancionar al sujeto que incumplió total o parcialmente la medida pudiendo haberla cumplido y exculpar a aquél a quien le resultó imposible cumplir". FNE con SMU S.A. (2015).

[47] Por ejemplo, ha fallado la Corte Suprema que, para que se configure el ilícito de colusión, "es necesario que se acredite la voluntad o intención" y que "en materia de sanciones por infracciones administrativas puede decirse que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas". Véase, al respecto, FNE con Farmacias Ahumada y otros (2012).

quería de una consagración especial en el artículo 39 bis del DL 211, toda vez que su configuración se desprende y opera a partir de las normas generales en materia sancionadora.

Dicho esto, el análisis del elemento sistemático viene a reforzar el argumento según el cual la coacción regulada por el artículo 39 bis del DL 211 solo puede identificarse con la *coactio conditionalis*; representada en sede de libre competencia por el agente económico que en uso de su posición dominante coacciona económicamente a su competidor.

5. Argumento de orden teleológico

El derecho a la competencia tiene como objetivo primordial la neutralización de posiciones de poder de mercado ilegítimamente alcanzadas, mantenidas o incrementadas[48]. Objetivo que fue considerado en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley n.º 20361, al legislar sobre la coacción que impide otorgar la exención de multa. Se consideró, como se revisó en el análisis del elemento histórico, que el delator-coaccionador es un sujeto activo calificado, pues se requiere que detente una posición dominante para obligar (al coaccionado).

Por ello, una identificación de la voz que se está interpretando con la *coactio absoluta*, implicaría desentenderse del *thelos* del derecho a la competencia, pues la intimidación criminal puede ser ejercida por cualquier individuo o agente económico que tenga los medios fácticos (como un arma o un rehén) para anular la voluntad de quien la padece, por medio del ejercicio de violencia física o psicológica. Ello, con independencia de su posición de poder de mercado. En otras palabras, privar del beneficio del programa de clemencia al delator que ejerció coacción de violencia física o psicológica (*coactio absoluta*) contra los otros miembros del cartel, y otorgar los mismos al delator que ejerció coacción de violencia económica (*coactio conditionalis*), conlleva desentenderse del *thelos* de la legislación antimonopólica, pues este último tipo de violencia solo es susceptible de ser ejercido por quien detenta una posición dominante; que debe neutralizarse por las autoridades de competencia cuando es alcanzada, mantenida o incrementada ilegítimamente.

Por su parte, respecto del agente económico que acude a delatarse alegando haber sufrido coacción económica, dicha circunstancia –de probarse– solo lo habilita para poder acceder a una exención de multa, mayor o menor, mas no lo excluye del juicio de reproche en sede de libre competencia[49].

[48] Véase supra nota 4.

[49] Conforme a lo prescrito en el artículo 39 bis del DL 211, el primer delator puede acceder a una eximición total de la multa, mientras que el segundo delator solo puede acceder a

III. Responsabilidad civil del agente económico coaccionado

Por lo visto en el apartado precedente, la mera coacción (*coactio absoluta*) impide la configuración del ilícito infraccional de colusión y, por ello, ninguna responsabilidad nace a la vida del derecho[50]. El padecimiento de coacción monopólica (*coactio conditionalis*) en el contexto de la delación compensada al dejar siempre subsistente la voluntad del agente económico –aunque sea en un retazo– puede coexistir con la configuración típica de la conducta y, consecuentemente, dar lugar a la responsabilidad infraccional, civil e, incluso, penal, consiguiente.

La coacción monopólica, propia de libre competencia, es correcto entenderla como todo comportamiento ilícito de un agente económico que ejerce una presión de tal magnitud sobre su competidor, que lleva a este último a acceder a las exigencias del primero, por un temor fundado de ser desplazado en el corto plazo del mercado en caso de no acatar las exigencias. Temor que, en todo caso, debe ser observado desde la perspectiva del agente económico que lo padece[51].

De lo razonado hasta ahora, es posible concluir que el agente económico que, participando en un acuerdo o práctica concertada, se delata alegando haber sufrido la coacción a que se refiere el artículo 39 bis (*coactio conditiona-*

un máximo del cincuenta por ciento. Por lo que el rango de eximición de la multa del agente económico coaccionado (*coactio conditionalis*) dependerá del lugar en que llegó a solicitar clemencia válida ante la FNE.

[50] La alegación de *coactio absoluta* es una defensa que enerva la pretensión sancionatoria misma, fundándose en la violencia física o psicológica; negándose, en consecuencia, la voluntariedad del acto de un modo absoluto y, con ello, la culpabilidad y todo posible juicio de reproche de la conducta. Defensas de este tipo también han sido esgrimidas, más no aceptadas hasta la fecha por TDLC por ausencia de prueba en orden a acreditar que el agente económico debió necesariamente acatar la disciplina impuesta por el coacionador. Véase FNE con Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros (2014).

[51] En el único caso que se ha ventilado en el medio nacional sobre la materia, el TDLC constató que en jurisdicciones como la del Reino Unido, España y Australia, las autoridades contemplan la hipótesis de coacción económica. Sin embargo, interpretó la locución coacción en "relación al interés público que la libre competencia busca proteger", descartando las hipótesis de coacción económica como causal de pérdida del beneficio de la delación, concluyendo que "la coacción que priva a quien la ejerce de los beneficios de la delación compensada sólo puede consistir en la aplicación o amenaza creíble e inminente de violencia física o psicológica irresistible [...] cercano a la intimidación criminal", FNE con CMPC Tissue S.A. y otra (2017). La Corte Suprema, conociendo de recurso de reclamación en contra de la decisión del TDLC, la revocó en este punto, adhiriendo a la identificación de la coacción en materia de delación compensada como coacción económica, aunque en su razonamiento invocó razonamientos de orden históricos insuficientes, y obvió consideraciones de orden teleológicas, FNE con CMPC Tissue S.A. y otra (2020).

lis), y logra probar durante el procedimiento dicha alegación, será responsable infraccionalmente, abriéndose la posibilidad a un posterior juicio reparatorio derivado del ilícito monopólico de colusión. En este ámbito, no debe olvidarse que el reproche infraccional tuvo como presupuesto que el delator coaccionado concurrió al cartel con un dolo que debe observarse desde el punto de vista normativo para su verificación. Pero como se explicará en las páginas siguientes, aunque para la configuración del ilícito de colusión es irrelevante la forma que asume el dolo anticompetitivo en la concreción del injusto infraccional, en sede reparatoria su especificación retoma todo su vigor.

1. Injustos monopólicos como fuente de responsabilidad civil

Como se ha anticipado, los ilícitos anticompetitivos pueden ser fuente tanto de responsabilidad administrativa como de responsabilidad penal. Pero también confluye la responsabilidad civil, lo que sitúa al derecho de la libre competencia también dentro del ámbito de la responsabilidad civil.

En efecto, prescribe el artículo 30 del DL 211:

> "La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva.
>
> Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.
>
> La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción.
>
> La acción de indemnización de perjuicios derivados de los acuerdos sancionados en el Título V de la presente ley se sustanciará conforme a lo establecido en este artículo, y respecto de ellos no podrán interponerse acciones civiles en el procedimiento penal".

Esta nueva regulación sustrajo de la justicia ordinaria el conocimiento de la reparación civil derivada de ilícitos anticompetitivos. Llama la atención que mientras el antiguo artículo 30 prescribía:

> "El tribunal civil competente, al resolver sobre la indemnización de perjuicios, fundará su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica de los mismos",

la nueva redacción solo se refiere a los hechos, como si las conductas y su calificación jurídica pudiese volver a debatirse en un juicio indemnizatorio posterior[52].

2. Naturaleza extracontractual de la responsabilidad civil derivada de ilícitos monopólicos

Ya desde el tiempo de las comisiones (Comisión Resolutiva Antimonopolios y Comisiones Regionales, órganos anteriores a la existencia del TDLC), la justicia ordinaria utilizó como fundamento normativo las reglas sobre la responsabilidad civil extracontractual, condenándose solidariamente a los autores de ilícitos anticompetitivos:

> "Los hechos expuestos han causado daño a los demandantes, que debe ser indemnizado en conformidad a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual del título XXXV del Libro IV del Código Civil puesto que se reúnen los elementos para ello, la conducta fue ilícita, la responsabilidad ha sido dolosa, o al menos culpable"[53].

En la demanda de Philip Morris contra Compañía Chilena de Tabacos[54] (Caso Chiletabacos), la Corte Suprema, conociendo de la pretensión indemnizatoria, resolvió:

> "Que para rechazar este capítulo del recurso de nulidad basta señalar que la relación de causalidad entre el ilícito, fundamento de la demanda

[52] Este giro en la técnica legislativa podría entenderse por la distinta naturaleza y función de ambas responsabilidades; mientras las sanciones impuestas en sede infraccional eminentemente disuasoria y retributiva, las normas que ordenan la reparación de perjuicios tienen una función predominantemente compensatoria. Sin embargo, nada de ello queda claro en la historia fidedigna.

[53] Pivcevic y Otros con LAN Chile (2000). En esta sentencia se conoció en juicio ordinario la causa derivada de una sanción de la Comisión Resolutiva Antimonopolio por precios predatorios y *dumping*, FNE con Transinter 24 S.A. (1998).

El carácter solidario de la responsabilidad fue cuestionado por las demandadas, que dedujeron recurso de casación, el cual fue rechazado por la Corte Suprema, confirmándose la solidaridad a este respecto, Pivcevic Rajcevis Andres Nicolas con LAN Chile S.A. (2006).

[54] En este caso, en sede de libre competencia, el ilícito anticompetitivo se enmarcó dentro de la conducta del abuso de posición dominante, y consistió en que la Compañía Chilena de Tabacos, abusando de su posición de dominio, erigió barreras de entrada artificiales con el objetivo de impedir a Philip Morris desempeñarse en el mercado relevante, Voissnet S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (2010)).

> y los daños cuya reparación se pretende, integra o forma parte de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual, por lo que debe entenderse incorporado al sustentarse la acción en las normas que regulan este régimen, esto es, entre otros, los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, como aconteció en la especie"[55].

En la demanda de Voissnet contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile[56], en sede indemnizatoria la justicia ordinaria dejó en claro que las reglas aplicables sobre la materia son las de responsabilidad extracontractual:

> "Que, zanjado lo anterior, debemos definir la responsabilidad extracontractual como aquella que proviene de la comisión de un delito o cuasidelito civil que ha inferido daño o injuria a otro, existiendo un nexo de causalidad entre ambos y que deriva en la obligación de indemnizar para aquél que comete el ilícito, recogida en el artículo 2314 del Código Civil.
>
> Que, en relación con la comisión de un delito o cuasidelito civil, cabe señalar que el primero es definido como el hecho ilícito cometido con la intención de dañar, que ha inferido injuria o daño a otra persona, en tanto el segundo es aquel hecho culpable, pero cometido sin intención de dañar, que también ha inferido injuria o daño a otra persona. Tales definiciones se desprenden de la interpretación armónica de los artículos 1437 y 2284 del Código Civil"[57].

Hay afinidad con la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual a la indemnización por ilícitos monopólicos por parte de la justicia ordinaria nacional. En el mismo sentido se espera que se pronuncie el TDLC cuando conozca de estas reparaciones.

En doctrina, Orlando Tapia afirma que el régimen común lo constituye el estatuto de la responsabilidad extracontractual. En efecto, este autor parte por enmarcar la discusión en la doctrina comparada, y concluye que la responsabilidad delictual (o extracontractual) es el "derecho común". Conclusión que se basa en el deseo manifiesto del legislador francés de establecer una separación total entre las obligaciones contractuales y las demás especies de obligaciones, siendo la responsabilidad contractual aplicable solo a las obligaciones emanadas del incumplimiento de un contrato. Hace notar que esta posición, acogida mayoritariamente en la doctrina francesa, fue bien recibida también por los tratadistas belgas e italianos[58].

[55] Philip Morris Chile con Empresas CCT S.A. (2013).
[56] Voissnet S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (2010).
[57] Voissnet S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (2016).
[58] Tapia (1941), p. 346.

En el mismo sentido, Carlos Ducci[59], Pablo Rodríguez Grez[60] y Hernán Corral[61], para quienes las normas sobre responsabilidad contractual solo se aplican a los incumplimientos contractuales o que tienen relación con la esfera íntima del contrato. En todos los demás casos, las normas de la responsabilidad extracontractual, constituyen el derecho común en esta materia.

3. *La responsabilidad extracontractual se engendra con dolo anticompetitivo, en cualquiera de sus clases*

En este trabajo, se concuerda con la conclusión de Cristián Banfi en orden a que el régimen indemnizatorio aplicable a los competidores presupone dolo o, a lo menos, culpa grave; no está, ni puede estar, supeditado a la culpa ordinaria, ni mucho menos, a la responsabilidad estricta. Conclusión que se desprende de la constatación de que el legislador antimonopólico persigue solo las conductas más dañinas de los agentes económicos, por lo que, a diferencia de otros ámbitos de la responsabilidad civil, los agentes económicos no están vinculados por un deber de cuidado general ni particular[62].

Dicho lo anterior, es posible constatar que, en sede indemnizatoria, no existe problema alguno en el factor de imputación respecto de aquellos ilícitos anticompetitivos que admiten tanto comisión dolosa como comisión culposa, pues la culpa grave –por expresa disposición legal– equivale al dolo. El problema se presenta, en cambio, en la hipótesis en que el tipo infraccional de libre competencia solo admite comisión dolosa, y esa comisión dolosa se verifica con un dolo distinto del dolo directo[63].

---

[59] Ducci, (1936), p. 10 y ss.

[60] Rodríguez (2017), p. 52.

[61] Corral (2013), p. 295.

[62] Banfi (2014), pp. 39-41. No se concuerda en este trabajo con las conclusiones doctrinarias conforme a las cuales es admisible, en sede indemnizatoria por ilícitos anticompetitivos, la infracción de una diligencia ordinaria (culpa leve). Esta última posición puede revisarse en Hernández y Tapia (2019), p. 12 y en Tapia (2017), p. 194. Aunque, por la naturaleza de este trabajo no es pertinente profundizar sobre las argumentaciones para rechazar esta última posición doctrinaria, debe dejarse en claro que ella se desentiende por completo del *thelos* de la normativa antimonopólica, cual es la neutralización de posiciones dominantes (ilegítimamente alcanzadas); por más sucio o de mala intención que sea el acto de un agente económico, es indiferente para el DL 211 si el mismo no detenta, ni puede razonablemente llegar a detentar, posición dominante.

[63] Algunos autores, aunque en una posición aislada, sostienen que es posible imaginar –difícilmente, según sostienen, pero sin dar ejemplos– una colusión culposa, y más aún, una colusión verificada con una culpa distinta de la culpa grave, Hernández y Tapia (2019), p. 12. En este trabajo, no es posible coincidir con estas conclusiones, pues, ellas solo pueden tener su origen en una incomprensión general del sistema de protección de la libre competencia

Este problema surge por la literalidad del artículo 44 del *Código Civil*, que consagra el dolo civil como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". Prescripción a partir de la cual la doctrina de Arturo Alessandri Rodríguez, conforme a la cual en la responsabilidad aquiliana no tiene cabida una modalidad comisiva distinta del dolo directo –dejando fuera la configuración de un dolo distinto, como lo es el dolo eventual y el dolo normativo–, se ha impuesto en la jurisprudencia. Concluye:

> "Si el actor del hecho u omisión no quiso el daño, si el móvil de su conducta no fue causarlo, sino otro diverso, aunque haya podido preverlo o haya obrado a sabiendas de que su acción u omisión debía generar el daño, no hay dolo. No basta la conciencia de que se pueda causar daño, es menester la intención de dañar"[64].

Si bien la conclusión de Arturo Alessandri Rodríguez es la posición seguida por la jurisprudencia nacional mayoritaria[65], se pueden encontrar –aunque con dificultad– fallos que, siguiendo la solución opuesta, dan lugar a la reparación civil cuando el ilícito tiene como sustrato únicamente el dolo eventual[66].

Sin embargo, la doctrina moderna no comulga con la postura de Arturo Alessandri R., y concluye que el dolo eventual tiene cabida como una hipótesis de comisión dolosa bajo el esquema de la responsabilidad aquiliana. En el medio chileno, dentro de los defensores de esta posición se encuen-

(que solo sanciona las conductas con dolo y culpa grave, pues se controla la posición dominante ilegítimamente alcanzada, mantenida o acrecentada), y una incomprensión particular del injusto de acuerdo o práctica concertada (que solo puede verificarse dolosamente, pues los agentes económicos no acuerdan ni se conciertan por mera imprudencia o negligencia).

[64] Alessandri (1943), p. 163.

[65] Por ejemplo, ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago que: "para que un hecho o una omisión que daña a otro, engendre responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, no basta que tenga por autor a una persona capaz de delito o cuasidelito. Es indispensable que haya sido ejecutado con dolo o culpa [Alessandri, (1943), pp. 162-163]. El dolo, de acuerdo al artículo 44 del Código Civil, consiste en la 'intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro', de modo que hay dolo cuando se obra con el deliberado propósito de causar un perjuicio, de suerte que si el daño se produjo sin que su autor lo haya querido, no estamos en presencia de una conducta dolosa [...]". CIDEF S.A. y otros con Vitalino Nafria Aznar y otros (2013).

[66] Aunque *obiter dicta*, la Corte Suprema ha aceptado estas conclusiones. En sentencia de 3 de junio de 2002, conociendo de recurso de casación en el fondo, confirmó la sentencia recurrida dando lugar a la indemnización civil, en un caso que tenía de sustrato fáctico un delito cometido con dolo eventual, donde en sede penal Corte había establecido que el agente se había representado la posibilidad asumiendo los resultados; impidiendo la configuración del delito de homicidio con dolo directo, pero configurándose el mismo con dolo eventual. Fallo citado en Schopf y García (2009), pp. 174-176.

tran: Pablo Rodríguez[67], Hernán Corral[68], Cristián Banfi[69] y Jorge Larroucau[70]. Tendencia que igual se aprecia en la doctrina comparada[71].

Esta verdadera "contrarrevolución" de la dogmática civil moderna, excede el ámbito de la responsabilidad aquiliana, y despliega sus conclusiones, incluso, a la sede contractual. En efecto, hay autores que también sostienen que en el derecho contemporáneo de contratos la culpabilidad se ha tendido a objetivar, considerándose el incumplimiento como neutro; estimándose un incumplimiento contractual doloso, tanto aquel que supone la intención de causar daño al acreedor, como aquellas conductas que denotan una total desconsideración a los intereses de la contraparte[72]. En este trabajo se adhiere a esta corriente moderna doctrinal, pero por razones diversas, y que se explicarán a continuación.

Como consideración previa, y siendo consecuentes con lo dicho en supra, es necesario reconocer, como un presupuesto para la interpretación de las normas (como la definición de dolo del artículo 44), que este proceso no puede llevar nunca a atribuir intenciones imaginarias del legislador, reemplazado la voluntad de la ley por la suya propia. Por ello, se prevén las reglas sobre interpretación de las leyes.

Dicho esto, es necesario constatar que el artículo 19 del C*ódigo Civil* distingue entre "sentido de la ley" y "tenor literal de la ley", autoriza expresamente a desatender el tenor literal de una norma, en aquellos casos en que el sentido no es claro. En otras palabras, es deseable –y así lo espera y sugiere

[67] Rodríguez (2017), pp. 165-167. Estima Pablo Rodríguez Grez que, por una necesidad de moralizar el derecho, una correcta interpretación del artículo 44 del C*ódigo Civil* debe sobresestimar la importancia de la representación del daño que puede causarse y subestimar la probabilidad del mismo, bastando la simple representación del resultado incierto. Propone, de esta manera, la objetivación del dolo civil, por la vía interpretativa de desplazar la intencionalidad pura, por la representación y la certeza o probabilidad de resultado.

[68] Corral (2013), p. 205. Hernán Corral coincide con Pablo Rodríguez en que para la verificación del dolo civil basta previsibilidad y aceptación. Esto es –dice– la "conciencia de hacer lo injusto" u "obrar contra derecho".

[69] Banfi (2012), p. 6. Aunque, a su juicio, la razón estriba en que en el derecho privado resultaría inoficioso emplear la categoría de dolo eventual, pues se cuenta con la figura de la culpa lata, que es conceptual y funcionalmente comparable con el dolo eventual. Sin embargo, esta solución no es útil para la problemática planteada en este trabajo, pues, como se ha insistido, el ilícito de colusión solo admite comisión dolosa.

[70] Larroucau (2009), pp. 85 y 86. Jorge Larroucau adhiere a los razonamientos de Hernán Corral y Pablo Rodríguez, agregando que un concepto amplio del dolo armoniza mejor con nuestra realidad social.

[71] Sebastián Picasso arriba a esta conclusión argumentando que la aceptación del dolo eventual en las legislaciones evita el enriquecimiento sin causa. Véase Picasso (2010), p. 1140.

[72] Prado (2018), p. 702.

el codificador– que se desatienda por el intérprete el tenor literal. Quizá la razón de esta sugerencia del codificador se encuentra en el primer párrafo del Mensaje del *Código Civil*:

> "Muchos de los pueblos modernos más civilizados han sentido la necesidad de codificar sus leyes. Se puede decir que ésta es una necesidad periódica de las sociedades. Por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación, la mudanza de costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de ideas nuevas, precursora de nuevas instituciones, los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica, los abusos que introduce la mala fe, fecunda en arbitrios para eludir las precauciones legales, provocan sin cesar providencias, que se acumulan a las anteriores, interpretándolas, adicionándolas, modificándolas, derogándolas, hasta que por fin se hace necesario refundir esta masa confusa de elementos diversos, incoherentes y contradictorios, dándoles consistencia y armonía y poniéndoles en relación con las formas vivientes del orden social"

El sentido de la norma a interpretar es absolutamente claro en aquellas hipótesis en que el ilícito de sustrato de la responsabilidad extracontractual admite tanto comisión dolosa (existe un delito civil) como comisión culposa (existe un cuasidelito civil), pues la culpa grave equivale al dolo, y la definición del dolo como "la intención positiva" no es problemática, si que la víctima puede lograr la indemnización por el factor de imputación equivalente. Sin embargo, en este trabajo se estima que el sentido de la ley deja de ser claro en aquellas hipótesis en que el ilícito solo admite comisión dolosa (la existencia de un delito civil), lo que ocurre, precisamente, tratándose de la reparación civil derivada del ilícito monopólico de acuerdo o práctica concertada.

Y se requiere, en consecuencia, ampliar o restringir el tenor literal de la ley, pues, en palabras de Andrés Bello, se debe ampliar o restringir la letra cuando de ella resulten evidentes absurdos o contradicciones[73]. Precisamente, ello ocurriría si es que al autor del ilícito infraccional de un acuerdo o práctica concertada, se le permitiese desentenderse de su deber reparatorio porque no tuvo la "intención positiva" (dolo anticompetitivo directo), aunque si se acreditó que se representó el hecho ilícito y lo asumió como una consecuencia probable de su actuar (dolo anticompetitivo eventual) o, bien, se estableció que, aunque no conociendo, el conocimiento le era exigible, reprochándosele no haber evitado la realización del tipo (dolo anticompetitivo normativo).

[73] Brito (2011), p. 82.

Ya desde tiempos del derecho romano, se distinguía –según consta en textos de Ulpiano conservados en el *Digesto*, 50,16,6,1–, entre el sentido de la ley (*sententia*) y las palabras de la ley (*verba*); comprendiendo la expresión 'leyes' ambos y cada uno de estos elementos, es decir, 'sentencia' y 'palabras'[74]. Alejandro Guzmán Brito explica la relación entre sentido de la ley y palabras de la ley acudiendo a una cita de Stephanus de Federicis, quien describe los posibles resultados de contrastar el tenor literal de la ley con su sentido:

> "las palabras y la mente pueden estar recíprocamente en tres situaciones. Pues algunas veces las palabras y la mente consuenan precisamente [...]. Algunas veces pugnan mutuamente [...] Algunas veces, en tercer lugar, no se repugnan recíprocamente, sino que se exceden, porque fue escrito más o menos que lo que quiso el legislador [...] entonces las palabras de la ley deben ser ampliadas o restringidas, en la medida de lo que fue concebido por la mente [...]"[75].

Este contraste entre el sentido de la ley y las palabras de la ley cobra su mayor vigor al considerar que la norma del *Código* luisiano, que sirvió de antecedente principal en Andrés Bello para redactar la norma del artículo 19 del *Código Civil* chileno, pues mientras el *Código* luisiano consagró la regla "Cuando una ley es clara", el codificador civil manifiesta desde el principio un presupuesto diverso: "Cuando el sentido de la ley es claro"; dejando Andrés Bello claramente delimitada la hipótesis, en cercanía a las fuentes del *Código* de Luisiana, específicamente, a la obra de Domat[76].

Por lo anterior, se estima que, en la hipótesis planteada, es lícito para el intérprete desentenderse del tenor literal de la definición de dolo del artículo 44 del *Código Civil*, y debe ampliarse o restringirse la letra de la ley, de conformidad a las mismas reglas de interpretación que siguen.

El *Código* de Andrés Bello en su artículo 24, que clausura las reglas sobre interpretación de las leyes, consagra el espíritu general de la legislación y la equidad natural, existiendo consenso en doctrina y jurisprudencia de que en la expresión espíritu general de la legislación quedan comprendidos los principios[77]. Las razones de equidad, por su parte, están íntimamente ligadas con los principios jurídicos, pues muchas veces una solución equitativa en un caso concreto pasa por la aplicación de un principio[78].

[74] Brito (2011), pp. 71-72.
[75] *Op. cit.*, p. 78.
[76] *Op. cit.*, p. 80.
[77] Corral (2018), p. 79.
[78] *Op. cit.*, p. 78.

Pues bien, los principios jurídicos, como criterios diversos de las formulaciones legales formales, han existido ya desde tiempos del derecho romano; constan en el *Digesto*, expresados en aforismos y adagios, bajo el título "*De diversis regulis iuris*" el principio conforme al cual nadie puede enriquecerse sin causa en perjuicio de otro (*D*. 50.17.206)[79]. En este extenso desarrollo, los principios generales del derecho se han erigido como reglas superiores de carácter axiológico, destinadas a procurar la armonía social y la solución de conflicto de los derechos emanados de las relaciones jurídicas, mediante la concreción de los valores de la seguridad y justicia[80].

En este contexto, en materia civil, el enriquecimiento sin causa presenta una doble faz; como principio inspirador y como fuente específica de obligaciones[81]. La ilegitimidad o el carácter injusto del enriquecimiento, en su causa, se refiere a que el provecho obtenido no tenga fuente válida que permita su conservación en el patrimonio o esfera de atribuciones del enriquecido sin causa[82].

Guisa de lo expuesto, y establecida la legitimidad de desatender el tenor literal del concepto de dolo del artículo 44 del *Código Civil*, aflora la necesidad de ampliar la letra de la norma, en aquellos casos en que se entable una acción de responsabilidad extracontractual que tenga como sustrato un injusto infraccional que admite solo comisión dolosa, del siguiente modo: el dolo civil contempla, en general, un obrar contra derecho[83].

En este punto del análisis, corresponde preguntarse si el competidor que acude a delatarse ante la FNE y en su solicitud de clemencia acusa haber sido coaccionado (*coactio conditionalis*) a participar en el cartel, dicha participación en el ilícito debe imputársele a título de dolo directo, de dolo eventual o de dolo normativo (o adscriptivo)[84]. Se estima que la solución a esta interrogante es del todo casuística, debiendo diferenciarse:

i) si la permanencia en el cartel se verificó durante todo el *iter* colusivo o, bien, solo durante el padecimiento de la coacción monopólica;
ii) existía una alternativa viable de acudir a la autoridad para hacerse cesar la coacción padecida sin ser desplazado del mercado;

[79] Corral (2018), pp. 76-77.

[80] Álvarez (2008), p. 336.

[81] Rivera (2012), p. 18.

[82] *Op. cit.*, p. 21.

[83] Hernán Corral llega a esta misma conclusión, aunque por otro método de razonamiento, que no es el seguido en este trabajo. Véase Corral (2018), p. 205.

[84] Como ya se expresó, el tipo monopólico de colusión exige en el análisis de la culpabilidad la comisión dolosa, pues su redacción no admite comisiones culposas; los agentes económicos no se cartelizan por descuido o imprudencia. Por lo que solo se puede imputar la comisión de la infracción a título doloso, cualesquiera sean sus manifestaciones o concreciones.

iii) las participaciones de mercado del coaccionante y el coaccionado y
iv) si ambos ejercían un posición dominante en el mercado o, bien, ella era detentada solo por el coaccionante.

Por ello, en algunos casos, podría resolverse que el delator compensado coaccionado, simplemente obró con dolo normativo y, en otros casos, a título de dolo eventual; *prima facie*, se excluye el dolo directo, pues exige que el resultado sea buscado por el agente, y parece ser una conceptualización incompatible con la verificación del padecimiento de coacción económica, aunque ello dependerá de las circunstancias del caso concreto. Al respecto, resultan clarificadoras las palabras de Alfredo Etcheberry, para quien:

> "Lo decisivo, insistimos en ello, para distinguir el dolo directo del eventual, es la posición anímica del sujeto respecto del resultado más o menos posible: si es resultado es buscado, habrá dolo directo, aunque en el pensamiento del agente la posibilidad de que acaezca sea remotísima. Este dolo, según se verá, es el que permite sancionar a título de tentativa o frustración aquellos casos en que el resultado no llegó efectivamente a producirse, pero era buscado por el agente a través de su obrar. En cambio, si el resultado ha sido solamente aceptado, aunque se lo haya previsto como ocurrencia prácticamente segura, no hay dolo directo, sino eventual"[85].

Aunque, como se tuvo ocasión de precisar en supra, el adjudicador no requiere –para sancionar el ilícito monopólico de colusión– entrar a distinguir si el ilícito infraccional se configuró con dolo directo o con dolo eventual, pues la imputación subjetiva se construye sobre la base del conocimiento que le era exigible al agente económico, de conformidad a su poder de mercado y al mercado relevante específico en que se desenvolvía. Por lo que el reproche recae en la no evitabilidad del tipo de colusión, respecto de un conocimiento que pudo no haberse tenido, pero que debía tenerse; juzgándose siempre ello no sobre la base de un ficticio "agente económico medio", sino que de acuerdo con el poder de mercado específico y el mercado relevante en que se desenvolvía el agente económico.

Sin embargo, esta indiferencia a escala sancionatoria en distinguir entre dolo anticompetitivo directo, dolo anticompetitivo eventual y dolo anticompetitivo normativo, se torna de la mayor relevancia al enfrentarse al deber de reparación civil que pesa sobre los agentes económicos cartelizados, cuando uno o más de ellos no concurre con dolo anticompetitivo directo en la verificación del injusto administrativo. Como se vio, la doctrina tra-

[85] Etcheberry (1999), p. 301.

dicional, aunque minoritaria, sigue siendo la dominante en orden a negar la ampliación de la conceptualización del dolo civil (artículo 44 del C*ódigo Civil*) más allá de las fronteras del dolo directo y, aunque existen fallos de los tribunales superiores nacionales que sí acogen esta expansión de las fronteras del dolo civil, la jurisprudencia, mayoritariamente, se inclina por las conclusiones de la doctrina minoritaria, que es la dominante.

Sin embargo, como se aclaró en supra, en materia civil, el enriquecimiento sin causa presenta una doble faz; no solo como principio inspirador, sino que, además, como fuente específica de obligaciones. Como fuente de las obligaciones, la acción –de origen jurisprudencial– a la que da lugar el enriquecimiento sin causa es la acción *in rem verso*, que exige: que una persona experimente un enriquecimiento sin causa, otra un empobrecimiento, y dicho enriquecimiento sea ilegítimo. A ello se deben agregar dos condiciones: que la persona que sufre el empobrecimiento no tenga otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio y que la acción entablada no viole un texto legislativo expreso[86].

Sin embargo, esta acción subsidiaria presenta el problema de ser exclusivamente restitutoria, y no reparatoria. Por lo que los perjudicados por el ilícito infraccional de colusión –limitados por una concepción restringida del dolo civil frente a un ilícito infraccional verificado con un dolo distinto del dolo directo–, podrían encontrar en este punto, una limitación a su pretensión resarcitoria[87].

4. Régimen de contribución a la deuda entre los obligadores solidarios por la comisión de un ilícito civil

Deducida la acción reparatoria por los legitimados activos víctimas del delito civil de colusión –sean estos consumidores, competidores actuales, competidores pasados o competidores potenciales–, corresponde dilucidar la contribución a la deuda entre los agentes económicos cartelizados autores del delito civil.

Como se viene diciendo, esta problemática que se presentará en aquellos casos en que los coautores del ilícito monopólico de colusión confluyen con distintos dolos en la verificación infraccional del mismo. Yerra, entonces, en este punto, el TDLC cuando concluye, en sus resoluciones intermedias,

[86] Figueroa (1998), pp. 97-98.

[87] Cabe hacer presente una jurisprudencia de la Corte Suprema en que, aunque aborda en su pronunciamiento la naturaleza de la acción de enriquecimiento sin causa, los jueces del fondo habían dado aplicación resarcitoria a la acción *in rem verso*, Reyes Mateluna Juan Rolando con Pacheco Álvarez Guillermo (2016).

que, en el juicio sumario indemnizatorio, por estar fundado únicamente en los hechos constitutivos del ilícito anticompetitivo, el procedimiento indemnizatorio se circunscribiría únicamente a determinar la existencia, especie y monto de los perjuicios, así como el vínculo causal entre los perjuicios reclamados y los hechos declarados anticompetitivos[88]. En efecto, aunque ello sea lo normal, en ciertos casos –como la hipótesis de la que se hace cargo este trabajo–, es necesario entrar a verificar la concurrencia del dolo (o culpa grave) como requisito de la responsabilidad aquiliana.

Aclarado lo anterior, corresponde volver sobre la cuestión final planteada en este acápite, relativa a la contribución de la deuda entre los obligados solidarios por la comisión de un ilícito civil delictual. En esta solución, nuevamente este trabajo se aparta de las conclusiones de Arturo Alessandri Rodríguez, y también de Orlando Tapia, conforme a las cuales, frente al silencio de la ley (imposibilidad de aplicar la regla del inciso segundo del artículo 1522 del *Código Civil*), la solución debería ser la distribución de la deuda por partes iguales entre los coautores[89].

Es de mayor fuerza, en cambio, ante este silencio de la ley, las conclusiones que proporcionan Hernán Corral y Enrique Barros, para quienes la división de la deuda debe hacerse en función de la intensidad de las culpas, y su contribución causal a la producción del daño; incluso, la intensidad de la culpa de uno de los coautores del delito civil, puede llevarlo a que soporte íntegramente el daño, excluyéndose a los demás partícipes[90].

IV. Conclusiones

La dinámica de la economía de mercado exige que los ordenamientos jurídicos evolucionen más rápido de lo común en materias de derecho a la libre competencia. Aunque el legislador nacional ha estado a la altura de las circunstancias, como suele ocurrir, allí donde el legislador se está haciendo cargo de una problemática, en dicho instante surgen nuevos desafíos para los operadores jurídicos, los que no han sido abarcados por las hipótesis normativas del legislador, al menos de modo explícito.

[88] Papelera Cerrillos S.A. con CMPC Tissue S.A. y otra (2020). Es más, en esta fundamentación, el TDLC se basa en una conclusión sustentada por Cristián Banfi en un artículo publicado el año 2014. En circunstancias de que, como se sabe, la reforma del año 2016 modificó el artículo 30 del DL 211, suprimiendo las voces 'conducta' y 'calificación jurídica'.

[89] Véase Corral y Romero (2019), p. 225.

[90] *Op. cit.*, pp. 225-226.

Este es, precisamente, el caso de la hipótesis de coacción como causal de pérdida del beneficio del delator que se acogió a un programa de clemencia. Problemática que se abordó en este trabajo evidenciando, en primer lugar, que en el ámbito de ilícitos contra la libre competencia no tiene cabida la responsabilidad estricta u objetiva, siendo siempre necesario el examen de culpabilidad del hecho, acto o contrato que se estima atentatorio contra el bien jurídico tutelado. Exigencia que, respecto del injusto de colusión, requiere siempre comisión dolosa; ya sea que esta se verifique con dolo directo, con dolo eventual o, incluso, bajo un entendimiento del dolo como un dolo normativo.

En segundo lugar, se concluyó que, dentro de los diversos tipos de coacción, es la coacción económica (*coactio conditionalis* o coacción monopólica) la hipótesis prevista por el legislador al regular la delación compensada. Se fundamentó esta conclusión recurriendo a los elementos interpretativos previstos en el *Código Civil* para la interpretación de las leyes.

En tercer lugar, el estudio se centró en dar respuesta a la cuestión sobre la responsabilidad civil a que quedan sujetos los miembros de un cartel respecto de los cuales se logró acreditar que sufrieron coacción económica, concluyéndose que son responsables civilmente porque la coacción económica no logra enervar el dolo anticompetitivo.

En cuarto lugar, se concluyó que, en sede de responsabilidad aquiliana, tratándose de la indemnización de perjuicios provenientes de un ilícito civil que solo admite comisión dolosa (como lo es, precisamente, el injusto de colusión), el concepto de dolo del artículo 44 debe ser ampliado en su literalidad, entendiéndolo como un obrar contrario a derecho. Se fundamentó esta conclusión recurriendo a los elementos interpretativos previstos en el *Código Civil* para la interpretación de las leyes.

En este marco conceptual, el miembro de un cartel que se delata ante la FNE y logra probar la coacción monopólica de otro delator para ingresar al acuerdo, no quedará exento de responsabilidad civil; ambos son responsables solidariamente del deber de reparar los perjuicios derivados del ilícito, aunque el primero (coaccionado) pueda concurrir a la comisión del ilícito anticompetitivo con un dolo distinto del dolo directo, y el segundo (coaccionador), con dolo directo. Estas diferentes culpabilidades infraccionales de los delatores compensados, como también se tuvo oportunidad de esclarecer, puede tener importantes consecuencias en sede aquiliana respecto de la contribución a la deuda que deben soportar los coautores del ilícito civil.

Bibliografía

Alessandri Rodríguez, Arturo (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno.* Santiago: Imprenta Universitaria.

Álvarez, Raúl (2008). "Comentario crítico presentado por el profesor don Raúl Álvarez Cruz", en *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Alvear, Julio (2017). *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor*. Valencia: Trant Lo Blanch.

Banfi, Cristián (2012). "Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes". *Revista Ius et Praxis*. N.º 2. Talca.

Banfi, Cristián (2014). "Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 41(1). Santiago.

Barros, Enrique (2007). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Brito, Guzmán (2011). *Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes*. 2ª ed. revisada, Santiago: Abeledo-Perrot.

Brito, Guzmán (2014). *La interpretación administrativa en el derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters.

Bustos, Juan (2004). "Política criminal y dolo eventual", en *Obras Completas*. Lima: ARA Editores.

Cabezas, Carlos (2013). "El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Vol. 2. Coquimbo.

Corral, Hernán (2018). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. 2ª ed. actualizada, Santiago: Thomson Reuters.

Corral, Hernán y Alejandro Romero (2019). *Solidaridad obligacional. Diez estudios sobre sus aspectos civiles y procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Ducci, Carlos (1936). *Responsabilidad civil extracontractual*. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile.

Etcheberry, Alfredo (1999). *Derecho penal. Parte general*. 3ª ed. revisada y actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Fermandois, Arturo (2006). *Derecho constitucional económico*. 2ª ed. actualizada, Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo I.

Figueroa, Waldo (1998). *La acción de enriquecimiento sin causa*. Santiago: Editorial Conosur.

Greco, Luis (2017). "Dolo sin voluntad", *Nuevo Foro Penal*, Vol. 88. Enero-junio.

Hernández, Gabriel y Mauricio Tapia (2019). *Colusión y daño a los consumidores*, Santiago: Legal Publishing.

Larroucau, Jorge (2009). *Culpa y dolo en la responsabilidad extracontractual. Análisis Jurisprudencial*. Santiago: Legal Publishing.

Málaga, Armando (2018). "Sistema penal inglés e imputación subjetiva", *Ius et Veritas*. N.° 56.

Moccia, Sergio (2003). *El derecho penal entre ser y valor*. Montevideo: BdF.

Núñez, Raúl y Álvaro Pérez (2013). *Manual de derecho procesal civil. Parte general*, Santiago: Thomson Reuters.

Orbach, Barach (2016). "Hub-and-Spoke Conspiracies". *The Antitrust Source*, 15, 3.

Ossandón, Magdalena (2008). "El delito de receptación aduanera y la normativización del dolo". *Ius et Praxis*. Vol. 14 (1). Talca.

Pérez del Valle, Carlos (2000). "Introducción al derecho penal económico", en Enrique Bacigalupo (dir.). *Derecho penal económico*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

Phillips, Jaime (2020). *La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Picasso, Sebastián (2010). "La responsabilidad civil en los proyectos de reforma del Código Civil argentino, con especial referencia al Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1998", en María Dora Martinic y Mauricio Tapia (dirs.). *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago: Abeledo Perrot. Tomo ii.

Prado, Pamela (2018). "La resolución anticipada del contrato: reanudando el debate en torno al incumplimiento doloso", en Claudia Bahamondes, Leonor Etcheberry y Carlos Pizarro (eds.). *Estudios de derecho civil*. Santiago: Thomson Reuters. Tomo xiii.

Rivera, José (2012). *La causa en el derecho chileno*. Santiago: Legal Publishing.

Rodríguez, Pablo (2017). *Responsabilidad extracontractual*. 2ª ed. actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Romero, Alejandro (2006). *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Roxin, Claus (2015): *Derecho penal. Parte general*. Traducción de la 2ª ed. alemana, Madrid: Civitas. Tomo i.

Schopf, Adrián y William García (2009). *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing.

Tapia, Mauricio (2017). "Competencia desleal por culpa". *Revista Chilena de Derecho Privado*. N.° 29, Santiago, diciembre.

Tapia, Orlando (1941). *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción: Universidad de Concepción.

Valdés, Domingo (2006). *Libre competencia y monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Van Weezel, Alex (2009). *Error y mero desconocimiento en el derecho penal*. Santiago: Legal Publishing.

Vega, Felipe (2020). "Los consumidores como sujetos de tutela: Una mirada desde las normas antimonopólicas, de competencia leal y de protección del consumo". *Revista Derecho & Justicia*. Vol. 3 (1).

Velasco, Juan (1998). "El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas". *Anuario de Filosofía del Derecho*. N.º 15.

Vergara, Enrique (2006). "El injusto monopólico II) ¿responsabilidad objetiva o subjetiva?". *Revista de Derecho de la Empresa*. Vol. 5 Santiago.

Yrarrázaval, Arturo (2012). *Diccionario jurídico-económico*, Santiago: Ediciones UC.

Zuccalá, Giuseppe (2001). "Estructura del delito y punibilidad. El evento preterintencional: problemas actuales", en Adán Nieto (coord.). *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*. Cuenca/La Mancha: Ediciones de la Universidad de Castilla/Ediciones Universidad Salamanca. Volumen 1.

Normas

Digesto.

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Ley n.º 20361 de 13 de julio de 2009, que modifica el decreto con fuerza de ley n.º 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Ley n.° 20945 de 30 de agosto de 2016, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia.

Decreto ley n.° 211 de 17 de diciembre de 1973, que fija normas para la defensa de la libre competencia.

Hiperenlaces

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2016). "Historia de la Ley Nº 19.911". Disponible en www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/389/1/HL19911art4.pdf [fecha de consulta: 1 de diciembre de 2017].

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2009). "Historia de la Ley Nº 20.361". Disponible en www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursos-legales/10221.3/3841/2/hdl-20361.pdf [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017].

España. Comisión Nacional de la Competencia (2013). *Comunicación sobre el Programa de Clemencia*. Disponible en www.boe.es/boe/dias/2013/08/16/pdfs/BOE-A-2013-9022.pdf [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017].

Nuñez, Raúl. *Informe en derecho Legitimación y litisconsorcio necesario en el Derecho de la competencia chileno* (2014). Disponible en http://consultas.tdlc.cl/lexsoft/search?proc=3&idCausa=41277 [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017].

Reino Unido. Office of Fair Trading. *Applications for leniency and no-action in cartel cases* (2013). Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284417/OFT1495.pdf [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017].

Valdés, Domingo. *Informe en derecho. Determinación de eximentes y atenuantes en multas antimonopólicas con motivo de una delación compensada y principio de la ley más favorable* (2016), p. 27. Disponible en http://consultas.tdlc.cl/lexsoft/search?proc=3&idCausa=41603 [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017].

Jurisprudencia

CIDEF S.A. y otros con Vitalino Nafria Aznar y otros (2013): Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 2013, rol n.° 5066-2011. Disponible en Westlaw Chile, CL/JUR/2247/2013 [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

COESAM S.A. con Comisión Preventiva Central (2005): Corte Suprema, 16 de junio de 2005, rol n.° 5719-2004. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

CONADECUS con Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2014): Corte Suprema, 7 de enero de 2014, rol 73.923-2016. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

CONADECUS con Telefónica Móviles Chile S.A. y otros (2016): Corte Suprema, 20 de abril de 2016, el rol n.° 11.363-2015. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con Agrícola Agrosuper S.A. y otros (2015): Corte Suprema, 29 de octubre de 2015, rol 27.181-2014. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con AM Patagonia y otros (2008): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2 de septiembre de 2008, rol C n.° 121-2006. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2015): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 23 de diciembre de 2015, rol C n.° 280-2014. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con Asfaltos Chilenos S.A. y otros (2016): Corte Suprema, 12 de octubre de 2016, rol 5128-2016. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con Asociación Gremial de Ginecólogos Obstetras de la Provincia de Ñuble (2015): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 1 de abril de 2015, rol C n.° 265-2013. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con Cencosud S.A. y otros (2019): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de febrero de 2019, rol C n.° 304-2016. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con CMPC Tissue S.A. y otra (2017): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de diciembre de 2017, rol C n.° 299-2015. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con CMPC Tissue S.A. y otra (2020): Corte Suprema, 6 de enero de 2020, rol n.° 63.600-2019. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con Farmacias Ahumada y otros (2012): Corte Suprema, 7 de septiembre de 2012, rol n.° 2578-2012. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros (2014): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 15 de enero de 2014, rol C n.° 224-2011. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con SMU S.A. (2015): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 9 de diciembre de 2015, rol C n.° 279-2014. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

FNE con Sociedad de Transportes Central Ltda. (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 7 de enero de 2010, rol C n.° 149-2007. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta :31 de julio de 2020].

FNE con Transinter 24 S.A. (1998): Comisión Resolutiva, 27 de enero de 1998, rol 506-1996. Disponible en www.fne.gob.cl/biblioteca/jurisprudencia/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

Papelera Cerrillos S.A. con CMPC Tissue S.A. y otra (2020): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 28 de julio de 2020, rol CIP n.° 3-20. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

Philip Morris Chile con Empresas CCT S.A. (2013): Corte Suprema, 25 de julio de 2013, rol n.° 1339-2012. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

Pivcevic Rajcevis Andrés Nicolás con Lan Chile S.A. (2006): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2006, rol 5835-2004. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

Pivcevic y Otros con Lan Chile y Otros (2000): 4° Juzgado Civil de Santiago, 22 de junio de 2000, rol C-4831-1997. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

Reyes Mateluna Juan Rolando con Pacheco Álvarez Guillermo (2016): Corte Suprema, 7 de marzo de 2016, rol 4588-2015. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

Voissnet S.A. contra Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (2010): Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 4 de marzo de 2010, roles acumulados C n.° 135-2007 y C n.° C-173-2008. Disponible en www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

Voissnet S.A. con Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. (2016): 4° Juzgado Civil de Santiago, 31 de marzo de 2016, rol C-26.086-2014. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/ [fecha de consulta: 31 de julio de 2020].

LA AGRUPACIÓN DE INTERÉS ECONÓMICO COMO HERRAMIENTA DE FOMENTO AL EMPRENDIMIENTO (2ª PARTE): ¿POR QUÉ IMPLEMENTARLA EN CHILE?

THE ECONOMIC INTEREST GROUPING AS A TOOL TO PROMOTE ENTREPRENEURSHIP (PART 2): WHY IMPLEMENT IT IN CHILE?

*Alejandro Lagos Torres**

RESUMEN: Analizamos ineficiencias del actual estatuto del emprendimiento, con y sin fines de lucro, para luego intentar esbozar un régimen jurídico para una futura agrupación de interés económico chilena capaz de superar las ineficiencias señaladas, pero teniendo siempre como principal foco de atención estimular el trabajo de las pequeñas empresas.

PALABRAS CLAVE: Agrupación de Interés Económico, emprendimiento, cooperación, derecho chileno.

ABSTRACT: Inefficiencies of the current entrepreneurial law are analyzed, for profit and non-profit purposes, to then try to outline a legal regime for a future Chilean Economic Interest Grouping capable of overcoming the indicated inefficiencies, but always having as the main focus of attention to stimulate the work of small businesses.

KEYWORDS: Economic Interest Grouping, entrepreneurship, cooperation, chilean law.

* Abogado. Profesor de Derecho Constitucional Universidad del Desarrollo sede Concepción, Magíster en Derecho de la Empresa mención 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

Introducción

Hace un año presentamos en esta revista un breve análisis a la Agrupación de Interés Económico (AIE)[1], una novedosa institución que existe en la Unión Europea y en sus Estados miembros desde hace más de treinta años. Se caracteriza por permitir la asociación de emprendedores, sean personas naturales o jurídicas, con o sin fines de lucro, con la finalidad de que en conjunto puedan externalizar en un tercero, que no persigue fines de lucro por sí mismo, una actividad auxiliar a sus giros principales, para así lograr más eficiencia o mayores niveles de especialización, por ejemplo, en investigación, publicidad, gestión de marcas colectivas o la administración de plataformas colaborativas.

En esta ocasión, basados en las conclusiones obtenidas sobre las grandes ventajas que esta institución puede aportar a los emprendimientos del siglo XXI, y en especial tomando en consideración contextos de crisis económicas como las que está padeciendo Chile y el mundo en la actualidad, queremos reflexionar sobre los beneficios que esta institución podría producir para el emprendimiento en Chile en caso de que fuese incorporada en el futuro a nuestro derecho nacional, con la firme convicción de que se trata de una herramienta capaz de potenciar no solo el desarrollo de actividades económicas, sino, también, la eficiencia, la especialización, la innovación, e iniciativas sin fines de lucro.

En Chile lo más parecido a la AIE que podríamos hallar en la actualidad es la Sociedad de Garantía Recíproca[2], ya que en ella encontramos una estructura societaria que tiene por finalidad permitir una labor accesoria al giro principal de los socios, pero cuyo campo de aplicación se reduce de manera exclusiva a facilitar el acceso al crédito a sus accionistas, obligándose a caucionar las deudas por ellos contraídas. Por el contrario, la AIE, que goza de personalidad jurídica completa, no tiene límites en cuanto a los objetos que pudiere asumir en beneficio de los asociados, como tampoco es obligatorio para quienes se asocian el aporte de capital, solo teniendo, a grandes rasgos, como límites a su actuar la obligación de desarrollar una actividad auxiliar al giro principal de sus asociados, y el no perseguir fin de lucro por sí misma, lo cual se traduce en que todas las ganancias y pérdidas, incluido el pago de impuestos, se traspasa a sus asociados. Además, goza de una amplia flexibilidad en cuanto al estatuto por el cual ha de regirse, caracterizándose en este aspecto por una amplia libertad contractual, siendo relativamente pocas las normas imperativas establecidas por la ley, aspecto en el cual nos recuerda a la sociedad por acciones[3].

[1] Lagos (2020), pp. 463-497.

[2] Ley n.° 20179 (2007).

[3] Artículo 424 y ss. del *Código de Comercio*.

Si bien esta institución fue concebida en términos generales para ser utilizada por todo tipo de emprendedores, sin discriminar en cuanto al tamaño o al giro de sus asociados, lo cierto es que en Europa desde el comienzo se tuvo como especial consideración la posibilidad de que fuera utilizada como herramienta para ayudar a las micro, pequeñas y medianas empresas, que suelen ser las que se enfrentan a mayores dificultades para desarrollar su trabajo, obtener financiamiento, innovar o adecuarse a los nuevos requerimientos de la modernidad, como pudieren ser nuevas normas sanitarias, el cuidado del ambiente o el uso de energías limpias.

Ya advertíamos en la primera publicación que emprender es difícil, no solo porque 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 al financiamiento suele ser caro y complejo, y el retorno esperado tarda tiempo en manifestarse, mientras que en general las personas no están dispuestas a esperar, en una clara manifestación de un sesgo en favor del presente, aun cuando una postergación de beneficios presente en favor de la inversión les pueda generar a futuro un mayor nivel de bienestar en términos absolutos.

Decíamos, también, que las pymes tienen características intrínsecas que las hacen más vulnerables, en especial en los primeros años de existencia, siendo generalmente identificados como los principales factores que determinan esta vulnerabilidad 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 al financiamiento a un costo razonable, tanto en la fase de puesta en marcha como en las de expansión, y la existencia de barreras para acceder a los mercados de bienes y servicios[4].

Asimismo, se observa que la pyme europea y latinoamericana suele padecer una mayor infracapitalización que sus pares estadounidenses, lo que se traduce en una mayor dependencia de fondos ajenos y de financiamiento estatal directo que las grandes empresas, como son, por ejemplo, subsidios, capitales semilla y, en general, una mayor dependencia de la banca como fuente principal de liquidez, donde todas estas no son sino formas de acceder a recursos ajenos, situación que resulta especialmente compleja en época de crisis, con una alta proporción de créditos a corto plazo, sin perjuicio de que en todo caso esta problemática financiera no debe ser generalizada sin más, pues de todas formas las necesidades varían según el tipo de empresa, su tamaño y el momento del "ciclo vital" en el que se encuentre[5].

[4] Jordán (2013), p. 450 y ss.
[5] *Ibid*.

Por estas razones, en este trabajo nos enfocaremos específicamente en analizar los beneficios que podría aportar la AIE a los pequeños emprendimientos chilenos, sean con o sin fines de lucro, silenciado por tanto cualquier referencia a posibles beneficios para grandes empresas y tratando, en todo caso, de recurrir a las más modernas tendencias del derecho societario contemporáneo, sobre la base de las cuales hoy la doctrina de forma reiterada afirma la necesidad de una profunda revisión a esta rama del derecho nacional.

I. Ineficiencias generales que dificultan emprender en Chile

1. Falta cultura de emprendimiento y cooperación

Se suele afirmar que en Chile falta mayor cultura emprendedora. Para entender mejor, creemos necesario abordar la interrogante, ¿qué es emprender? La Real Academia de la Lengua Española nos señala que 'emprender' es "acometer y comenzar una obra, un negocio o un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro". Así, por ejemplo, emprendemos un viaje o aventura material o intelectual. Desde un punto de vista más económico, ya a comienzos del siglo xx el gran economista austriaco Joseph Schumpeter, un "heterodoxo", destacaba el papel del emprendedor en la economía, señalando que lo que caracteriza al emprendimiento es la innovación, lo que él llama la "destrucción creativa", por lo cual, en definitiva, lo que caracteriza el emprender es la innovación, al contrario de la asentada práctica de llamar "emprendimiento" al mero hecho de iniciar un negocio. El emprendedor es un empresario de la innovación, que además de iniciar una empresa, da comienzo a una nueva línea empresarial, con lo cual su creatividad hace posible el trabajo de otros empresarios y permite el surgimiento de nuevos productos. Entonces, en sentido amplio, emprender no es solo iniciar un negocio, sino que es innovar, es atreverse a hacer "algo" de manera diferente, siendo como consecuencia ese "algo" capaz de influir en el entorno.

¿Para qué emprender? Primeramente podemos señalar que 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, todo lo anterior mirando inicialmente solo al sujeto que emprende, pues si además consideramos la posibilidad de que un emprendimiento genere empleo a terceros, logramos, entonces, que esta iniciativa particular influya positivamente en su entorno social.

Las personas nos proponemos fines u objetivos que pueden o no coincidir con los de otros miembros de la sociedad en la que vivimos, pudiendo

suceder que el esfuerzo individual no sea suficiente para alcanzar dichos objetivos, y por esta razón nos reunimos y agrupamos para alcanzar en conjunto y de mejor manera nuestros propósitos comunes. Lo anterior es plenamente reconocido por la Constitución al declarar que

> "El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos" (artículo 1°),

que reconoce el derecho de asociarse sin permiso previo, gozando de personalidad jurídica toda asociación que se constituya en conformidad a la ley, donde nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación, y solo se prohíben las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado (artículo 19 n.° 15), garantía protegida por el recurso de protección (artículo 20), y asimismo se reconoce el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (artículo 19 n.° 21), derecho que no solo es protegido por el señalado recurso de protección, sino que, además, es procedente en su defensa el amparo económico consagrado en la Ley n.º 18971 de 1990.

Pero si volvemos a la idea amplia de emprendimiento, el hacer "algo" de manera diferente que es capaz de influir en su entorno, debemos de manera forzosa referirnos al mundo de las personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro, el denominado "tercer sector", que son aquellas entidades creadas por la libre iniciativa de los particulares que tienen como fin mejorar a sus asociados, como es el caso de las cooperativas y las mutuales o, bien, beneficiar a terceros, como ocurre con las corporaciones y fundaciones. En todo caso, y en especial mirando el emprendimiento desde una perspectiva más práctica y no estrictamente jurídica, cabe hacer notar que el emprendedor social tiene "un relato" que constituye parte esencial de su emprendimiento, el cual se deriva precisamente de su intención de ser benefactor de otros, en contraposición al emprendedor comerciante que carece de dicho elemento. Consideramos que esta diferencia no es baladí, pues repercute en las posibilidades o restricciones de actuación con que puede encontrarse el emprendedor social durante el desarrollo de su proyecto, dejando aún más de manifiesto los problemas que suelen enfrentar estas iniciativas benéficas, y que demuestran que la actual normativa que las regula puede resultar insuficiente para el logro eficiente de sus objetivos.

En los hechos, sea que nos hallemos frente a un emprendimiento con o sin fines de lucro, una gran cantidad de nuevos proyectos sistemáticamente no prosperan, en gran medida por la falta de espíritu emprendedor, la falta de herramientas que faciliten la creación y el desarrollo de empresas, así

como también por falta de políticas públicas que favorezcan la generación en la población de una cultura de la colaboración, por regulaciones hostiles, por la falta de estructuras asociativas más amigables con sus fines, y por falta de ayuda estatal adecuada a su realidad. En contraposición a todo lo ya señalado es que creemos que la AIE tiene el potencial de apoyar el emprendimiento, específicamente como consecuencia de que favorece y fomenta la cooperación entre empresas, lo cual es en especial relevante respecto de los pequeños emprendimientos, considerando no solo la importancia que las pymes tienen hoy en la economía, en especial en los países aun en vías de desarrollo, sino, también, por favorecer la articulación de redes de trabajo y de apoyo entre aquellas iniciativas que persiguen la beneficencia.

2. ¿Cómo es la pequeña empresa?

La Sexta Encuesta de Microemprendimiento (EME 6)[6] realizada en 2019, que entiende como microemprendimientos aquellas actividades o negocios que cuentan con diez o menos trabajadores, incluyendo a los dueños, pudiendo ser realizadas por empleadores o por trabajadores por cuenta propia, reflejó que en Chile había en esa época 2 057 903 microemprendedores formales e informales, lo cual significa un aumento de un 3,3% respecto de la EME 5[7] en 2017 (1 992 578), de las cuales el 69,2% trabaja por cuenta propia sin ayudantes ni socios, un 15,4% trabaja por cuenta propia con al menos un ayudante o socio, y un 15,4% trabaja como empleado contratando trabajadores por al menos una hora a la semana. En cuanto a las motivaciones para emprender, solo el 19,9% de los microemprendedores señaló haber comenzado su negocio porque deseaba emprender o realizar una actividad en forma independiente, lo cual pone de manifiesto que en general las personas emprenden por necesidad. Respecto a la situación de formalidad de los microemprendimientos, solo el 46,9% han iniciado actividades en el Servicio de Impuestos Internos, en tanto que solo el 13,5% de los informales tiene patente o permiso municipal, mientras que entre los formales la cifra se eleva a un 54%. A su vez, el 66,8% de los encuestados reporta conocer alguna institución que ofrece ayuda a los microemprendedores, como Fosis, Sercotec, Corfo o Indap, pero

[6] Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (2020). Esta encuesta bianual caracteriza desde 2013 los microemprendimientos que se desarrollan en el país para conocer las limitaciones y los elementos facilitadores que influyen en el desarrollo de sus actividades. También permite profundizar el análisis sobre la formalidad e informalidad de los microemprendedores y de su unidad económica, pudiendo complementar los indicadores de informalidad laboral publicados por el INE.

[7] Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (2018).

solo el 23,9% ha recibido ayuda de alguna de estas instituciones. En lo que respecta al financiamiento, el 55,2% de los encuestados señala que financiaron la puesta en marcha de su negocio con ahorros o recursos propios, un 19,1% señaló usar algún tipo de préstamo o crédito bancario como fuente principal de financiamiento, y un 17% indicó que "no necesitó financiamiento inicial". Llama la atención que el 72,5% no ha solicitado un crédito o préstamo en los últimos dos años, un 34% de los formales ha solicitado un crédito, cifra superior al 21,7% de los informales que lo ha hecho. Todas estas cifras no hacen más que demostrar las dificultades que suele tener el microemprendedor para acceder a financiamiento. En todos los casos siempre las mayores dificultades para emprender las tienen las mujeres.

Si analizamos lo que ocurre en la Región del Biobío[8] se observa que el emprendimiento está descendiendo y, si bien la intención emprendedora resulta ser alta, el 32,8% de los emprendedores del Biobío considera el fracaso como un obstáculo para iniciar una actividad empresarial, versus la media nacional, que es de 26,1%. Esta región ha mostrado históricamente bajas tasas de emprendimientos iniciales en su población, el cual según este estudio retrocedió entre 2016 y 2017 de un 22,7% a un 19,7%, dejándola en el último lugar del país, siendo las principales causas la escasa rentabilidad (26%), problemas de financiamiento (17%) y problemas personales (29%)[9]. Y, además, se sabe que en general ocho de cada diez emprendimientos en Chile no logran pasar el primer año de operaciones, pues caen en el llamado "valle de la muerte", como se denomina al lapso que va desde que se inicia el negocio hasta que se logra el equilibrio entre ingresos y gastos, siendo muy frecuente que en este periodo se manifiesten los errores de diseño y de los supuestos, la falta de redes de apoyo y, en definitiva, la falta de financiamiento, entre otros factores, los cuales en conjunto llevan a que finalmente el plan de negocios se derrumbe. Se debe advertir, también, que la mayoría de los programas estatales que tienen como fin la capacitación de personas para el trabajo suelen enfocarse en el desarrollo de aptitudes para el desempeño de rubros específicos, para que luego los beneficiarios salgan a buscar trabajo, en tanto que casi no existen iniciativas que persigan específicamente apoyar el trabajo independiente.

Si bien los datos que hemos señalado nos permiten visualizar lo complejo que es emprender, debemos considerar, además, que todas estas cifras corresponden a los resultados de diversos estudios realizados antes de la pandemia, lo cual hace más desolador el panorama actual que enfrentan los

[8] Universidad del Desarrollo y Universidad Católica de la Santísima Concepción (2018).

[9] Resultados similares refleja Universidad del Desarrollo (2018).

pequeños emprendedores. Es justo en este contexto que queremos poner de manifiesto diversas rigideces e ineficiencias que presenta el derecho chileno que dificultan el emprendimiento, sea este con o sin fines de lucro, y es por esta razón que intentamos destacar cómo la AIE podría subsanar dichas ineficiencias, contribuyendo a fomentar el pequeño emprendimiento.

3. Costos de transacción

Nos referimos aquí a todos los costos que son necesarios para que el proyecto se ponga en marcha y sea capaz de comenzar a trabajar y, por tanto, englobamos, por una parte, aquellos trámites y formalidades que deben ser cumplidos por mandato de la ley, por ejemplo: escrituras, inscripciones de actos, incorporaciones a registros, obtención de permisos, etcétera y, por otra, toda acción tendiente a formar el grupo de trabajo, las redes de apoyo, la determinación del capital y las fuentes de financiamiento, entre otras indispensables tareas. Todo lo anterior se traduce, en definitiva, en tiempo y dinero que debe ser considerado por los emprendedores para poder concretar su proyecto.

Un punto importante dentro de la ecuación anterior lo constituye la obtención de financiamiento. Como hemos podido apreciar, en general el pequeño emprendedor suele comenzar a trabajar con recursos propios, lo más probable por la dificultad inherente de estos proyectos para acceder a otras fuentes de financiamiento. Y, si bien, como hemos señalado, teóricamente son muchas las fuentes de obtención de recursos a través de terceros que existen a su disposición, como créditos, fondos concursables, capitales semilla, licitaciones, donaciones, entre otros, el problema de estas fuentes de financiamiento es precisamente eso, que se termina dependiendo de terceros para sacar adelante el emprendimiento.

Por estas razones desde hace ya varias décadas en la Unión Europea, tanto los órganos comunitarios como diversos grupos de estudios, determinaron que el tiempo que tarda la empresa en constituirse influye sustancialmente en el desarrollo general de la economía, siendo por ello importante facilitar la puesta en marcha de las pymes, tanto en las zonas menos desarrolladas de la Unión, por ser las empresas que más mano de obra emplean, como en las zonas más industrializadas en razón de su capacidad para absorber mano de obra en tiempos en que la industria se encuentra en declive, como ocurrió entre 2008 y 2013 al desatarse la crisis del euro y la posterior crisis de deuda soberana de los países del sur de la Unión. Y la recomendación fue unánime: para fomentar el emprendimiento, y en especial a las pymes, resulta indispensable adoptar medidas que tiendan a la simplificación de la puesta en marcha de los nuevos emprendimientos. El primer gran escollo fue determinar qué es lo que ha de entenderse por "simplificación",

estableciendo la Comisión Europea que tal concepto comprende todas la medidas establecidas ya en 1990 para ser adoptadas por los Estados miembros tendientes a la modernización de la organización de los servicios administrativos, en particular de los que tuvieran contacto con las empresas, como la normalización y reducción de los formularios y declaraciones, entre otras[10].

4. Insuficiencia de las leyes chilenas de simplificación

Nuestro país no ha sido ajeno al intento modernizador de la normativa que regula el emprendimiento, especialmente buscando favorecer la creación de pequeñas empresas, y en este aspecto son importantes la Ley n.º 20494[11] que facilita ciertos trámites administrativos para que la nueva empresa comience sus operaciones, y la Ley n.º 20695[12], que establece un régimen simplificado para la constitución de sociedades[13]. Podemos considerar que en general estas reformas siguen la dirección modernizadora trazada en Europa, estableciéndose como principales objetivos de las modificaciones simplificar, flexibilizar y conferir mayor flexibilidad a las partes, lo que se traduce, a su vez, en una reducción de requisitos de constitución y funcionamiento de las sociedades, sobre todo en beneficio de las pymes[14].

Las simplificaciones introducidas por la Ley n.º 20494 permitieron reducir los costos de constitución de una empresa como persona jurídica al disminuir los costos de publicación en el *Diario Oficial* y facilitar el trámite mismo de la publicación, se obliga a las municipalidades a entregar la patente respectiva, definitiva o provisoria, una vez que el contribuyente ha cumplido con los trámites señalados por la ley de rentas municipales, así como también permite que los contribuyentes sean autorizados en forma inmediata por el Servicio de Impuestos Internos a informar el inicio de actividades y a emitir los documentos tributarios electrónicos que sean necesarios para el desarrollo de su giro o actividad[15, 16].

Por su parte, la Ley n.º 20659 instauró un régimen simplificado que permite constituir, modificar, transformar y fusionar sociedades, mediante formularios dispuestos por el Ministerio de Economía, buscando especialmente

[10] Vásquez (2019), p. 770 y ss.
[11] Ley n.º 20494 (2011).
[12] Ley n.º 20659 (2013).
[13] Vásquez (2015), p. 225.
[14] Vásquez (2019), p. 201 y s.
[15] *Op. cit.*, p. 345.
[16] *Op. cit.*, p. 806.

fomentar el microemprendimiento, régimen que no obstante coexiste con el tradicional de escrituras públicas y del Registro de Comercio. Todo se tramita en línea de una sola vez, en un registro único, público y gratuito. Se sustituye la publicación del extracto en el *Diario Oficial* para hacerlo en la web, como también se elimina la inscripción en el Registro de Comercio. Hecho lo anterior, el Servicio de Impuestos Internos debe asignar el Rol Único Tributario y tramitar el inicio de actividades. El formulario se suscribe con firma electrónica avanzada, o a través de notario que cuente con ella. El subsecretario de Economía emite certificados en línea con información de la sociedad respectiva con valor de instrumento público y con valor de título ejecutivo, lo cual resulta curioso por cuanto se asigna dicha cualidad al certificado y no al documento original producido por las partes. Se puede migrar del régimen simplificado al tradicional y viceversa. Si bien este sistema baja tiempos y costos de constitución, no es la panacea, pues no necesariamente se acortan los trámites posteriores, como permisos, patentes o verificaciones de datos. Además, un negocio grande o de alcance internacional constituido así se desmerece, habiendo, incluso, instituciones que exigen para ciertos trámites el estatuto en papel, por ejemplo, los bancos. Resulta preocupante que el microemprendedor pueda constituir su sociedad sin la asesoría de profesionales, pues esta carencia puede hacer fracasar su emprendimiento. Y, por otra parte, el apresurarse siempre es malo en todo proceso de largo aliento, como lo es precisamente la aventura de emprender. En contrapartida, el régimen tradicional es más flexible en cuanto a la gama de giros y cláusulas contractuales posibles, ya que el régimen simplificado es en extremo rígido por generarse un estatuto estándar que solo admite las cláusulas predeterminadas del formulario, y como este es genérico, para todo tipo de sociedad, admite poner giros a tipos de sociedades que no están pensados para ellos, o se corre el riesgo de generar vicios que luego ocasionen dificultades, como que el Servicio de Impuestos Internos considere que la responsabilidad de los socios es ilimitada o que una operación es habitual y por tanto gravada con IVA.

Si bien ambas leyes bajaron sustancialmente los tiempos para iniciar una empresa, llevando a la legislación chilena a estándares OCDE, no significaron una real revisión al derecho societario nacional que permitiera modernizar esta normativa. En efecto, aunque estas leyes presentan aspectos que se relacionan con la simplificación en la constitución, disminución de costos y aumento de la formación de empresas, en los hechos no es posible sostener que ello haya trascendido a una modernización efectiva del derecho societario, en gran medida por haberse efectuado la discusión legislativa sobre la base de aspectos económicos, necesarios, por cierto, pero desplazándose sin mayor justificación la discusión jurídica. En cuanto al régimen simplificado, se

dice que para su aplicación podrían haberse acotado los tipos societarios susceptibles a un monto máximo de aporte, como ocurre con la Ley n.º 20494. Por otra parte, muchas normas están redactadas en forma confusa o con inadecuada técnica legislativa. En definitiva, la simpleza del nuevo sistema es, a su vez, su "talón de Aquiles", lo que forzosamente se refleja en las posibles inconsistencias y problemáticas que podrían provocarse[17].

5. Tipos societarios obsoletos

También es bastante conocido el manifiesto desuso en que han caído algunos de los tipos societarios más tradicionales, como la sociedad colectiva y la sociedad en comandita simple, respecto de las cuales se ha señalado que constituyen verdaderos "fósiles" del derecho societario[18], actualmente en franca obsolescencia[19] como resultado del gran salto que supuso dentro del régimen de responsabilidad de los socios la implementación en Chile de la sociedad de responsabilidad limitada y el posterior advenimiento de la sociedad por acciones. En cuanto a esta última, de todas formas no deja de llamar la atención el aplauso generalizado que recibió la sociedad por acciones al supuestamente introducir a nuestro derecho societario grandes espacios a la libertad estatutaria, en circunstancias que el artículo 348 del C*ódigo de Comercio*, referente a la sociedad colectiva, contiene casi la misma regla que señala el artículo 424 del mismo C*ódigo* para la sociedad por acciones[20].

6. Un frenesí legislativo

Para concluir este apartado de aspectos generales que dificultan el emprendimiento en Chile, no podemos dejar de mencionar el verdadero frenesí legislativo que ha invadido nuestro país en la última década en cuanto a implementar sucesivas y profundas modificaciones al estatuto del emprendimiento en especial en lo que se refiere al derecho del trabajo y al derecho tributario, produciéndose, en la práctica, verdaderas revoluciones legislativas materializadas en reformas sobre reformas que no hacen más que agregar nuevas regulaciones, elevar los costos de contratación y de producción, y que, además, tienden a complejizar y encarecer en exceso el cumplimiento riguroso de las obligaciones tributarias por parte de los emprendedores.

[17] Vásquez (2019), p. 359 y ss.
[18] Puelma (2003), p. 12.
[19] Ruz (2015), p. 455.
[20] *Ibid*.

II. Ineficiencias de las sociedades

Desde hace ya bastante tiempo la doctrina está advirtiendo los problemas teóricos y prácticos que produce la modificación parcelada que ha experimentado el derecho societario chileno en las últimas décadas, señalando al efecto que este fenómeno no es inocuo si consideramos que en la actualidad el derecho societario no se concibe como un sistema unitario, sino como un conjunto de normas dispares que generan como consecuencia un conjunto de incoherencias entre los regímenes de los distintos tipos societarios[21], lo cual no solo no contribuye a fomentar el emprendimiento, por no resultar muchas veces del todo claro, por ejemplo, cuáles son las reglas que completan el silencio de las partes en un determinado tipo societario, o hasta qué punto la normativa de un tipo societario es aplicable supletoriamente a otro. En definitiva, urge una revisión profunda al derecho societario que de hecho se concrete en una modernización del ramo que permita fomentar el emprendimiento. Ahora haremos un breve barrido a la normativa societaria de nuestro país.

1. La cuenta en participación[22]

Sin duda la más antigua forma de organización colectiva para acometer una empresa, la cuenta en participación es una especie de sociedad de hecho en que solo aparece frente a terceros el gestor, quien actúa como dueño del negocio, y no como mandatario como ocurre en las sociedades[23].Se trataría de una "sociedad oculta", por cuanto consiste en un contrato meramente vinculatorio para las partes, pero inoponible a terceros[24]. En cuanto se trata de un contrato de colaboración, los riesgos deben repartirse entre los asociados[25], como si se tratara de una auténtica sociedad. Si bien facilita el trabajo de pequeños empresarios, admitiendo amplios espacios a la libertad contractual[26], en contrapartida carece de patrimonio y de personalidad jurídica, siéndole aplicables supletoriamente las reglas de las sociedades colectivas mercantiles. Como no existe la posibilidad de separar patrimonios, en tanto los terceros solo tienen acción contra el gestor, al tiempo que los asociados inactivos carecen de ella contra terceros, esta figura no es adecuada para organizar cualquier tipo de emprendimiento.

[21] Vásquez (2015), p. 217.
[22] Artículo 507 y ss. del *Código de Comercio*.
[23] Vásquez (2019), p. 120 y ss.
[24] Puelma (2003), p. 180.
[25] Vásquez (2019), p. 128.
[26] *Op. cit.*, p. 127.

2. La empresa individual de responsabilidad limitada (EIRL)[27]

No es realmente una sociedad, sino que tiene por objetivo la creación, para efectos mercantiles, de un patrimonio comercial separado al de su constituyente, por lo cual solo puede ser constituida por una persona natural. Permite que personas naturales se constituyan como empresas y puedan gozar de personalidad jurídica sin tener que formar una sociedad[28]. Sus rasgos característicos son la definición como persona jurídica, la mercantilidad de forma independiente del objeto, con lo cual se somete al *Código de Comercio*, y la separación del concepto de sociedad. Se discute si debe tener giro único, y, si bien el Servicio de Impuestos Internos entiende que sí, la ley no contiene esta exigencia, con tal que los varios giros estén sin duda determinados, es decir, la ley no admite giros "bolsillo de payaso". Por el contrario, los bancos suelen rechazar las que tienen muchos giros, lo cual evidentemente constituye un entorpecimiento para su actividad comercial. No puede venderse como tal en una sola unidad, sino que solo puede aportarse a otra sociedad.

Dentro de los principales problemas que podemos advertir de esta figura, cabe destacar el acceso a financiamiento en la banca, en especial para solventar un negocio que comienza. Ocurre que los bancos suelen exigir para otorgar créditos a estos emprendedores que se les exhiban sus antecedentes comerciales e, incluso, de sus cónyuges, en tanto que si además se le exige al constituyente que se obligue a las deudas contraídas por la EIRL con la entidad bancaria, tenemos en los hechos que este tipo de emepresas pierde toda eficacia, si bien jurídicamente existe una separación efectiva de patrimonios entre la empresa y el constituyente, frente al banco dicha separación desaparece. Lo anterior por cierto debe ser matizado en el caso concreto según como sean los antecedentes comerciales del emprendedor, pero de todas formas el poder económico del banco puede poner a la EIRL en una situación de extremada vulnerabilidad que llegado el caso haga tambalear el desarrollo del emprendimiento. En contrapartida, una AIE podría contribuir a subsanar esta situación de gran vulnerabilidad, ya que por las deudas que contraiga la AIE, suponiendo que sea esta la actividad auxiliar al giro principal de los asociados, responderán en forma solidaria e ilimitada todos los asociados, todos ellos empresas ya en funcionamiento.

[27] Ley n.º 19857 (2003).
[28] Vásquez (2019), p. 97 y ss.

3. La sociedad de responsabilidad limitada[29]

Puede ser tanto mercantil, si su giro incluye actos de comercio, como civil en caso contrario, y se creó buscando aunar el control directo de la gestión con la limitación de responsabilidad personal de los socios hasta el monto de sus aportes o a la suma que a más de estos se indique, cosa que no se podría lograr con la colectiva, la comandita y la anónima[30]. Por consiguiente, en este tipo societario la responsabilidad de los socios es limitada, y la sociedad se regirá supletoriamente a la ley y al pacto social por las reglas de las sociedades colectivas. Las únicas limitaciones que le señala la ley se refieren a que no puede estar constituida por más de cincuenta socios, y no puede dedicarse a negocios bancarios. En cuanto a su naturaleza[31], nos llama la atención que en Chile se la haya configurado tomando como base a la sociedad colectiva, pues en otras latitudes encontramos otros dos interesantes modelos: el alemán, en el cual es una sociedad de capital, pero en la que las cuotas sociales no están representadas en títulos valores, y el inglés, en el que, si bien también se le considera sociedad de capital, este se divide en acciones, pero de ellas no se permite la oferta pública, así como también se les aplica una rigurosa normativa sobre el *ultra vires*.

Como está pensada para empresas de importancia secundaria, y en particular para los negocios familiares, casi todas las sociedades de esta clase quedan regidas por la Ley n.° 20416[32] de empresas de menor tamaño con las particularidades que ello supone, como reglas especiales en materia de procedimientos concursales, lo cual nos lleva a cuestionarnos hasta dónde resulta conveniente la supletoriedad de las reglas de la sociedad colectiva para una sociedad de responsabilidad limitada, toda vez que la Ley n.° 3918 no ha pretendido someter a esta clase de sociedades a las reglas de la sociedad colectiva, sino solo constituir un régimen de cierre cuando los estatutos no han previsto determinada eventualidad sobre la marcha de la sociedad[33]. Además, aquí son igualmente observables los problemas de acceso a la banca señalados respecto de la EIRL, pues si el socio administrador es llevado a obligarse de manera personal a la deuda, la separación de patrimonios pierde eficacia, lo cual podría ser subsanado recurriendo a una AIE.

[29] Ley n.° 3918 (1923).
[30] Alcalde (2015), p. 316.
[31] Puelma (2003), p. 280 y ss.
[32] Ley n.° 20416 (2010).
[33] Alcalde (2015), p. 326 y s.

4. La sociedad por acciones (SpA)[34]

Se trata de una sociedad anónima con un régimen simplificado de constitución, administración y enajenación de acciones, por lo que las diferencias con ella son solo comerciales, pues el tratamiento tributario es similar. Su creación respondió a la necesidad de implementar una estructura societaria más simple que las sociedades anónimas, pero que permitiera fácilmente introducir capital de riesgo a pequeñas empresas ya en funcionamiento, es decir, se pensó justo para hacer crecer a las pymes. La SpA puede constituirse con un solo accionista, que puede ser una persona jurídica, y, salvo pacto en contrario, no se disuelve por reunirse todas las acciones en manos de un único accionista, al contrario de las otras estructuras societarias chilenas, pues en Chile hasta ahora no ha sido admitida en términos generales la sociedad unipersonal. Se rige de forma íntegra por su estatuto, una libertad contractual máxima, mientras que en la sociedad anónima la estructura viene dada por la ley. Sin embargo, en caso de tener la SpA más de un accionista, se exige que a lo menos haya al año una junta de accionistas, lo cual puede ser una complicación innecesaria para un negocio pequeño, caso en el cual de hecho en la gran mayoría de los casos dicha junta nunca se celebra. Es dirigida por un administrador, en vez de un directorio como en la sociedad anónima, presentándosele ante la banca el mismo problema señalado para las sociedades de personas, el ser forzado el empresario a obligarse personalmente a las deudas contraídas con el banco, con lo cual la separación de patrimonios se vuelve efímera.

Si bien apenas entró en vigencia gozó de gran popularidad principalmente por el hecho de poder ser constituida por una sola persona, en los hechos la extrema flexibilidad, la escasa regulación supletoria y los ya señalados problemas de no celebrarse la junta de accionistas y las obligaciones bancarias asumidas de manera personal por el administrador, la hacen una estructura societaria del todo inadecuada para iniciar un negocio pequeño, en plena afinidad con la intensión original del legislador de instaurarla para facilitar el crecimiento de pymes ya constituidas, no su creación. Frente a esto, la AIE aporta las mismas ventajas señaladas para las sociedades de personas, a las que nos remitimos a fin de no repetir, pues permite desligar actividades complejas auxiliares de los pequeños emprendimientos para ser realizadas en forma unificada en beneficio de los asociados, en vez de recurrir a nuevas estructuras.

[34] Ley n.º 20190 (2007).

5. *El caso especial del* Joint Venture

El *Joint Venture* o "empresa conjunta" es un contrato de colaboración entre empresas para desarrollar un proyecto o un conjunto de proyectos relacionados entre sí, creando frente a terceros una entidad económica que facilita la cooperación, pero que carece de personalidad jurídica. No está regulado en Chile. Los asociados siempre deben hacer aportes, compartir el riesgo y participar de los beneficios. Suele utilizarse entre grandes empresas. El problema de esta figura es que se le concibe para desarrollar conjuntamente proyectos específicos, no para externalizar en conjunto una actividad auxiliar al giro principal, como es el caso de la AIE, con lo cual no solo tiene un ámbito de aplicación más restringido, sino que, además, por carecer de personalidad jurídica, con todo lo que aquello implica, parece poco útil para fomentar la labor de las pymes.

6. *Naturaleza jurídica de la sociedades*

Determinar la naturaleza jurídica tiene trascendencia práctica en los casos en que, de adoptarse una u otra teoría, las normas jurídicas aplicables son distintas[35]. Tradicionalmente se ha entendido que la sociedad es un contrato, y así está regulado en nuestros *Códigos*. Sin embargo, el contrato de sociedad no se comporta como los demás contratos sinalagmáticos[36], pues las prestaciones que le son propias no se miran como la causa correlativa entre ellas, sino que para alcanzar esa causa final común los estipulantes comparten un mismo interés, que se convierte, entonces, en común. Los socios, por tanto, no son "partes" del contrato, sino que poseen un mismo interés. En razón de esto, resulta imposible aplicar al acto constitutivo gran parte del régimen jurídico aplicable a los contratos, como la condición resolutoria tácita. El acuerdo de voluntades crea un sujeto de derecho con personalidad jurídica propia que rebasa el propio acuerdo de voluntades. La sociedad anónima pone de manera clara en tela de juicio el carácter contractual de su acto constitutivo. El carácter *inuito personae* limita dos aspectos trascendentales de la sociedad por acciones: impide la libre cesión de las partes sociales y la muerte o incapacidad de un socio amenaza la continuidad de la sociedad. Además, es un hecho que la EIRL nace precisamente de una declaración unilateral de voluntad[37].

Liberada la sociedad de capitales de los principios contractuales, la doctrina comienza a estimar que el análisis puramente contractual tiene la-

[35] Puelma (2003), p. 60.
[36] Vásquez (2019), p. 815 y s.
[37] *Op. cit.*, p. 102.

gunas que no permiten dar cuenta fiel de la noción de sociedad[38]. Se trataría más bien de una "institución", un cuerpo intermedio entre el individuo y el Estado investido de personalidad y voluntad propia, y que tiene un fin social que predomina por sobre los intereses individuales de los socios[39]. En la sociedad por acciones, en el artículo 424 del *Código de Comercio*, el legislador se ha apartado de la noción contractual al definir la sociedad como una "persona jurídica", con lo cual se elimina un elemento fundante de la definición del contrato de sociedad del artículo 2053 del *Código Civil*: la concurrencia de dos o más personas[40]. También se puede poner en entredicho el carácter esencial del lucro en las sociedades, pues, por ejemplo, la sociedad de garantía recíproca no persigue un fin lucrativo. En definitiva, lo que haría surgir la personalidad jurídica de las sociedades es su incorporación en el Registro de Comercio u otro sistema registral equivalente, y no el contrato propiamente tal. La forma asociativa permite financiar el emprendimiento sin acceder a la banca, pues permite recibir los recursos que aporten inversionistas, quienes acceden al estatus de asociados una vez que efectúan sus aportes al fondo social[41]. Y es que es muy importante poder emprender sin depender de la banca, no solo por los problemas ya señalados a los que suele enfrentarse el pequeño emprendedor y las sociedades de personas, sino que, además, porque se está a merced de los vaivenes que experimente la banca. Considérese, verbigracia, la crisis de las hipotecas *subprime* de 2008, una crisis de origen bancario, que produjo mayores estragos en Europa que en Estados Unidos precisamente porque la economía europea es más dependiente de los bancos que la estadounidense, que funciona mayormente con los recursos de inversionistas en la bolsa que recurriendo a la banca.

En virtud de lo dicho, se ha definido la sociedad como una

> "institución compleja creada por un acto jurídico fundacional consistente en una declaración unilateral que, sola o en concordancia con otras de idéntica característica, acuerdan un tipo organizativo en particular, con miras a la obtención de un fin común al cual se comprometen lo socios"[42].

Así, con la finalidad de poder dotar de un régimen jurídico supletorio extensible a todas las figuras que, sin reunir los requisitos normativos societarios, se halle orientado a llenar lagunas que surjan en los regímenes específicos de singulares figuras asociativas como, por ejemplo, las cuentas en participación,

[38] Ruz (2015), p. 444.
[39] Vásquez (2019), p. 817 y s.
[40] Vásquez (2015), p. 247.
[41] Vásquez (2019), p. 200.
[42] *Op. cit.*, p. 853.

se podría defender un concepto amplio de sociedad cuyos elementos caracterizadores residan en el origen voluntario, el fin común y la consecución de dicho fin, separando de dicha noción aquellos elementos respecto de los cuales no está clara la adscripción a este núcleo conceptual, como serían la necesidad de dos o más personas, la existencia de un patrimonio común y la finalidad lucrativa[43]. En todo caso, la tendencia moderna en materia societaria es "desrigidizar" las estructuras existentes, a permitir mayor libertad contractual. La AIE se nutre de este cambio de paradigma, y contribuye a que el derecho societario camine en esa dirección.

7. Tipos societarios y mercantilidad de forma[44]

En la sociedad de personas (colectiva) la responsabilidad es ilimitada, aun cuando sea solidaria en la comercial y simplemente conjunta en la civil, en cambio, en la sociedad de capital los socios responden hasta el monto de sus aportes. Por esto es necesario expresar la limitación de responsabilidad para que en la sociedad de personas quede limitada al monto del aporte, como si fuera sociedad de capital. Por esta razón, en otras latitudes se ha optado, como ya vimos, por considerar a la sociedad de responsabilidad limitada una sociedad de capital. Por otra parte, es distinto el carácter mercantil de la sociedad, y que, por tanto, le sean aplicables las reglas de los comerciantes (el *Código de Comercio*), a que el acto que la sociedad ejecute sea de los que la ley califica como "de comercio". Por consiguiente, no hay razones objetivas para negar la mercantilidad de forma a ciertos tipos societarios. Mirar si el acto que se ejecuta es de comercio o no es antojadizo y, en definitiva, genera inseguridad jurídica. Por el contrario, aceptar la mercantilidad de forma aclara cuál es la normativa aplicable, en especial las reglas supletorias y protege a los acreedores. Por estas razones, la AIE es siempre mercantil cualquiera sea su objeto. En cuanto a la responsabilidad misma, nos referiremos a continuación al analizar el capital social.

8. El problema del capital social

La doctrina moderna entiende que el capital no es un requisito en las sociedades. El capital es una cifra estática de naturaleza normativa, mientras que el patrimonio es un concepto económico y dinámico, que requiere efectuar un conjunto de operaciones para ser determinado. Por tanto, no es el capital sino el patrimonio lo que realmente cumple la función de garantizar los in-

[43] Vásquez (2019), p. 855.
[44] Vásquez (2015), p. 210 y ss.

tereses de los acreedores[45]. La exigencia de capitales mínimos para proteger a los acreedores puede resultar discriminatoria y terminar perjudicando a las pymes. En otras latitudes la responsabilidad frente a los acreedores se materializa en acciones contra los administradores, no contra el capital. La evidencia empírica demuestra que mantener una cifra fija de capital social no garantiza la capacidad de la empresa para pagar sus deudas en ciertas situaciones[46], ni que el activo sea siempre capaz de responder al pasivo. Además, es sabido que las empresas usualmente caen en insolvencia por falta de caja, de liquidez, siendo en tal caso irrelevante el monto de capital. Sería, entonces, más razonable y eficiente formular reglas más claras de responsabilidad que exigir un aporte inicial para constituir la sociedad[47], lo cual sí beneficia a la pymes. Lo esencial de la sociedad es llevar a cabo un proyecto en común, independiente de cual sea la fuente del financiamiento, y en tal caso la idea de llevar adelante el fin social, el deber de lealtad, y el responder a las deudas sociales de acuerdo al acto de constitución y a los pactos sociales no tiene relación directa con la configuración del patrimonio.

El capital que se aporta a la sociedad debiera ser de una cuantía "creíble", es decir, acorde con la magnitud de las operaciones que va a desempeñar. Pero suele ocurrir, en lo referente a los pequeños emprendimientos, que muchas veces al constituir la sociedad se declara en la escritura un determinado capital social que al final nunca se entera, con lo que la empresa comienza a funcionar sin que en efecto se haya pagado el aporte. Si bien existen normas que, transcurridos tantos años sin que el capital suscrito sea entera do, ordenan considerarlo rebajado de pleno derecho al monto efectivamente pagado, de todas formas, como la empresa igual sigue trabajando, da la sensación de que estas normas generales no resultan satisfactorias, abriendo el paso a eventuales vicios y perjuicios a terceros. Pareciera ser mejor derechamente endurecer las normas de responsabilidad de los socios o administradores que exigir aporte de capital. Por tanto, si a la AIE no se le exigiere aporte de capital, esto no significa que la responsabilidad se diluya, en especial si atendemos a que los asociados son empresas que están ya en funcionamiento.

9. El acceso a la banca

Nos referimos ahora no al ya señalado problema del acceso al crédito que suelen tener los emprendedores, debiendo obligarse los socios personalmente a la

[45] Vásquez (2019), p. 833.
[46] *Op. cit.*, p. 835.
[47] *Op. cit.*, p. 838.

deuda social contraída, así como también el deber presentar los antecedentes comerciales de terceros afines, sino que aquí se trata más genéricamente del acceso a trabajar con los bancos como, por ejemplo, el simple hecho de poder abrir una cuenta bancaria. Es usual que los bancos no otorguen créditos ni abran cuentas corrientes a emprendimientos que no puedan acreditar un cierto nivel de actividades como mínimo, por ejemplo, al menos demostrar seis meses de movimientos en su declaración mensual de IVA, lo cual evidentemente es un contrasentido si lo que se pretende es justamente obtener financiamiento para iniciar un negocio, expandirlo, desarrollar alguna nueva modalidad de trabajo, o intentar superar dificultades. Y es aquí donde se evidencia que muchas veces optar por el sistema simplificado de constitución de sociedades puede perjudicar al pequeño emprendedor porque los bancos suelen reusar trabajar con esta modalidad, lo cual demuestra que aún subsisten situaciones complejas para los intereses de las pymes que las leyes de simplificación no han sido capaces de superar. El derecho actual en este aspecto sigue siendo hostil al pequeño emprendedor, lo cual reafirma nuestra percepción de que faltan instancias de fomento de la cooperación, como es en el caso de la AIE, para externalizar labores auxiliares a los giros principales de las pequeñas empresas, por ejemplo, la gestión del financiamiento.

10. Régimen tributario

Se sabe que, comparado con los miembros de la OCDE, el impuesto chileno a las empresas, el de primera categoría, es de los más altos de aquel grupo, y, sin embrago, Chile es de los países con menor PIB de entre sus integrantes. Esto es resultado de una sucesión de reformas tributarias en la última década que, no solo incrementaron la tasa del impuesto, sino que, además, complejizaron excesivamente nuestro sistema impositivo. En 2014[48], además del aumento de tasa, se crearon los regímenes de "renta atribuida", "semiintegrado" y un régimen especial "propyme simplificado", además de los ya existentes regímenes de "renta presunta". Luego, otra gran reforma en 2020[49] desmanteló el sistema antes instaurado, derogando los regímenes de "renta atribuida" y "propyme", introduciendo, a su vez, el régimen "propyme general", el régimen "propyme transparente" y el "régimen general semiintegrado", subsistiendo el régimen de "renta presunta", más un régimen especial para "contribuyentes no afectos al artículo 14 de la ley de renta" aplicable a corporaciones y fundaciones. La novedad de esta última reforma es que hace regir por primera vez en Chile la "transparencia fiscal", que consiste en que la pyme que se

[48] Ley n.° 20780 (2014).
[49] Ley n.° 21210 (2020).

acoge a este régimen queda liberada del impuesto de primera categoría, y la renta por ella obtenida se traslada a sus propietarios íntegramente a prorrata de sus derechos en la sociedad, de modo que la base imponible positiva se imputa a los socios, integrándose en la renta de estos últimos en el global complementario que a cada uno corresponda[50]. Como señalamos en nuestra publicación anterior, el régimen de transparencia fiscal es el sistema tributario que se aplica a la AIE en Europa, en razón de que no persigue lucro para sí misma, sino que ha sido concebida para desarrollar una labor auxiliar al giro principal de sus asociados. Creemos que este nuevo sistema sí contribuye a la modernización de las normas que regulan el emprendimiento en Chile.

III. Ineficiencias del emprender como persona natural

1. Problemas del trabajar como contribuyente de segunda categoría

Nos referimos al caso en que el empresario decide trabajar con su propio RUT. Primeramente cabe señalar lo obvio: no hay separación de patrimonios entre el empresario y su empresa, con todas las implicancias que esto supone. Aquí también encontramos el comentado drama de la dificultad que enfrenta el emprendedor para acceder a la banca, pero probablemente acentuado por el hecho de no existir un patrimonio independiente afecto al desarrollo de su emprendimiento. Por otra parte, como dice el refrán, "solo se llega más rápido, pero acompañado se llega más lejos", pues el trabajar las diversas aristas de una actividad comercial como persona natural se va haciendo cada vez más complejo a medida que el negocio crece, pudiendo llegarse a un punto del desarrollo de la empresa en que el hacerlo todo solo la persona del empresario ya no resulta eficiente. Y, además, dependiendo cual sea el rubro específico de que se trate, pudiere presentarse un problema de imagen del negocio unipersonal, pues el mostrarse como un "circo pobre" en que un solo actor lo hace todo eventualmente desmerece a la empresa. En definitiva, siempre la cooperación es beneficiosa para potenciar los emprendimientos. En cuanto a la tributación que grava el trabajo de las personas naturales, las tasas progresivas del global complementario también pudieren constituir una carga considerable a medida que el negocio prospera. Esta materia también ha sido muy reformada, siendo rebajados los tramos superiores del global en 2014 del 40% al 35%, y vueltos a elevar al 40% en 2020 por las dos reformas ya señaladas.

[50] Artículo 14 letra D n.° 8 de la Ley de Renta.

2. Problemas del trabajar como EIRL

¿Y si el empresario optara por constituir una EIRL? Primeramente ganaría el beneficio de la separación de patrimonios y la limitación de responsabilidad al aporte en la medida que actúe dentro del giro de la empresa. Además, el artículo 18 de la ley de EIRL señala que les son aplicables las disposiciones legales y tributarias de las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, por lo cual son contribuyentes de primera categoría, como si se tratara de una sociedad, tributando con tasas del 25% o 27%, más la posibilidad de acceder a los regímenes especiales para las pymes, lo cual pudiere ser más conveniente si se obtuviese un gran volumen de utilidades, en vez de tributar como persona natural en los tramos superiores del global complementario (30,4%, 35% o 40%). En cuanto al financiamiento y al acceso a la banca, nos remitimos a lo ya señalado.

IV. Ineficiencias de los emprendimientos sin fines de lucro

1. Consideraciones generales

Nos referiremos ahora específicamente a las corporaciones y fundaciones[51]. Sabemos que una corporación es una asociación de personas que se organizan para lograr un fin benéfico, en que los propios socios administran la organización, mientras que una fundación es un patrimonio que se destina al logro de un fin benéfico, donde el fundador encarga a terceros (el directorio) la administración de ese patrimonio. Por tanto, el objetivo de las corporaciones y fundaciones no es generar provecho a sus miembros, sino que se espera beneficiar a terceros en aspectos culturales, educativos, superación de la pobreza, entre muchos otros fines posibles, a diferencia de las cooperativas que existen precisamente para mejorar a sus asociados[52] .Estamos, en definitiva, frente a emprendimientos con fines sociales. De estas breves definiciones que hemos dado de las corporaciones y fundaciones, ya podemos apreciar el principal problema que suele afectar a cada figura: a la corporación es el real nivel de compromiso que demuestren los asociados con el proyecto común, mientras que a la fundación es la real capacidad del fundador para afectar un

[51] Título xxxiii del libro primero del *Código Civil*.

[52] Según Vásquez y Juppet (2014), p. 16 y ss., siguiendo el enfoque de "organización sin fines de lucro", estos entes se caracterizan por tratarse de organizaciones jurídicamente formalizadas, de carácter privado, no lucrativas, autogobernadas, y en la que existen voluntarios que participan en sus actividades.

patrimonio. Si no se toma conciencia de estos problemas antes de constituir la persona jurídica, el proyecto simplemente es inviable. Y, si bien la Ley n.º 20500 de 2011 simplificó en esencia la creación y el funcionamiento de estas entidades[53], esta simplificación en nada altera los problemas señalados. Por el contrario, observamos con preocupación lo fácil que es constituir la persona jurídica y, a su vez, la facilidad con que luego muere por no haber sido capaz de trabajar en forma sustentable[54].

2. ¿Cómo trabajar? El problema del lucro

Respecto de las entidades formalizadas sin fines de lucro, la Asociación Chilena de Organismos No Gubernamentales (ACCIÓN) realizó un estudio sobre los principales problemas de las ONG[55], arrojando los siguientes resultados[56]. Definitivamente el problema principal es el financiamiento, pero de él se derivan otras tensiones relacionadas con la pérdida de autonomía y la distorsión de la misión social. El 82% de las organizaciones recibe financiamiento del Estado y solo el 18% recibe aportes de privados. El 57% usa el voluntariado, pero solo un 2% logra ver esta modalidad de trabajo como un mecanismo indirecto de financiamiento y de sostenibilidad institucional, demostrando la baja calidad de gestión con que cuentan. De entre quienes reciben dinero del Estado, un 83% lo hace por concurso público y un 33% Asimismo, lo hace a través tanto de subsidios como de subvenciones, un 9,5% por licitaciones públicas y un 4,7% por convenio, lo cual demuestra lo inestable del financiamiento y la temporalidad cortoplacista que esto le impone a la labor institucional. Se denuncia, además, una "competencia entre pares" por recursos, una problemática que incidiría en la fragmentación del sector. Se advierte una "contradicción vital" en este tipo de organizaciones al percibir ellas mismas que se han transformado en un "brazo ejecutor" de las

[53] El artículo 548 del *Código Civil* entrega el procedimiento de constitución a las municipalidades, sustrayéndolo de la competencia del Presidente de la República como era antes de la Ley n.º 20500.

[54] Sociedad en Acción (2020) señala que en 2020 habían 319 819 organizaciones de la sociedad civil registradas según la nueva normativa de la Ley n.º 20500, de las cuales solo 213 064 (66,62%) habían informado la renovación de su directiva en los últimos cinco años, en tanto el resto (33,38%) estaba según la ley en causal de cancelación de su personalidad jurídica por considerarse "inactivas", sin perjuicio de que el solo "renovar" la directiva no implica estar efectivamente trabajando, situación que en los hechos es muy común, y además dentro de las que sí están activas se incluye, por ejemplo, a las fundaciones de grandes empresas, demostrándose así la gran fragilidad de este rubro.

[55] Entiéndase por ONG una Organización No Gubernamental.

[56] Acción (2017).

políticas públicas como consecuencia del obtener financiamiento estatal, una evidente y dramática contradicción con su calidad esencial de ONG, con el consecuente riesgo de pérdida de autonomía y separación de la misión que ellas mismas se han dado como objeto institucional. Además, el 76% afirmó la necesidad de mayor capacitación y formación. El gran desafío en el Chile actual es cómo lograr cumplir la función de ONG en un sector muy fragmentado en el que falta autonomía, se requiere fomentar la cooperación y en el que, en definitiva, urge la profesionalización del rubro.

Es cierto que las corporaciones y fundaciones gozan de patrimonio propio y, por consiguiente, hay separación de responsabilidades entre ellas y sus miembros[57]. También se les permite realizar actividades económicas que se relacionen con sus fines y que inviertan sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración, con tal que las rentas que se perciban de esas actividades solo se destinen a los fines de la organización o a incrementar su patrimonio[58]. Por tanto, lo que define a la entidad sin fines de lucro es que no haya reparto de utilidades, sino que estas sean reinvertidas en su objeto. Y, en consecuencia, ella sí puede pagar honorarios, por cuanto esto no es repartir utilidades, sin perjuicio de que los directores ejercerán su cargo gratuitamente, pero con derecho a ser reembolsados de los gastos, autorizados por el directorio, que justificaren haber efectuado en el ejercicio de su función. Podrá fijarse una retribución adecuada a aquellos directores que presten a la organización servicios distintos de sus funciones como directores, dando cuenta detallada a la asamblea[59]. Respecto de las fundaciones, dado que hay un fundador en vez de una asamblea, ¿puede el fundador ser parte del directorio? Sin bien hay una laguna al respecto, no debería haber problemas en ello si entendemos que el tercero que administra la fundación es "el directorio" como cuerpo colegiado, por lo que un "fundador-director" no altera la regla. Lo importante es que en todo caso los directores no sean remunerados por el hecho de ejercer el cargo.

3. Número mínimo de socios

Se trata de un problema propio de las corporaciones, no de las fundaciones por cuanto estas no tienen "socios". El artículo 548 inciso 3° del *Código Civil* señala: "no se podrán objetar las cláusulas de los estatutos que reproduzcan los modelos aprobados por el Ministerio de Justicia", en tanto que el artículo 553 finaliza diciendo: "en todo caso, el cargo en el órgano de administración

[57] Artículo 549 del *Código Civil*.
[58] Artículo 557-2 del *Código Civil*.
[59] Artículo 551 del *Código Civil*.

es incompatible con el cargo en el órgano disciplinario". Sucede, entonces, que, como los estatutos tipo para corporaciones aprobados por el ministerio señalan al menos cuatro órganos de la corporación, el directorio, la comisión de ética, la comisión revisora de cuentas y una comisión electoral, todas ellas compuestas por no menos de tres socios que no pueden repetirse cargos[60], pues, de lo contrario, resulta imposible aplicar las reglas electorales que contiene dicho estatuto tipo "que no puede ser objetado", tenemos que en los hechos, un cuando la ley no exige un mínimo de socios, el estatuto solo podrá funcionar de manera correcta si la corporación tiene como mínimo doce socios[61]. Nótese que este es un mínimo matemático absoluto que no necesariamente será el número de socios óptimo para lograr los objetivos institucionales.

En consecuencia, no será tarea fácil reunir un grupo de al menos doce personas que en realidad tengan la motivación de embarcarse en este emprendimiento conjunto. Será también indispensable conversar como grupo, antes de comenzar, sobre el nivel de compromiso con el proyecto: ¿será simplemente un *hobby* o lo abordaremos como un trabajo? Lo mismo ocurre en cuanto a las habilidades que sean necesarias reunir para conformar el grupo de trabajo, y no solo salir a buscar firmas, pues quienes de buena fe y por ayudar comparezcan al acto constitutivo adquirirán derechos y obligaciones exigibles, que a la larga pueden superar su real interés en el proyecto, perjudicando, en definitiva, el trabajo institucional. Y así llegamos a una pregunta fundamental de carácter general: ¿es realmente indispensable crear la corporación o fundación? Pudiese ser mejor trabajar como persona natural o asociarse a algún grupo ya existente. Por esto insistimos en que la facilidad de la constitución nubla lo complejo del rubro. Sentimos que hace falta una figura jurídica que facilite la cooperación entre instituciones sin fines de lucro. La AIE permitiría externalizar labores auxiliares gestionadas para el conjunto de los asociados, de manera tal que la corporación o fundación pueda volcar todas sus energías al logro de su objeto social.

4. Obligaciones jurídicas

Complementando lo dicho sobre lo complejo que puede ser el trabajo de las entidades sin fines de lucro, señala el *Código Civil* que serán fiscalizadas por el Ministerio de Justicia, debiendo anualmente confeccionar memoria, balance e inventario, y depositarlos en dicho Ministerio (art. 557), y, también, deben

[60] Artículo 23 Estatuto tipo para corporaciones, resolución exenta 1606 del Ministerio de Justicia (2012).

[61] Tener cuatro órganos de tres miembros cada uno sin repetirse cargos da un mínimo absoluto de al menos doce socios.

llevar contabilidad (art. 557-1). De acuerdo con instrucciones del Servicio de Impuestos Internos, deben presentarle una declaración jurada anual en caso de percibir ingresos superiores a 12 000 UF, además de ser sujetos pasivos de impuestos. También tienen la obligación de publicar sus memorias, por ejemplo, en plataformas institucionales, cuando son receptoras de fondos públicos. Finalmente, en el caso de las corporaciones, la elección de su directorio debe ser calificada por el Tribunal Electoral Regional cuando tengan derecho a participar en la designación de los integrantes de los consejos comunales de organizaciones de la sociedad civil (COSOC)[62], lo cual ocurre cuando ingresan al Catastro de Organizaciones de Interés Público de la Ley n.º 20500.

5. Problemas entre el objeto y el financiamiento[63]

Nos referimos aquí al ya señalado problema de, ante la necesidad de obtener financiamiento, terminar ejecutando políticas públicas o derechamente el programa del gobierno, lo cual puede ser contradictorio con el carácter de "Organización No Gubernamental", y, aparte, puede llegar a desfigurar el objeto. Y es que son muchas las vías de financiamiento que pueden arrastrar a la institución a este problema: fondos concursables, licitaciones, subvenciones, entre otros. Otras frecuentes vías de obtención de fondos son los aportes y las donaciones, en que, si bien desaparece el problema del exceso de dependencia respecto del Estado, igual se sigue dependiendo de terceros para poder funcionar. Además, donar es un proceso complejo para el donatario que necesita recursos ya; es largo por la insinuación y caro por los costos de esta y el impuesto. Todo lo anterior es sin olvidar la posibilidad de recurrir al voluntariado. Sin embargo, para en realidad hacer un trabajo profesional, independiente y de calidad, siempre va a ser preferible que la institución sea autónoma, lo cual se traduce, en definitiva, en vender un producto o servicio, pero sin olvidar que estas entidades no están concebidas para derechamente hacer negocios. Es una vía autónoma de obtener ingresos, no la razón de ser de la entidad, y naturalmente reinvirtiendo los excedentes en el objeto social. Para facilitar esta labor auxiliar al giro principal puede ser útil una AIE que ayude a externalizar intereses comunes, mejorando así la gestión institucional.

6. Relaciones con la banca

Para que la institución pueda trabajar necesitará una cuenta bancaria. De hecho, este es un requisito indispensable para ser receptor de fondos públi-

[62] Artículo 10 n.° 1 de la Ley n.º 18593 (1987).
[63] Acción (2017).

cos y para acreditar donaciones por las que el donante pueda hacer uso de los respectivos beneficios tributarios. El problema es que la banca es hostil a estas entidades, y eso que no nos referimos al acceso al crédito, sino que solo estamos hablando de abrir una cuenta bancaria y operar con la banca. Por no tener ánimo de lucro, para la banca estas instituciones no son propiamente empresas, pero sin duda tampoco son personas naturales, por lo que caen en una situación nebulosa en que al final terminan siendo consideradas como clientes de alto riesgo, a quienes cobran altas comisiones por los productos y altos intereses por los créditos, razón por la cual, en principio, el que una corporación o fundación acceda a una cuenta bancaria o pueda solicitar un crédito constituye una operación altamente onerosa, situación que es peor aun cuando la institución está comenzando sus operaciones. Esto no ocurre con las cooperativas, que tienen la obligación de repartir sus utilidades entre los socios, por lo cual en el fondo sí son empresas. En definitiva, los productos que ofrece la banca a corporaciones y fundaciones no son amigables con su naturaleza y objetivos. Una AIE podría facilitar las cosas.

7. Régimen tributario

Las corporaciones y fundaciones pagan impuestos. Este aspecto suele ser difícil de aceptar por los emprendedores sociales, pues la intuición les lleva a pensar que, por no perseguir lucro, estas instituciones debieran recibir un tratamiento diferente. Y es que, visto así, el régimen es gravoso. En lo que a la renta se refiere, tras la reforma de 2020 les corresponde un régimen especial denominado "contribuyentes no sujetos al artículo 14 de la ley de renta"[64], en virtud del cual no se les aplican las reglas del señalado artículo 14, por no existir propietarios con quienes integrar la tributación de estas entidades, correspondiéndoles una tasa del 25%. Por excepción, el artículo 40 n.° 4 de la misma ley permite de forma exclusiva a aquellas entidades que tienen por objetivo principal y efectivo proporcionar ayuda de modo directo, aun cuando no se otorgue de manera totalmente gratuita, a personas de escasos recursos económicos que no alcanzan a satisfacer sus necesidades básicas, solicitar al Presidente de la República la exención del impuesto a la renta, beneficio que, como puede observarse, solo ayuda a una pequeña proporción de todas las corporaciones y fundaciones existentes. En cuanto al IVA y al impuesto de timbres y estampillas, a estas instituciones se les aplican las reglas generales.

[64] Artículo 14 letra G de la Ley de Renta.

V. El novedoso régimen de las cooperativas[65]

1. Consideraciones generales

Diremos, en términos generales, que las cooperativas buscan mejorar a sus asociados, no a terceros como ocurre con las corporaciones y fundaciones. En efecto, las cooperativas nacen ante la imposibilidad de dar un marco jurídico, ni con las sociedades, ni con las corporaciones y fundaciones, a ciertas formas de empresas dirigidas a mejorar las condiciones de vida de sus socios a partir de la ayuda mutua, y donde aquellos participasen de la gestión en forma igualitaria y sin correlación con el monto de su aporte, con distribución del excedente obtenido al cabo de cada ejercicio y libertad de acceso y retiro[66]. Se trataría de un tipo especial de sociedad con características propias, y no de una persona jurídica diversa, lo cual es importante porque a falta de disposición expresa la cooperativa debe regirse por las normas generales de toda sociedad establecidas en el *Código Civil*[67]. Sin embargo, el análisis económico permite diferenciar los aspectos más característicos de las cooperativas, que son organizaciones de participación, pero en las que sus socios son a la vez capitalistas y usuarios de la actividad empresarial. Por tanto, los socios tienen un doble interés en que su empresa funcione según los objetivos que motivaron la asociación económica. De acuerdo con su ley, las cooperativas pueden tener por objetivo cualquier actividad (art. 2) e, incluso, más de uno, excepto aquellas regidas por leyes especiales. Salvo los casos especialmente previstos en la ley, el número de socios será ilimitado a partir de un mínimo de cinco (art. 13).

2. Régimen tributario

Pero tal vez lo realmente interesante en relación con lo que estamos estudiando es el régimen tributario privilegiado del que gozan las cooperativas, en atención a su especial carácter asociativo colaborativo, el cual nos parece interesante para efectos de intentar fomentar en especial el pequeño emprendimiento. Además, en virtud de lo que señalamos en la anterior publicación al estudiar la AIE en Europa, encontramos que muchos aspectos del tratamiento tributario que reciben dichas asociaciones se asemeja al sistema tributario que le es aplicable en Chile a las cooperativas.

De acuerdo con el título VII de la Ley General de Cooperativas, están exentas de los siguientes gravámenes (art. 49):

[65] DFL 5 (2004).
[66] Alcalde (2015), p. 317.
[67] Puelma (2003), p. 129.

a) Del 50% de todas las contribuciones, impuestos, tasas y demás gravámenes impositivos en favor del fisco;
b) De la totalidad de los llamados "impuestos de timbres y estampillas" del decreto ley 3475 de 1980, que gravan a los actos jurídicos, convenciones y demás actuaciones que señala, en todos los actos relativos a su constitución, registro, funcionamiento interno y actuaciones judiciales y
c) Del 50% de todas las contribuciones, derechos, impuestos y patentes municipales, salvo los que se refieren a la elaboración o expendio de bebidas alcohólicas y tabaco.

Sin embargo, las cooperativas estarán afectas al impuesto al valor agregado de acuerdo con el decreto ley 825 de 1974, y al Impuesto a la Renta conforme al artículo 17 del decreto ley 824 de 1974. Las cooperativas de consumo y las de servicio deberán pagar todos los impuestos establecidos por las leyes respecto de las operaciones que efectúen con personas que no sean socios, debiendo consignar en sus declaraciones de impuestos las informaciones necesarias para aplicar esta disposición. Además, los socios de las cooperativas no pagarán el impuesto de primera categoría del impuesto a la renta por el mayor valor de sus cuotas de participación (art. 50); el aumento del valor nominal de las cuotas de capital y cuotas de ahorro y la devolución de excedentes originados en operaciones con los socios estarán exentos de todo impuesto (art. 51); y los socios cuyas operaciones con la cooperativa formen parte de su giro habitual, deberán contabilizar en el ejercicio respectivo, para los efectos tributarios, los excedentes que ella les haya reconocido (art. 52).

VI. *De lege ferenda*: la AIE en Chile

Llegados a este punto, una vez analizados los principales problemas que presenta actualmente el estatuto del emprendimiento en Chile, sea este con o sin fines de lucro, queremos hacer el ejercicio de imaginar cómo debiera ser una futura versión chilena de la AIE, que tenga como especial foco de atención apoyar a la pequeña empresa. He aquí nuestra propuesta normativa.

1. Carácter auxiliar - generación de sinergias[68]

La AIE tiene un carácter auxiliar al giro principal de los asociados, con la finalidad de que puedan externalizar en ella una determinada área de trabajo,

[68] Como dijimos en la publicación anterior, esta característica fue la principal motivación para crear la AIE en Europa en 1985, especialmente pensando en dar apoyo a las pymes, pues se entendió que el mercado común solo podría llegar a materializarse sobre la base de la cooperación de los diversos actores diseminados por el espacio económico común.

necesaria para lograr su objetivo principal, pero que gestionada en conjunto permita un mayor nivel de especialización y eficiencia. Podrá realizar cualquier tipo de actividades, con tal que se trate de una actividad auxiliar al giro de los asociados, por ejemplo, investigación, posicionamiento de productos o marcas, gestionar financiamiento, contratar con proveedores comunes, etcétera. La especialización es el pilar fundamental de cualquier empresa, pues le permite abaratar costos, reducir tiempos, optimizar recursos y, en definitiva, como consecuencia de la utilización de las economías de escala y de alcance, ser una empresa más rentable. Como se suele decir de manera frecuente en materia de gestión: "dedíquese a lo que sabe hacer mejor, y delegue lo demás". Una AIE es una gran herramienta a la hora de ganar competitividad en un sector determinado, pues se hace posible actuar de manera mucho más ágil y económica, en suma, la empresa gana en eficiencia. Tenemos, entonces, que el principal objetivo de la AIE es el de facilitar y fomentar, a través de la unión de recursos, las actividades económicas de sus asociados, mediante la cooperación entre ellos y la coordinación de sus respectivas acciones. El fin último de la agrupación no es tanto la obtención de beneficios de carácter material, sean efectivamente bienes materiales, dinero, o algún otro tipo de rentabilidad como pudiera ser el mero posicionamiento en el mercado, beneficios que, sin duda, en la mayoría de los casos se van a reinvertir en la misma AIE, sino que más bien el beneficio que la agrupación genera gira en torno a la obtención de sinergias y la utilización de economías de escala y de alcance.

2. Mínimo dos asociados de cualquier tipo

Bastan dos asociados para constituir la AIE, cualquiera sea su clase, es decir, personas naturales o jurídicas, con o sin fines de lucro, incluso sean entidades públicas o privadas. Esta amplia apertura es, de entrada, una enorme ventaja que fomenta la asociación. Los asociados no formarán en estricto rigor una "sociedad", sino que los emprendedores solo se van a "agrupar" para desarrollar la correspondiente actividad auxiliar sin perder su individualidad.

3. Mercantilidad de forma

Con independencia de cuál sea su objetivo o de los actos específicos que ejecute, la AIE se entenderá siempre de carácter mercantil, con lo cual se regirá, para mayor seguridad dentro del tráfico jurídico, tanto entre los asociados como para los terceros, por las normas del *Código de Comercio*.

4. Sin fin de lucro por sí misma

Como la AIE busca generar sinergias y utilizar las economías de escala y de alcance, se dice que carece de ánimo de lucro para sí misma. La causa "asociativa" la obliga a que opere de manera exclusiva a favor de quienes se han agrupado para coordinar o desarrollar por medio de ella un aspecto o fase de su propia actividad empresarial o profesional, con lo cual solo puede concluirse que la actividad de coordinación o cooperación que va a desarrollar no puede dirigirse al mercado, sino que única y exclusivamente hacia sus miembros. Si ofreciese sus prestaciones finales a terceros estaría saliéndose de su finalidad mutualista, por lo que la conclusión lógica es que no puede prestar servicios a terceros. Si ella opera solo a favor de sus socios, solo habrá lugar para la producción de ganancias como lucro objetivo, y no para dividir ganancias, lucro subjetivo cuya fuente son terceros, pues la única posibilidad que tiene de generar excedentes es a costa de sus miembros, por lo cual la utilidad así generada no puede reputarse beneficio en sentido propio, sino que solo como un excedente o falso beneficio[69].

5. Sin capital inicial

Como en el derecho societario moderno se entiende que el capital no es un elemento esencial de las sociedades, sino que, a fin de cuentas, es el patrimonio la garantía final frente a los acreedores, no se debiera exigir el aporte de un capital inicial a los asociados. Esta medida tiene la ventaja de que permite transparentar las cosas, evitando así dejar en la escritura de constitución un capital que nunca se va a enterar, generándose estructuras societarias que no tienen correlación con la realidad.

6. Procedimiento de constitución - máxima flexibilidad

Sobre la base de la normativa existente en la actualidad, debiera permitirse la libre elección de constitución entre utilizar el régimen tradicional de inscripción en el Registro de Comercio o, bien, regirse por el sistema simplificado de la Ley n.º 20659. Al igual que ocurre con la sociedad colectiva y la sociedad por acciones, debiera permitirse la más amplia libertad contractual, con el fin de que la AIE sea efectivamente capaz de responder a las necesidades de los asociados.

[69] Alfaro (2016).

7. Financiamiento - forma de traspasar el beneficio

Conforme a lo señalado en la publicación anterior, en el estatuto los asociados deberán establecer la forma en la que se financiará la AIE y la manera en que se les va a traspasar el beneficio por ella generado, por ejemplo, que los socios paguen a la agrupación solo los costos operativos, o que la asociación se financie con cuotas de los socios en tanto que ella luego no les cobrará un precio por los bienes o servicios para ellos producidos o, bien, que la AIE actúe por cuenta de los asociados como un mandatario, abonando y cargando los ingresos y gastos directamente a los socios de manera tal que el balance de la asociación siempre se cierre en cero, entre muchas otras fórmulas posibles.

8. Administración

Podrán administrar los socios o un tercero persona natural o jurídica, como mejor resulte a los fines de la AIE. Lo importante es que existan reglas rigurosas para el control de la administración, no solo para proteger los intereses de los asociados, sino que, también, para salvaguardar los intereses de los acreedores, especialmente considerando que el capital deja de ser un elemento esencial.

9. Responsabilidad

Sin perjuicio de la responsabilidad que recaiga sobre los administradores, los asociados responderán personal, solidaria e ilimitadamente por las deudas de la AIE en cuanto a la contribución a la deuda, aunque siempre de forma subsidiaria a esta respecto de la obligación a la deuda. Como gozará de esta garantía personal de sus asociados en la obligación a la deuda, siendo los asociados empresas que ya están en operaciones, creemos que debería tener un acceso más expedito a la banca, viéndose en principio liberada de tener que demostrar por sí sola un determinado nivel de movimientos comerciales para abrir cuentas bancarias y acceder a créditos. Además tiene la ventaja de que, como los asociados están trabajando todos juntos, la unión hace la fuerza, por lo que entre todos debieran lograr una mayor capacidad de garantizar las obligaciones que contraiga. Por otra parte, no debiera sufrir el problema que en este ámbito afecta a corporaciones y fundaciones por ser entidades sin fines de lucro, ya que, aun cuando no persiga fin de lucro en sí misma, sí se trata de una auténtica empresa.

10. Régimen supletorio

Por tratarse de una auténtica empresa, pero pensada especialmente para potenciar a las pymes, que suelen organizarse como sociedades, y considerando,

además, que la sociedad de responsabilidad limitada y la EIRL tomaron como régimen supletorio a las sociedades colectivas, al igual que, como dijimos en la publicación anterior, se hizo para la AIE en España y Alemania, creemos que debiera adoptarse este mismo régimen supletorio para una AIE chilena, y no el régimen de alguna otra figura de naturaleza "asociativa no societaria", como ocurrió con la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) que tomó como modelo a la Groupement d'intérêt économique francesa.

11. Régimen tributario

Al igual que en los casos de la AIE europea y del nuevo régimen de renta chileno "propyme transparente", creemos que a una AIE chilena debiera aplicársele el régimen de transparencia fiscal. También debiera estar exenta del IVA y del impuesto de timbres y estampillas respecto de todas aquellas operaciones que efectúe con sus asociados, sujetándose al régimen normal de estos impuestos en los actos que celebre con terceros. Además, pudiere considerarse como herramienta adicional de fomento a las pymes, exenciones fiscales para inversionistas que intervengan en etapas iniciales, como ocurre con los *business angels*.

12. Herramienta ideal para potenciar tareas específicas

Por último, queremos destacar la gran utilidad que una AIE puede prestar para asumir tareas específicas en beneficio de pequeños emprendimientos, por ejemplo, la administración de marcas colectivas, de plataformas de internet, puede facilitar enormemente la salida de productos y servicios a nuevos mercados, o puede obtener mejores precios de proveedores por realizar operaciones en mayores volúmenes. En suma, puede realizar una gran variedad de tareas de manera más eficiente y competitiva que sus asociados considerados de manera individual.

VII. Conclusiones

En esta segunda publicación, hemos abordado problemas que presenta la actual normativa del emprendimiento en Chile, sea con o sin fines de lucro, para terminar esbozando cómo debiera ser la normativa de una futura AIE en nuestro derecho. Creemos que los principales beneficios que esta institución podría generar a los emprendedores nacionales, en especial a las pymes, tienen relación con la generación de sinergias, la máxima flexibilidad de esta figura y una mayor eficiencia, como consecuencia de mejorarse los niveles

de especialización y de disminuirse considerablemente los costos operativos, por el hecho de externalizarse en la AIE, por el conjunto de los asociados, actividades auxiliares al giro principal, de manera tal que el empresario pueda enfocarse en la actividad principal de su negocio, en definitiva, en lo que sabe y debe hacer bien.

Bibliografía

Acción (2017). *Perfil de las organizaciones socias de ACCIÓN*. Disponible en www.sitiosur.cl/perfil-de-organizaciones-socias-de-accion/ [fecha de consulta: 23 de febrero de 2020].

Alcalde Silva, Jaime (2015). "Hacia una modernización del régimen de la sociedad de responsabilidad limitada", en María Fernanda Vásquez Palma y José Miguel Embid Irujo (dirs.). *Modernización del derecho societario*. Santiago: Thomson Reuters.

Alfaro Águila-Real, Jesús (2016). *Lecciones: la Agrupación de Interés Económico*. Disponible en www.almacendederecho.org/ [fecha de consulta: 8 de febrero de 2019].

Jordán Gladuf, Josep María *et al.* (2013). *Economía de la Unión Europea*. Madrid: Thomson Civitas.

Lagos Torres, Alejandro (2020). "La Agrupación de Interés Económico como herramienta de fomento al emprendimiento: experiencia europea, especialmente en España". *Actualidad Jurídica*, n.° 42. Santiago.

Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (2018). *Quinta Encuesta de Microemprendimiento (EME5)*. Disponible en www.economia.gob.cl/2018/02/13/quinta-encuesta-de-microemprendimiento-eme5.htm [fecha de consulta: 30 de marzo de 2021].

Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (2020). *Sexta Encuesta de Microemprendimiento (EME6)*. Disponible en www.economia.gob.cl/2020/03/11/sexta-encuesta-de-microemprendimiento-eme6.htm [fecha de consulta: 30 de marzo de 2021].

Puelma Accorsi, Álvaro (2003). *Sociedades*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Tomo i.

Ruz Lártiga, Gonzalo (2015). "Renacimiento de los tipos societarios contractuales o asociativos", en María Fernanda Vásquez Palma y José Miguel Embid Irujo (dirs.). *Modernización del derecho societario*. Santiago: Thomson Reuters.

Sociedad en Acción (2020). *Mapa de las organizaciones de la sociedad civil 2020*. Disponible en www.sociedadenaccion.cl/wp-content/uploads/2020/07/Mapa-OSC-2020_Sociedad-en-Acci%C3%B3n.pdf [fecha de consulta: 30 de marzo de 2021].

Universidad del Desarrollo (2018). *Global Entrepreneurship Monitor (GEM) 2017*. Disponible en https://negocios.udd.cl/gemchile/files/2018/06/GEM_2017_final.pdf [fecha de consulta: 8 de febrero de 2019].

Universidad del Desarrollo y Universidad Católica de la Santísima Concepción (2018). *Reporte Regional Biobío 2016-2017*. Disponible en https://negocios.udd.cl/gemchile/files/2018/01/GEM_UCSC_2016_2017_web.pdf [fecha de consulta: 8 de febrero de 2019].

Vásquez Palma, María Fernanda (2015). "Estado actual del derecho societario en Chile: pasos que debemos dar en aras de su modernización", en María Fernanda Vásquez Palma y José Miguel Embid Irujo (dirs.). *Modernización del derecho societario*. Santiago: Thomson Reuters.

Vásquez Palma, María Fernanda (2019). *Sociedades*. 3ª ed. Santiago: Thomson Reuters.

Vásquez Úbeda, Luis Guillermo y María Fernanda Juppet Ewing (2014). *Derecho del tercer sector: Corporaciones, fundaciones y cooperativas*. Santiago: Thomson Reuters.

Normas

Código Civil (1855).

Código de Comercio (1865).

Ley 3.918 (1923). Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Decreto ley 824 (1974). Ley de Impuesto a la Renta.

Decreto ley 825 (1974). Ley de Impuesto al Valor Agregado.

Constitución Política de la República de Chile (1980).

Decreto ley 3475 (1980). Ley de Impuestos de Timbres y Estampillas.

Ley 18593 (1987). Orgánica Constitucional de los Tribunales Electorales Regionales.

Ley 18971 (1990). Amparo económico.

Ley 19.857 (2003). De Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada.

DFL 5 (2004). Ministerio de Economía, Ley General de Cooperativas.

Ley 20179 (2007). Sociedades de Garantía Recíproca.

Ley 2.190 (2007). Mercado de Capitales II.

Ley 20416 (2010). Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

Ley 20494 (2011). Agiliza trámites para el inicio de actividades de nuevas empresas.

Ley 20500 (2011). Asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.

Resolución exenta 1606 del Ministerio de Justicia (2012), Estatuto tipo para corporaciones.

Ley 20659 (2013). Simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales.

Ley 20780 (2014). Reforma tributaria.
Ley 21210 (2020). Modernización tributaria.

"¿COLUSIÓN, YO? NO SEÑOR, MI ALGORITMO FUE"

"COLLUSION? IT WAS MY ALGORITHM, NOT ME"

María Francisca Labbé Figueroa[*]

Resumen: Los algoritmos se han introducido en prácticamente toda la actividad humana, guiando la toma de decisiones económicas tanto personales como empresariales y gubernamentales. El desarrollo de inteligencia artificial y de los procesos de *machine learning*, han ido derivando en programas computacionales que permiten adaptar de manera automática el precio (*pricing algorithms*), tanto de bienes como de servicios, según el dinamismo del mercado. En este artículo abordamos la colusión por algoritmos como una de las principales preocupaciones entre académicos y autoridades regulatorias del área.

Palabras claves: Colusión, algoritmos, inteligencia artificial, *machine learning*, libre competencia.

Abstract: Algorithms have been reshaping virtually every human activity. Gatekeepers based on algorithms guide personal, business, and government decision-making process. The development of the field of artificial intelligence and machine learning processes have led to computer programs (pricing algorithms), that allow prices, of both goods and services, to be automatically adjusted according to the dynamism of the market. In this article we address collusion by algorithms as one of the main concerns among academics and regulatory authorities in the area.

Keywords: Collusion, algorithms, artificial intelligence, machine learning, 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 Ibañez. Profesora investigadora, Centro de Derecho Regulatorio y Empresa. Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mlabbe@udd.cl

Introducción

Es evidente que las personas destinamos cada vez más tiempo a realizar actividades en línea. Pasamos nuestros días leyendo noticias, estudiando, comprando, encargando comida, organizando viajes, sociabilizando, etc.; todo ello en el mundo virtual. La vida actual es bastante semejante a lo que imaginaban las películas futuristas de la década de 1990.

Nuestra actividad en línea evidencia la fuerte expansión de las grandes plataformas digitales (también llamadas *gatekeepers*), las que permiten interacción entre consumidores y proveedores. Este nivel de actividad virtual no sería posible sin algoritmos, los que llevan a mayor eficiencia en los mercados. De esta manera, constituyen el elemento central de muchas empresas, no solo aquellas compañías tecnológicas.

A medida que el ecosistema de los algoritmos se vuelve más complejo, aparecen riesgos para las personas, desde muchos puntos de vista. Estos riesgos pueden causar daño a los consumidores y, por ende, al bienestar social.

La libre competencia es una de las áreas que genera preocupación, en cuanto a los riesgos que los algoritmos representan para el equilibrio de los mercados. Ello es así dado que no es irracional pensar que un algoritmo diseñado en beneficio del vendedor, pueda llegar a concluir que la mayor eficiencia del negocio se alcanza pactando precios con los competidores.

A pesar de que no se necesita mucha imaginación para concebir mentalmente algoritmos que son capaces de coludirse, el que efectivamente puedan hacerlo, no es un tema pacífico. Por el contrario, la colusión por algoritmos genera cierto grado de discordia en la literatura.

En razón de la actualidad del tema, en este artículo pretendemos dar un repaso de la literatura más reciente sobre la colusión por algoritmos. Mayor claridad en estas materias permitirá, tanto a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) como al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TLDC), analizar los efectos que tienen el uso de algoritmos en el comportamiento de los mercados, sus implicancias y las consecuencias legales que puedan derivar.

La revisión de la literatura reciente que ha sido propuesta en este trabajo, se encuentra dividida en las siguientes partes: colusión por algoritmos en la literatura especializada; planteamientos de las autoridades de la competencia en materia de colusión por algoritmos y propuesta de la Comisión Europea. Para finalizar, expondremos los aspectos más relevantes expuestos, en las conclusiones.

I. Colusión por algoritmos en la literatura especializada

Los algoritmos son procedimientos o secuencias de instrucciones que permiten realizar cálculos o solucionar problemas[1]. Dichas secuencias van desde las más simples hasta aquellas altamente complejas, que incorporan sofisticados sistemas tanto de inteligencia artificial como de *machine learning*. Por ello, algunos los han definido como recetas precisas que especifican la secuencia exacta de pasos necesarios para resolver un problema[2].

Es importante tener presente que inteligencia artificial y algoritmos no son lo mismo, aunque a primera vista lo parezcan. La primera necesita de la segunda para existir y funcionar. Es decir, la inteligencia artificial necesita una secuencia de instrucciones (estructura algorítmica) que especifique las acciones que el computador (inteligencia artificial) necesita para resolver el problema planteado. Solo así, la inteligencia artificial puede operar y ser útil[3].

Desde el punto de vista de la competencia, el riesgo lo representan los algoritmos que pueden aprender. Se dice que los algoritmos pueden aprender, porque el aprendizaje como tal realmente ocurre. Así, cuando

> "un algoritmo es capaz de analizar un conjunto de datos generados con una función desconocida, y producir una función matemática que se asemeje a dicha función, generando predicciones generalizables (buenas predicciones), tanto para los datos de entrenamiento como para nuevos conjuntos de datos"[4] .

Hoy, tanto la inteligencia artificial como el *machine learning* son utilizados en múltiples contextos. Así, muchas empresas han complejizado el sistema de algoritmos que utilizan (ya sean sistemas propios o de terceros), con la finalidad de hacer más rentable su negocio y más interesante su participación en la industria[5].

Los beneficios de los sistemas basados en algoritmos son, en general, aceptados por todos los agentes económicos. Estados, empresas y consumidores reconocen su utilidad y son testigos de cómo, en virtud de sistemas basados en algoritmos, mejora la calidad tanto de vida como de trabajo. No

[1] Competition & Markets Authority – cma, uk (2021), p. 4.

[2] Hoffman (2017), p. 39.

[3] Navas (2017), p. 24.

[4] Edalab (2020).

[5] La eficiencia en sí no es un problema, siempre cuando se obtenga en virtud de las interacciones que ocurren un mercado competitivo y transparente.

obstante, aquellos *gatekeepers* construidos sobre sistemas de algoritmos más avanzados y complejos, pueden causar daño desde diversos puntos de vista, aun cuando los usuarios no seamos conscientes de ello.

En lo que a libre competencia se refiere, uno de los principales riesgos que representan las plataformas digitales es el de la colusión por algoritmos. Por ello, la literatura académica ha dedicado tiempo y esfuerzos en exponer los riesgos, alertando a las autoridades reguladoras sobre las eventuales perjudiciales consecuencias tanto de un mal diseño como uso de un algoritmo.

De acuerdo con los planteamientos de Ariel Ezrachi y Maurice Stucke, la colusión por algoritmos no solo es posible, sino que, además, es necesario estar alertas, dado que es perfectamente posible que un agente económico cuente con algún tipo de programa computacional que haga seguimiento de los precios de la competencia. Este programa (*pricing algorithm*) podría enviar reportes de mercado e, incluso, alertar de manera inmediata cuando se generen cambios en los precios de la industria[6].

La situación planteada en el párrafo anterior se produce gracias a la gran cantidad de datos que alimentan un algoritmo, el que ha sido especialmente programado para ajustar los precios a los datos del mercado[7]. Ello es potencialmente dañino en materia de competencia, puesto que puede existir colusión sin necesidad de mediar un acuerdo entre competidores, bastando simplemente con contar con la tecnología adecuada. En este caso, ¿podría hablarse de colusión, sino ha mediado participación humana alguna?

En la misma línea de pensamiento se encuentra Joseph Harrington, quien está de acuerdo con los riesgos anticompetitivos de los *pricing algorithms*. No obstante, para él es fundamental diferenciar entre algoritmos que son capaces de coludirse (algoritmos programados para coludirse) y algoritmos inteligentes que aprenden a coludirse[8].

El mismo orden de ideas se percibe que Rod Sims ha demostrado su preocupación por la competencia en los mercados, en virtud de que en la actualidad nos encontramos tomando decisiones sobre la base de datos que han sido procesados por algoritmos, que son capaces de aprender[9]. Asimismo, considera que los algoritmos podrían llegar a coludirse, sin participación humana. En consecuencia, estaríamos frente a una colusión que no necesariamente sea contraria a la legislación pertinente.

En relación directa con las opiniones señaladas, Francisco Beneke y Mark-Oliver Mackenrodt sostienen que el uso de algoritmos especializados

[6] Ezrachi & Stucke (2016), p. 56.
[7] Macedo (2019), p. 298.
[8] Harrington (2017), p. 650.
[9] Sims (2017).

aumenta las posibilidades de colusión[10]. Es decir, el uso de algoritmos de precios abre la puerta a nuevas formas de prácticas anticompetitivas, en las que no mediaría acuerdo alguno entre competidores.

Como observamos, la mayoría de los autores parece estar de acuerdo en que los algoritmos para la fijación de precios podrían coludirse o, bien, aprender a coludirse. Por ende, tales algoritmos podrían actuar de manera anticompetitiva, pese a que no necesariamente ilegal. No obstante, algunos académicos ven menos daño en el horizonte. A modo de ejemplo, Antonio Robles sostiene que, aun cuando utilizar algoritmos de precios facilita la colusión, la digitalización masiva de los mercados y el uso de nuevas tecnologías como el *multi-homing*, entre otros, permiten mayor competencia en los mercados, lo que dificulta la colusión entre competidores[11].

En un sentido semejante a la opinión de Antonio Robles, Suzanne Rab concluye que, aunque sea posible identificar un algoritmo como facilitador de colusión, normalmente encontraremos pruebas de que ha existido algún grado de coordinación humana, aunque sea mínimo[12]. Sin embargo, reconoce que la tecnología puede evolucionar hasta el punto en que no sea posible conectar el algoritmo con participación humana alguna.

II. Planteamientos de las autoridades de la competencia en materia de colusión por algoritmos

En vista de la relevancia del tema de la colusión por algoritmos, y el creciente interés que ha despertado, los reguladores de distintos países han comenzado a levantar e indagar en el tema. A continuación, haremos referencia a los planteamientos más relevantes y recientes de algunas autoridades de la competencia.

Primero, hacemos presente que en noviembre de 2019 las autoridades de la competencia alemana (*Bundeskartellant*) y francesa (*Autorité de la Concurrence*), en conjunto presentaron el informe denominado *Algorithms and Competition*. En este reporte abordan los principales aspectos competitivos relacionados con los algoritmos[13].

El informe presentado tiene como centro los algoritmos de fijación de precios de las empresas, que permiten que los precios se adapten (a costo, capacidad y demanda), y reaccionen a los precios de competencia.

[10] Beneke & Mackenrodt (2018), p. 110.

[11] Robles (2018), p. 12.

[12] Rab (2019), p. 143.

[13] Ya en mayo de 2016, las mismas autoridades presentaron el informe *Competition Law and data*, en el cual se introdujeron las principales preocupaciones anticompetitivas en materia de *big data*.

En el mismo sentido que lo hicieran Ariel Ezrachi y Maurice Stucke[14], el reporte publicado por Alemania y Francia identifica los siguientes posibles escenarios de colusión:

- Los algoritmos pueden ser facilitadores de colusión. Es decir, la conducta colusoria existe entre seres humanos, siendo estos quienes diseñan o implementan un algoritmo cuyas características permite monitorear el cumplimiento del acuerdo, exigir que sea respetado o encubrir la conducta anticompetitiva. Esta situación no es distinta a la colusión en su versión tradicional, y los algoritmos serían solo un vehículo para lograr que los acuerdos se cumplan, y así obtener el máximo beneficio posible.
- Utilización, por parte de personas, de algoritmos de terceros para lograr el acuerdo, implementarlo o fiscalizar su cumplimiento. En este caso, nos encontraríamos en una situación de colusión del tipo *hub & spoke*. Como requisito para ello, el informe sostiene que los competidores deben hacer uso del mismo algoritmo, en el entendido de que los otros competidores también lo utilizan.
- Colusión por algoritmos, sin participación de personas. En esta forma de colusión los algoritmos son capaces de adecuar su comportamiento al mercado. El ajuste se produce sin mediar un acuerdo entre competidores, quienes no sospechan lo que están haciendo sus algoritmos.

Es el último caso, el de la colusión por algoritmos, el que representa una novedad desde el punto de vista de la competencia. El interés en este tipo de actuación nace del hecho de que son los algoritmos los que incurren en una conducta anticompetitiva, realizando las operaciones adecuadas para cumplir el acuerdo.

Lo descrito en el párrafo anterior ocurre con absoluta independencia de seres humanos, sin mediar participación de ellos. A pesar de lo dicho, el informe alemán/francés reconoce que es difícil encontrar un caso de esta naturaleza. Al menos por ahora.

El planteamiento del informe de las autoridades alemana y francesa en este punto, se basa en algunas razones que hacen irreal la posibilidad de colusión por algoritmos[15]. Por ejemplo, para que los algoritmos aprendan y puedan coludirse, previamente debe producirse una serie de intercambios de información que constituya la base del aprendizaje. Algunos autores plantean que basta con dosicientas interacciones entre los algoritmos; otros, setenta mil.

[14] Ezrachi & Stucke (2018), p. 39.

[15] Bundeskartellant & Autorité de la Concurrence (2019), p. 46.

Otro ejemplo en el sentido indicado anteriormente se refiere a la estabilidad de los mercados, dado que los algoritmos solo aprenderían si los mercados se mantuvieran siempre estables, lo que no ocurre en la realidad dado que las decisiones de las personas son la base del comportamiento de los mercados[16].

Asimismo, para que la colusión sea posible, los competidores deberían utilizar el mismo algoritmo, lo cual no es acorde con la realidad[17]. En consecuencia, y en palabras de Ariel Ezrachi y Maurice Stucke[18], incluso cuando los datos sean recopilados y se produzcan interacciones entre las partes, es un hecho que aún hay piezas que faltan para completar este puzzle, a las que nadie tiene acceso.

De esta manera, el informe en comento concluye que, a pesar de los beneficios que el uso de algoritmos puede traer a la economía, es posible que existan problemas desde el punto de vista del funcionamiento de los mercados. No obstante, el marco legal actual europeo permitiría a las autoridades y reguladores actuar en beneficio de la libre competencia en los mercados, incluso, en los casos de colusión por algoritmos[19].

En segundo lugar, la autoridad de la competencia del Reino Unido (Competition & Markets Authority, CMA) publicó en enero de 2021 un estudio respecto a cómo los algoritmos pueden reducir la competencia y dañar a los consumidores.

Sin embargo, una de las principales conclusiones de la CMA plantea que el riesgo de colusión por algoritmos en el mundo real no es evidente[20].

Otra conclusión relevante del informe de la CMA es la consideración de que para prevenir **o** mitigar los efectos dañinos de un eventual caso de colusión por algoritmos, todos los participantes del mercado deben cumplir un papel. Esto es tanto consumidores o clientes, empresas y autoridades deben actuar conforme a su papel en el mercado.

En razón de lo anterior, la CMA propone una serie de medidas para lograr el objetivo y prevenir tales conductas. Entre las medidas destacan:

- Mayor guía y transparencia en los estándares exigidos para el cumplimiento de las normas;
- Identificar y solucionar el daño que ya se haya generado;
- Entregar facultad a la autoridad para que investigue formalmente aquellos casos en que se sospeche de colusión por algoritmos;

[16] Bundeskartellant & Autorité de la Concurrence (2019), p. 47.

[17] *Op. cit.*, p. 50.

[18] Ezrachi & Stucke (2016), p. 2015.

[19] Bundeskartellant & Autorité de la Concurrence (2019), p. 75.

[20] Competition & Markets Authority – cma, uk (2021), p. 21.

- Monitoreo constante de los algoritmos y
- Fomentar la cooperación entre países.

En tercer lugar, es relevante hacer referencia a otros ejemplos que evidencian que la colusión por algoritmos es un tema importante para las autoridades de la competencia. Dentro de ellos destaca autoridad holandesa de la competencia, Authority for Consumers and Markets (ACM), la que recientemente publicó su posición frente al uso de algoritmos, destacando que

> "en una economía cada vez más digitalizada, los reguladores como la ACM también deben poder hacer cumplir los estándares que regulan, si las empresas utilizan algoritmos para determinar su conducta en el mercado"[21].

También destaca, en el mismo sentido antes señalado, la Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), que por medio de sus representantes, ha señalado que "decir simplemente "mi robot lo hizo" no es suficiente eximente de responsabilidad"[22, 23].

III. Propuesta de la Comisión Europea

Al analizar la economía de los mercados, es importante averiguar, con la mayor precisión posible, que es lo que se está buscando defender y proteger[24]. En cuanto al bien jurídico protegido por la legislación, el mundo de la competencia ha ido cambiando, en razón de la necesidad de adaptarse a los tiempos que corren. Es por ello que parece relevante hacer referencia, aun cuando de manera breve, al trabajo reciente de la Comisión Europea, publicado en diciembre de 2020, conocido como Digital Markets Act (DMA), la cual representa un cambio de orientación en cuanto al bien jurídico protegido en materia de competencia.

La DMA es una propuesta de la Comisión Europea respecto a la regulación de las grandes plataformas digitales. Propone una regulación *ex ante*, y contiene obligaciones específicas para los *gatekeepers*, facultando a las autoridades a acceder de manera directa a información relevante sobre la in-

[21] Authority for Consumers and Markets (2020), p. 4.

[22] De acuerdo con la sección 45 del Competition and Consumer Act, Australia sanciona las prácticas y acuerdos que quizá produzcan el efecto de disminuir sustancialmente la competencia en el mercado. Así, si un algoritmo tiene realmente el potencial de aprender a coludirse, los competidores que lo implementen podrían ser considerados responsables.

[23] Sims (2017).

[24] Ezrachi & Stucke (2016), p. 205.

fraestructura de las plataformas, con el objetivo de evaluar sus estrategias de mercado y sus efectos en el bienestar del consumidor.

A pesar de que no aborda la colusión por algoritmos de manera específica o directa, sus propuestas son un aporte relevante en materia de competencia y mercados digitales basados en algoritmos.

Cabe destacar especialmente su propuesta por la cual se sostiene que, si se busca diseñar una distribución justa del valor creado en el ecosistema de las plataformas digitales, es fundamental considerar ambos lados que interactúan a través de los *gatekeepers*. Ello porque a un lado de la plataforma encontramos a los proveedores y, al otro lado, a los consumidores. De esta manera, plantea como objetivo el evitar que la plataforma digital obtenga todo el beneficio del ecosistema, de manera desproporcionada, y desmedro de sus propios usuarios (proveedores y consumidores).

Así, representa un paso adelante en materia de competencia, toda vez que significa un cambio en el enfoque tradicional con el cual se ha mirado el bien jurídico protegido por la regulación de la competencia. En vez de adoptar el criterio tradicional, esto es, la eficiencia de los mercados, pone el énfasis en el bienestar del consumidor, en su libertad de opción y en su autonomía[25].

Es de esperar que esta nueva forma de mirar el bien jurídico protegido en materia de competencia marque el rumbo de las normas correspondientes, dirigiendo sus esfuerzos a alcanzar un modelo de mayor transparencia de los mercados, con énfasis en el bienestar del consumidor y de la sociedad toda.

Conclusión

Los algoritmos son una parte fundamental en el funcionamiento de los mercados y de diversos modelos de negocio. Indiscutidamente, las plataformas digitales han beneficiado sus usuarios, es decir, tanto a consumidores como a proveedores. No obstante, existen riesgos asociados, en especial para la competencia. Los potenciales problemas aumentan en razón de la mayor complejidad de los algoritmos, en especial cuando existe incorporación de inteligencia artificial o *machine learning* en el sistema de los algoritmos.

Conforme al estado actual de los principios y de la normativa en materia de libre competencia, se concluye que solo el escenario en que los algoritmos se desarrollan hasta el nivel de aprender, representa un riesgo nuevo

[25] Petropoulos (2021).

en esta materia, en cuanto puede considerarse una nueva forma de colusión; una conducta compleja, con apariencia de legalidad, puesto que no existiría coordinación entre proveedores. A pesar de que este riesgo no se vislumbra en el horizonte inmediato, no se niega la posibilidad de que ocurra en algún momento.

En el derecho comparado, en términos generales, las autoridades de la competencia tienen a estar de acuerdo en que la normativa vigente en materia de colusión permitiría una correcta investigación o sanción de conductas anticompetitivas vinculadas a los algoritmos, incluso si se refiere a colusión por algoritmos propiamente tal.

La pregunta que cabe hacerse a continuación es quien debe responder por los efectos de una conducta anticompetitiva que se despliega sin intervención humana alguna, sino que, a partir de algoritmos, cuando estos no han sido diseñados, creados o implementados para coludirse, sino que su razón de ser es gestionar adecuadamente los negocios y buscar la máxima eficiencia de la empresa.

Bibliografía

Authority for Consumers And Markets (2020). "Oversight of Algorithms". Disponible en www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf [fecha de consulta: Mayo 2021].

Beneke, Francisco & Mark-Oliver Mackenrodt (2018). "Artificial Intelligence and Collusion". *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 50. DOI: 10.1007/s40319-018-00773-x

Bundeskartellamt & Autorité de la Concurrence (2019). "Algorithms and Competition". Disponible en www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=5 [fecha de consulta: Abril 2021]

Competition & Markets Authority-CMA, UK (2021). "Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers". Disponible en www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers [fecha de consulta: Mayo 2021].

Ezrachi, Ariel & Maurice E. Stucke (2016). *Virtual Competition. The promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Harrington, Joseph. H (2017). "Developing competition law for collusion by autonomous artificial agents". *Journal of Competition Law and Economics*, 14 (4). DOI: 10.1093/joclec/nhz001

Hoffmann, Sára Gabriella (2017). *Regulation of cloud cervices under US and EU antitrust, competition and privacy laws*. New York: Peter Lang.

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

Navas, Susana (2017). "Derecho e inteligencia artificial desde el diseño. Aproximaciones", en Susana Navas Navarro (dir.). *Inteligencia artificial tecnología derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Petropoulos, Georgios (2021). "The EU's Digital Markets Act". Disponible en www.competitionpolicyinternational.com/the-eus-digital-markets-act/ [fecha de consulta: Marzo 2021].

Rab, Suzanne (2019). "Artificial intelligence, algorithms and antitrust". *Competition Law Journal*,18 (4). DOI:10.4337/clj.2019.04.02

Robles Martin-Laborda, Antonio (2018). "Cuando el cartelista es un robot. Colusión en mercados digitales mediante algoritmos de precios". Disponible en https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=248031024064081084088124117069127101010040072058017034066064123120083090112081072066063000002000122001112000071105098087077093052047036085068086127103115093068024069084080027093009110116096001084096031118030110095007020093113067075086006003119089070&EXT=pdf&INDEX=TRUE [fecha de consulta: Mayo 2021].

Sims, Rod (2017). "Can robots collude?". Conferencia "The ACCC's approach to colluding robots", en calidad de presidente de la Australian Competition and Consumer Commission. Disponible en www.accc.gov.au/speech/the-accc%E2%80%99s-approach-to-colluding-robots [fecha de consulta: Abril 2021].

Normas

Competition and Consumer Act (2010). Disponible en www.accc.gov.au/about-us/australian-competition-consumer-commission/legislation#:~:text=The%20Competition%20and%20Consumer%20Act%202010%20(CCA)%20covers%20most%20areas,the%20provision%20of%20consumer%20protections [fecha de consulta: Junio 2021].

Otras fuentes

Edalab (2020). Chile. "Machine learning: ¿qué significa que los algoritmos aprendan?" Disponible en www.edalab.cl/data-science/machine-learning-que-significa-que-los-algoritmos-aprendan/#:~:text=Estamos%20en%20presencia%20de%20aprendizaje,para%20los%20datos%20de%20entrenamiento [fecha de consulta: Junio 2021].

COMPLIANCE, RESPONSABILIDAD SOCIAL Y ÉTICA EMPRESARIAL

COMPLIANCE, SOCIAL RESPONSIBILITY SOCIAL RESPONSIBILITY AND BUSINESS ETHICS

María Fernanda Juppet Ewing[*]

Resumen: El presente artículo analiza las herramientas de autorregulación establecidas en materia corporativa en razón de la aplicación de las normas de *compliance*, acuerdos de responsabilidad social empresarial y los fundamentos de los códigos de ética corporativos. Estos tres instrumentos que se confunden con cierta asiduidad, forman un sistema autonormativo que direcciona, en gran medida, las actuaciones de las empresas que las incorporan, facilitando la toma de decisiones estratégicas desde una perspectiva coherente.

Palabras clave: Responsabilidad social corporativa, *stakeholders*, ética empresarial, *compliance*, políticas de cumplimiento.

Abstract: This article analyzes self-regulation tools established in corporate matters due to the application of compliance standards, corporate social responsibility agreements, and the foundations of corporate codes of ethics. These three instruments that come to be confused with some assiduity form a self-regulatory system that directs, to a large extent, the actions of the companies that incorporate them, facilitating strategic decision-making from a coherent perspective.

Keywords: Self-regulation. Corporate ethics. Corporate code of ethics.

[*] Profesora asociada de Derecho, Universidad del Desarrollo. Doctora en Business Management. (PhD) de Cass, Europe. Máster en Derecho (LL.M), Universidad de California, Berkeley. Magíster en Administración de Empresas de Economía Social, Universidad de Valencia. Magíster en Derecho de la Empresa, Universidad del Desarrollo. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Central. Correo electrónico: mf.juppet@udd.cl. Asistente de investigación Sofía Stranger Stranger.

I. Introducción

Desde una perspectiva moderna de la estructura de las organizaciones empresariales, en una visión sistémica del entorno en el cual se desenvuelven[1], se han ido incorporando obligaciones de estructuración de un sistema de autorrregulación de la empresa que incorpora elementos de responsabilidad social, C*ompliance* y ética empresarial, en el cual las entidades comerciales se ven obligadas a establecer una hoja de ruta pública que define sus actuaciones en el mercado.

Este concepto, en el derecho comparado se denomina GRC, sistematizando una serie de herramientas de gestión que, al usarse de manera conjunta, maximizan los beneficios de la organización que las aplica. Para Richard Steinberg, el concepto de GRC, es un estándar preventivo que puede subsanar problemas potenciales para empresas, mediante la incorporación de criterios de gobierno corporativo, riesgos y *compliance* (GRC)[2]. Los que se ven establecidos de forma clara en el código de ética (ética empresarial), modelo de prevención del delito (*compliance*), y memorias de sostenibilidad de la empresa (responsabilidad social corporativa).

En principio, el código de ética fija aquellos principios sobre los cuales se determina el quehacer de la organización empresarial. Las normas de *compliance* establecen un análisis de riesgo de incumplimiento de las normas aplicables al desarrollo de la actividad comercial de la empresa, y, por último, la responsabilidad social empresarial establece los compromisos voluntarios que superan aquellas obligaciones impuestas por la ley, respecto de los grupos de interés con los que se relaciona la organización empresarial.

El presente artículo busca comprender las implicancias de cada una de estas herramientas, articulando un sistema coordinado y coherente que permite a la organización empresarial establecer un parámetro de trabajo objetivo respecto de sus pares y del entorno en el cual se desenvuelve.

II. Antecedentes generales

Por *compliance*, inicialmente se comprendía el cumplimiento normativo realizado por la empresa a obligaciones de carácter legal, pero en la actualidad, se incluye también la adhesión a políticas internas de la organización[3], las

[1] Hax & Majluf (1997).
[2] Steinberg (2011), p. 2.
[3] *Op. cit*.

que deben basarse, en todo caso, en el código de ética de la organización[4], a fin de dar coherencia a las decisiones tomadas por la empresa.

Así, en el estudio de las actividades organizacionales que realiza una empresa, el punto de partida del análisis práctico estará dado por una evaluación de riesgos, más allá del mero análisis legal, pues este implica la construcción de una herramienta que incluya un procedimiento estandarizado de medición de riesgos que incorpore la probabilidad de ocurrencia y planes de contingencia en el caso proyectado[5].

Para todos estos efectos, es trascendental considerar a la cultura organizacional de la empresa, ya que considerará la ética y valores morales de los miembros de la organización[6], lo que permite, asimismo, anticipar las resistencias que inherentemente se presentarán en la implementación de las medidas propuestas por las unidades correspondientes en estas temáticas[7]. Lo que influencia directamente a las gerencias responsables en la implementación del modelo.

De tal manera, es relevante que el reconocimiento de los principios éticos de la organización no surja desde un decreto de la autoridad, sino que evidencien las características propias de los recursos humanos involucrados.

III. Ética empresarial

La Real Academia de la Lengua define 'ética' como un: "Conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida". Por tanto, extrapolar este concepto al mundo empresarial es de suyo complejo, al considerar que las organizaciones empresariales carecen de una voluntad independiente de las personas individuales que las componen, lo que dificulta la incorporación del concepto de moralidad a un ente ficticio.

Desde otra perspectiva, es posible comprender 'ética' como:

> "[…] un saber normativo que pretende orientar las acciones de los seres humanos. Y la ética empresarial es la aplicación de los valores morales y los principios éticos al ámbito específico de la empresa"[8].

Para este autor, la ética empresarial surge de la aplicación de los principios generales de la ética al quehacer de las organizaciones económicas, de tal

[4] Balmaceda, Guerra & Juppet (2019).
[5] Steinberg (2011).
[6] *Ibid*.
[7] Juppet (2016), pp. 37-62.
[8] Martínez (2011), p. 7.

manera, que serán los mismos fundamentos básicos los que deberán analizarse en el marco de sus acciones.

Las empresas, como personas jurídicas, reflejarán en sus actuaciones aquellas decisiones tomadas por las personas que conforman dicho ente colectivo[9], por lo que serán los administradores de la compañía quienes determinen la posición que esta tome en estas materias.

Así, ante el planteamiento social que exige a las organizaciones empresariales un fundamento ético de sus actuaciones, ha llevado a la ciencia de la administración de empresas analizar la manera en que dichas organizaciones se comportan bajo el análisis de este prisma, pudiendo definir la ética empresarial como: "Los principios morales y los estándares éticos que guían el comportamiento empresarial"[10].

La ética se ha convertido en una guía al interior de las organizaciones empresariales para la creación de los programas de cumplimiento. Así como la ética es una directriz para los seres humanos, al interior de la organización los administradores escogen aquellas acciones que orientan su conducta en razón de los intereses de sus miembros[11].

Si bien es cierto que en una primera etapa la ética no era un aspecto que naturalmente se le entregara a las organizaciones empresariales, con el tiempo, al separar la propiedad de las empresas con su administración, se debió ajustar este aspecto[12], ya que el daño reputaciones en las empresas las ha afectado al nivel de determinar el cierre de multinacionales como es el caso de la auditora Arthur Andersen[13], se ha observado que más allá del daño legal que puede sufrir una organización, el daño reputacional corresponde a un foco de interés que debe ser considerado dentro del análisis de riesgos a revisar por el oficial del *compliance* en la gestación de la política.

Una de las barreras conceptuales que surgen dentro de la empresa en la gestación de una política de cumplimiento basada en estándares éticos, es aquella que indica que los principios éticos son innatos en las personas, conductas aprendidas desde el entorno familiar, pero este es un error, para Nissen Singh y Thomas Bussen:

> "Nuestra crianza, nuestra comunidad y nuestra cultura influyen en nosotros e incluso son decisivos, al momento de formar nuestra perspectiva ética. Es por esto que las leyes existen"[14].

[9] Balmaceda, Guerra & Juppet (2019).
[10] Rezaee (2009).
[11] Singh & Bussen (2015), p. 16.
[12] Martínez (2011).
[13] Steinberg (2011).
[14] Singh & Bussen (2015), p. 18.

En el derecho corporativo anglosajón, ha surgido el concepto de "CRS", que incorpora el *compliance*, el manejo de riesgos y la responsabilidad social corporativa, articulando un sistema de control de riesgos coherente, consistente con las actividades desarrolladas por la empresarial[15].

La labor que realiza el código de ética de la compañía, más allá de la enunciación de aquellos principios que se consideran correctos por la organización, está dado por la promoción de un comportamiento ético y profesional particularmente en la dirección de la organización y establece la estructura moral para toda la organización[16].

Otro de los desafíos que deben ser enfrentados por la toma de decisiones en materia corporativa está dada porque la aplicación práctica de las decisiones empresariales no solo debe basarse en la ley, sino que en la costumbre, certificaciones y reglamentos, que, en muchos casos, se aplican dentro de la estructura de una empresa, y deben aplicarse en forma voluntaria por las organizaciones a las que rigen[17].

La visión inicial de que comportamientos reñidos con la ética no serían percibidos por las organizaciones como negativos, ha probado con el tiempo estar errada. Los efectos de estos comportamientos se basan en la comunicación que es recibida por los grupos humanos que interactúan desde y hacia la organización[18], afectando la imagen del o los ejecutivos afectados por el cuestionamiento ético sin importar su posición dentro de esta.

IV. Responsabilidad social corporativa

Para conciliar estándares aplicables a una organización empresarial, se debe identificar el punto en la evolución de las empresas que la visión de la entidad se separa claramente de la de sus dueños, para Horacio Martínez este momento se presenta durante el siglo XX[19].

Este punto resulta crítico dentro de la organización de las entidades, ya que origina una tensión evidente entre sus propietarios y aquellos llamados a administrarla[20]. En múltiples ocasiones los intereses de estos grupos se ubican en metas contrapuestas, pues el administrador tiende a privilegiar su bienestar económico, lo que lo lleva a empujar una planificación a corto pla-

[15] Balmaceda, Guerra & Juppet (2019).
[16] Rezaee (2009).
[17] Eisenberg (1993), pp. 1271-1296.
[18] Steinberg (2011), p. 11.
[19] Martínez (2011).
[20] Balmaceda, Guerra & Juppet (2019).

zo, en la búsqueda de bonos económicos asociados a sus metas de gestión[21], mientras los accionistas tienen una visión de largo plazo en la proyección del negocio en el tiempo[22].

Uno de los desafíos que deben ser enfrentados por la toma de decisiones en materia corporativa está dada porque la aplicación práctica de las decisiones empresariales no solo deben basarse en la ley, sino que en la costumbre, certificaciones y reglamentos, que en muchos casos se aplican dentro de la estructura de una empresa, y deben aplicarse en forma voluntaria por las organizaciones a las que rigen[23], lo que surge de la aplicación práctica de la responsabilidad social corporativa[24], ya que al condicionar actividades estratégicas claras de la empresa a las reacciones de los grupos de interés, facilitando su gestión en el tiempo.

La razón de este cambio de interpretación ético se basa en la disparidad de intereses que presentan la administración y la propiedad de una compañía en forma simultánea, pues, por una parte, los dueños de la organización buscaran obtener el mayor beneficio financiero posible y, por otra, la administración buscará consagrarse en su posición de poder al interior de la organización, si a estos intereses contrapuestos sumamos los crecientes actores que deben ser considerados al momento de determinar la estrategia de una compañía (a saber: consumidores, proveedores, comunidad y trabajadores)[25] el desafío de determinar los principios éticos de una empresa comienza a adquirir una complejidad más profunda.

Las empresas no han podido quedar ajenas del hecho que su existencia influye a los diversos agentes con los que interactúan, desde aquellos con los que mantienen una relación contractual directa, como es el caso de los trabajadores, proveedores y consumidores, en especial a la comunidad dentro de la que se insertan para el desarrollo de sus actividades, incorporándose en su metarealidad[26].

Así, las organizaciones empresariales están llamadas a incorporar políticas, planes o acciones concretas, estableciendo compromisos voluntarios que impliquen un reconocimiento a sus grupos de interés. En este contexto se define la responsabilidad social corporativa como:

> "[…] el compromiso continuo de una organización con todas las partes interesadas que impactan y reciben impacto, a fin de producir un positivo impacto económico, social y ambiental"[27]

[21] Hax & Majluf (1997).
[22] De Geus (2011).
[23] Eisenberg (1993).
[24] Navarro (2012).
[25] Freeman (1999), pp. 233-236.
[26] Ardiles (2012).
[27] Singh & Bussen (2015), p. 40.

Destaca la perspectiva sistémica social con el que se debe realizar el análisis de las organizaciones, ya que de tomar una perspectiva que la aísle, muchos riesgos reputacionales pasarían desapercibidos en la elaboración de la matriz de riesgo dentro del proceso de *compliance*. Al considerar una perspectiva de responsabilidad social corporativa, es necesario considerar la incidencia que tiene la compañía en grupos de interés, dentro de los cuales se consideran: accionistas, trabajadores, consumidores, proveedores, comunidad[28]. Respecto de las políticas de cumplimiento, se replican estos actores relevantes, debiendo ampliarse el análisis, por una parte, sobre los competidores, cuyas interacciones se encuentran reguladas a propósito de las normas de libre competencia –cuando existe poder de mercado–, y competencia desleal –cuando no se presenta esta circunstancia–. Y, por otra, el Estado, a cuyo respecto, todas las interacciones presentes con la empresa son establecidas o decretadas por normas jurídica.

Pero desde el punto de vista de la ética jurídica resulta necesario incorporar a otros actores con el fin de analizar el comportamiento de la organización normando la forma de toma de decisiones respecto de ellos[29], donde es posible considerar a aliados estratégicos, competencia directa y el regulador estatal o privado, ambos actores relevantes para efectos de la elaboración de una política de *compliance*, al corresponder a áreas profesionalmente reguladas por el ordenamiento jurídico[30].

Todos estos actores serán relevantes a la hora de determinar los mapas de riesgo de la institución, considerando la planificación estratégica organizacional, el proceso productivo, externalidades resultantes de dicho proceso y las expectativas de resultado de los diversos sujetos involucrados. Mediante este análisis, la administración deberá definir una estrategia a implementar para lograr los objetivos de la empresa, en respeto de su misión y visión corporativa, pues dichos elementos se constituyen como la primera regulación de una compañía.

Para visión tradicional de empresa, las relaciones de estas con su entorno se convierten en vínculos difusos, que se explicitan en la medida que existe una obligación legal o contractual que delimita las obligaciones de la compañía con respecto a sus contrapartes. Aun cuando el mercado ha ido evolucionando como lugar de intercambio de bienes y servicios cada vez más sofisticados, las relaciones jurídicas que envuelven a las empresas también se han hecho más exigentes con el tiempo[31].

[28] Freeman (1999).
[29] Rezaee (2009).
[30] Balmaceda, Guerra & Juppet (2019).
[31] Juppet (2015), pp. 157-180.

De tal manera, al momento de planificar la implementación de una estrategia, las organizaciones analizan factores que les resultan propios, y no replicables en relación con otras instituciones. Es importante considerar que los actos de una organización afectan de forma directa a la comunidad en la cual se encuentra inserta y, por tanto, resulta importante la consideración de los cambios sociales para proyectar las consecuencias que sus estrategias podrán generar con el paso del tiempo, comprendiendo que en razón de dichos cambios pueden perder vigencia con bastante rapidez, lo que redunda en la necesidad de dotar a las empresas de una capacidad de pronta reacción ante los estímulos del medio[32]. Esta capacidad de reacción sistémica a los requerimientos del entorno es lo que Julio Cubillos denomina inteligencia empresarial, entendiendo por tal:

> "[...] aquel conjunto de capacidades propias o movilizables por una entidad lucrativa, destinadas a asegurar el acceso, capturar, interpretar y preparar conocimiento e información con alto valor agregado para apoyar la toma de decisiones requeridas por el diseño y ejecución de su estrategia competitiva"[33].

Comprendiendo a la empresa como una organización que se encuadra dentro de una perspectiva sistémica, dentro de ella surge una serie de variables interdependientes entre sí, que van ejerciendo su influencia sobre el sistema en su totalidad, de tal manera que la afectación de cualquiera de sus variables afecta al todo[34]. En este contexto, la empresa se entiende como sistema abierto por la constante interrelación con el medio en el cual se desenvuelve.

Comprendiendo que el concepto de RSE involucra elementos económicos, legales, éticos y filantrópicos, su multidimensionalidad resulta evidente, siguiendo a Archie Carroll en su modelo de las cuatro dimensiones de la RSC, cada uno de dichas dimensiones implica expectativas que la sociedad construye respecto de las empresas que forman parte de ella[35].

Entre las dimensiones identificadas por Archie Carroll es posible distinguir: En primer lugar, la económica, entendida como la sociedad espera que las organizaciones empresariales obtengan utilidades de su actividad económica, siguiendo la visión tradicional de empresa de Friedmann. En segundo lugar, surge la legal, la cual implica que las empresas deberán enmarcar sus actuaciones en el marco regulatorio que la sociedad ha establecido para ellas. En tercer lugar, la dimensión ética, implica que la sociedad

[32] Agulló (1999).
[33] Cubillo (1997), p. 261.
[34] Pereda & Berrocal (1999).
[35] Carroll (1999), pp. 268-295.

comparte la expectativa de que las sociedades mantengan una actuación moralmente aceptada por la comunidad. Y, al final, una dimensión filantrópica, que implica que las empresas se relacionen de forma voluntaria con roles no lucrativos, involucrándose en acciones que busquen el bienestar de la sociedad más allá de sus resultados financieros[36].

Con todo, los compromisos de la organización en materia de responsabilidad social deberán alinearse con la estrategia corporativa general, involucrando en forma directa las legítimas expectativas de los grupos de interés de la compañía, de tal manera que las propuestas incorporadas en el reporte de sostenibilidad sean coherentes con los principios incorporados en el código de ética de la compañía.

V. *Compliance*

Por *compliance* se puede comprender un procedimiento de revisión sistemática del cumplimiento de estándares legales o éticos de una empresa, el que puede ser realizado en forma interna o a través de auditorías externas[37].

La implementación de un procedimiento de *compliance* puede tener una serie de orígenes diversos, si bien el más común es el establecimiento de la obligación de cumplir con una matriz de implementación de riesgos a través de la aplicación de la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas del país que corresponda, este es un procedimiento que también resulta aplicable para aspectos de regulación indirecta, como es la entrega de información ordenada por ley a entes reguladores o al mercado en general como, asimismo, a la implementación de procedimientos de autorregulación al interior de una empresa, instrumentalizando la incorporación de esta herramienta como parte del sistema de control propio de la organización.

De esta manera, será necesario revisar como base las normas aplicables en relación con cada uno de los grupos de interés de la organización como, asimismo, de otros actores relevantes con los que se relaciona comercialmente, en cada uno de los territorios nacionales en los que se desempeña, asegurando un cumplimiento progresivo de las normas aplicables.

Toda empresa, entendiendo por tal, siguiendo a Alberto Bercovitz: "la cual puede considerarse como toda persona que hace ofrecimiento público de sus bienes o servicios para la captación de clientela"[38], debe proyectar sus riesgos con miras a gestionar su minimización en el tiempo como parte inte-

[36] Alvarado y Schlesinger (2008).
[37] Balmaceda, Guerra & Juppet (2019).
[38] Bercovitz (2014).

grante de su plan estratégico, ya que dicho trabajo trae como consecuencia una baja en costos fijos e, incluso, potenciales en caso de contingencia.

Esta noción de empresa excede a la tradicional, en la cual se limita a considerar como empresa a cualquier persona natural o jurídica que realiza, en forma organizada, actos de comercio[39].

Para Alberto Bercovitz, la empresa ha evolucionado, en el concepto de libertad de empresa, ampliando al criterio, equiparándolo a un operador de mercado, liberándolo del gravamen de realizar dicha actividad en forma organizada[40]. Lo anterior es de suyo relevante para aquellas legislaciones, como la chilena, en la cual en muchos actos su carácter mercantil está dado por que la entidad que despliega dicha conducta sea, en definitiva, una empresa, y no un individuo sin los atributos que dicha organización le caracteriza[41].

Existen varias perspectivas desde las cuales las organizaciones empresariales deciden aplicar el procedimiento de *compliance* como forma de dar cumplimiento a las normas legales que las obligan a publicar ciertos contenidos como, asimismo, como una oportunidad para autorregular sus actividades propias en aquellos aspectos que en su proceso productivo pueden resultar importantes para la comunidad en la cual se insertan, o para sus propios colaboradores[42]. De tal manera, implementar estos requerimientos conlleva no solo el satisfacer los mandatos prescritos por la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino como forma de sistematizar requerimientos normativos que en forma directa o indirecta regulan la actividad empresarial desarrollada por dicha organización[43].

El primer antecedente para esta práctica estuvo dado por la obligación de publicar cierta información de relevancia para tomar decisiones económicas, sea a través de la entrega de información financiera (normas de la superintendencia de valores y seguros), como de los bienes y servicios a adquirir por los consumidores (ley de protección de derechos del consumidor).

La ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, n.° 20393, es la consagración del principio de la simetría de la información con el establecimiento de un procedimiento previamente determinado por ley, pero que en caso alguno agota el contenido de las prácticas de *compliance*. Si bien es cierto es dable reconocer que corresponde a un avance interesante en materia de autorregulación de las organizaciones empresariales[44].

[39] Carrau (2016).
[40] Bercovitz (2014).
[41] Contreras (2011).
[42] Singh & Bussen (20015).
[43] Balmaceda, Guerra & Juppet (2019).
[44] Juppet (2015).

VI. Conclusiones

Los conceptos de responsabilidad social y ética tienden a confundirse, las empresas socialmente responsables de acuerdo a Bob. Tricker:

> "[...] reconocen una responsabilidad por los impactos que pueden producir en los accionistas, las comunidades y el medioambiente, balanceando así sus intereses con la necesidad de hacer que sus ganancias crezcan y satisfagan a sus socios"[45],

por otra parte, la ética enfoque su quehacer en el comportamiento de la organización y su conducta, lo que las lleva a establecer políticas y códigos de ética aplicables a sus colaboradores[46].

De tal manera, resulta desafiante comprender qué se entiende por comportamiento ético de la empresa, a menos que se considere que, al igual que cualquier ente colectivo, dependerá del comportamiento que se considere adecuado por los diversos actores que conforman a la organización. Así, desde una perspectiva sistémica, cualquier actor que ingrese a la compañía podrá potencialmente convertirse en un agente de cambio para la forma de diseñar, aplicar o comprender los parámetros éticos de la organización.

Las políticas de Responsabilidad Social Corporativa, por su parte, considerarán como parte integrante de su desarrollo aquellos compromisos con los grupos de interés que resulten concordantes con las actividades que se han desarrollado en el tiempo por la organización, asegurando el respeto a la cultura organizacional de la entidad[47].

En la misma línea de ideas, el *compliance*, implica un respeto al cumplimiento de normas previamente establecidas, pero es dable preguntarse si es que estas deben ceñirse solo a las normas jurídicas vigentes o si es que es necesario incorporar parámetros éticos dentro del análisis de un sistema efectivo de *compliance*. La mayor parte de la doctrina opta por la segunda opción, ya que las políticas y procedimientos internos en muchas ocasiones exceden lo establecido en la ley, pero no por eso resultan menos vinculantes para los miembros de la organización[48].

Para el éxito de este sistema resulta relevante establecer medios de comunicación efectiva para el establecimiento y consolidación del gobierno corporativo, determinación de riesgos y *compliance*. Ya que el GRC no se

[45] Tricker (2009), p. 350.
[46] *Op. cit*.
[47] Salazar *et al.* (2009), pp. 67-75.
[48] Balmaceda, Guerra & Juppet (2019).

encuentra exento de fallas de comunicación que pueden generar faltas de comprensión que obstaculicen la implementación del sistema[49].

Este fenómeno surge de la especialidad de cada proceso productivo. La ley, en su esencia es genérica y, por tanto, escapa en su redacción del caso concreto, será en esta interpretación de la norma cuando la organización, para dar cumplimiento a las leyes, revisando sus propios procesos desde una perspectiva analítica, para establecer procedimientos que, inspirados en los principios y valores voluntariamente adscritos por la institución, incorporan la ética como parte integrante de las políticas de cumplimiento.

Por tanto, resulta básico, el incorporar dentro del sistema autorregulatorio de la organización, normas que establezcan criterios coherentes para la dirección sistémica de las actuaciones de los colaboradores, coordinando las acciones de las políticas de cumplimiento y responsabilidad social, en respeto de los principios ya establecidos por el código de ética de la organización.

Bibliografía

Agulló, Carlos (1999). "Cambios significativos en el mundo empresarial". *Revista Economía Industrial*, n.° 330. Disponible en www.minetur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/330/05cagu.pdf [fecha de consulta: 7 de junio de 2015].

Ardiles, Jorge (2012). *De empresa y estrategia: Ideas y casos.* Santiago: Editorial Gráfica Metropolitana.

Bacigalupo, Enrique (2011). C*ompliance y derecho penal.* Navarra: Editorial Aranzadi.

Bainbridge, Stephen (2008). *The new corporate governance in theroy and practice.* Oxford: Oxford University Press.

Balmaceda, Gustavo, Rodrigo Guerra & María Fernanda Juppet (2019). C*ompliance: Visión general desde una perspectiva penal y comercial.* Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Bercovitz, Alberto (2014). "Constitución, empresa y libertad de competencia", en José Antonio García Cruces. *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*. Madrid: Editorial Tirant lo Blanch. Tomo I.

Carrau Criado, Rafael (2016). C*ompliance para PYMES.* Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.

Carroll, Archie (1999). "Corporate Social Responsability: Evolution of definitional Construct". *Business and Society,* vol. 38, No. 3.

[49] Steinberg (2011), p. 17.

Contreras Strauch, Osvaldo (2011). *Instituciones de derecho comercial*. Santiago: Editorial Abeledo Perrot. Tomos i y ii.

Cubillo, Julio (1997). "La inteligencia empresarial en las pequeñas y medianas empresas competitivas de América Latina: algunas reflexiones". Revista Ciência da Informação, vol 26. Disponible en www.scielo.br/pdf/ci/v26n3/v26n3-4.pdf [fecha de consulta: 15 de junio de 2015].

De Geus, Arie (2011). *La empresa viviente: Hábitos para sobrevivir en un ambiente de negocios turbulento.* Buenos Aires: Editorial Granica.

Eisenberg, Melvin Aron (1993). "An overview of the principles of corporate governance". *The Business Lawyer,* vol. No. 48. California.

Felber, Christian (2012). *La economía del bien común*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

Freeman, Robert Edward (1999). "Divergent stakeholder theory". *Academy of management review,* vol. 42, No. 2. Virginia.

Hax, Arnoldo & Nicolás Majluf (1997). *Estrategias para el liderazgo competitivo: De la visión a los resultados.* Buenos Aires: Editorial Gránica.

Juppet, María Fernanda (2015). "Algunas reflexiones sobre la regulación y autorregulación de la empresa". *Actualidad jurídica*, n.° 31. Santiago.

Juppet, María Fernanda (2016). "La organización polifónica: una propuesta de negociación colaborativa basada en la teoría del discurso". *Revista de Ciencias Sociales,* 68. Valparaíso.

Luhman, Niklas (2017). *La economía de la sociedad*. México: Editorial Herder.

Lyotard, Jean-François (2014). *The Differend*. Minnesota: University of Minessota Press.

Majluf, Nicolás (2011). *Los desafíos de la gestión: de lo formal a lo sutil*. Santiago: Aguilar Ediciones.

Martínez, Horacio (2011). *Responsabilidad social y ética empresarial.* Bogotá: Ecoe Ediciones.

Navarro, Fernando (2012). *Responsabilidad social corporativa: teoría y práctica*. Madrid: ESIC Editorial.

Penaglia, Francesco & Esteban Valenzuela (2014). "Rebeldía en Calama: desafío al orden centralista chileno en un contexto de boom minero". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales,* vol. 55, n.° 222. Ciudad de México.

Pereda, Santiago & Francisca Berrocal (1999). "El entorno empresarial La empresa, su organización y funcionamiento". *Revista Complutence de Educación*, vol. 10, n.° 1. Disponible en https://revistas.ucm.es/index.php/RCED/article/viewFile/RCED9999120015A/17193 [echa de consulta: 7 de junio de 2015] .

Rezaee, Zabihollah (2009). *Corporate governance and ethics.* Hoboken, New Jersey: John Wiley and sons.

Rodríguez, Darío & Marcelo Arnold (2007). *Sociedad y teoría de sistemas*. Santiago: Editorial Universitaria.

Singh, Nissen & Thomas Bussen (2015). *Compliance Management, A How-To Guide for Executives, Lawyers, and Other Compliance Professionals*. Santa Barbara: Praeger Publishing.

Salazar, José Guadalupe *et al.* (2009). "Clima y cultura organizacional: dos componentes esenciales en la productividad laboral". *Acimed*, vol. 20, n.° 4. Ciudad de La Habana.

Seoane, José, Emilio Taddei & Clara Algranati (2008). "El concepto 'movimiento social" a la luz de los debates y la experiencia latinoamericana recientes", en Oscar Moreno (coord.). *Pensamiento contemporáneo. Principales debates políticos del siglo xx*. Buenos Aires: Editorial Teseo.

Steinberg, Richard (2011). *Governance, Risk Management, and compliance*. New Jersey: Wiley Corporate F & A.

Tricker, Bob (2009). *Corporate Governance, principles, policies and practicces*. New york: Oxford Universty Press.

ANÁLISIS NORMATIVO DE LA INCORPORACIÓN DE LA REGLA FISCAL AL SISTEMA PRESUPUESTARIO CHILENO

NORMATIVE ANALYSIS OF THE INCORPORATION OF THE FISCAL RULE INTO THE CHILEAN BUDGETARY SYSTEM

Tomás de la Maza Bengoa[*]

Resumen: La Regla Fiscal del Balance Estructural ha sido un eje fundamental sobre el cual se ha estructurado la política fiscal chilena en las últimas dos décadas. Esta regla fiscal, en virtud de la cual el gasto del gobierno central se guía sobre la base de los ingresos estructurales, ha permitido llevar una política fiscal responsable y sostenible durante el tiempo. Sin perjuicio de ello, su incorporación normativa e institucional es reciente, culminando este año con la publicación de la metodología de cálculo y la creación del Consejo Fiscal Autónomo. El presente trabajo tiene por objetivo hacer un análisis sistemático de los alcances e implicancias de la incorporación de esta regla fiscal en el sistema presupuestario chileno.

Palabras clave: Regla fiscal, balance estructural, presupuesto.

Abstract: The Structural Balance Fiscal Rule has been a key foundation upon which the Chilean fiscal policy has been built over the las two decades. This Fiscal Rule, whereby central government expenditure is guided by its structural income, has made it possible to uphold a responsible and sustainable fiscal expenditure policy over time. Nonetheless, its normative and institutional incorporation has been recent, culminating this year with the publication

* Abogado. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: tomasdmb@gmail.com

of its calculation methodology and the creation of the Autonomous Fiscal Council. This work systematically analyzes the effects and implications of the Fiscal Rule incorporation to the Chilean budgetary system.

Keywords: Fiscal rule, structural balance, budget.

I. Introducción

Desde hace algún tiempo a esta fecha, la política fiscal ha girado en torno a los conceptos de Regla Fiscal y Balance Estructural[1]. Ambos han adquirido, en la práctica, una posición central dentro de la administración de la hacienda pública, llegando, incluso, a ser catalogados como la piedra angular del rendimiento y fortaleza del sistema fiscal chileno[2]. Sin embargo, en la actual coyuntura económica y social, se han manifestado tensiones entre dos posiciones contrapuestas. Por un lado, han surgido voces llamando a cuidar el cumplimiento de la Regla Fiscal, incluso estableciendo un mayor grado de obligatoriedad por ley; por otro, se ha sugerido su incumplimiento o derechamente la derogación de la misma[3]. Seguir una u otra postura traerá de manera inevitable consecuencias directas sobre las decisiones de la Administración del Estado.

Dicho lo anterior, una revisión desde el punto de vista jurídico revela que su incorporación legal e institucional es reciente. Por esta razón, es necesario hacer un análisis sistemático sobre el sentido y alcance de la incorporación normativa de la Regla Fiscal. Para ello el presente trabajo se divide en tres partes. En primer lugar, se presenta en términos generales la noción de balance estructural en cuanto concepto económico, su finalidad y metodología. En segundo lugar, se hace un breve repaso de su incorporación y reconocimiento legal. Por último, se analiza cómo esta opera y se relaciona con el sistema presupuestario, cuáles son sus implicancias y las ventajas que presenta.

[1] Para los efectos del presente trabajo se utilizará de manera indistinta el término "balance estructural" para referirse al indicador del "balance estructural del sector público"o "balance cíclicamente ajustado", sin perjuicio que conforme a la metodología actualmente vigente, sería más apropiado utilizar este último término.

[2] Dabán (2011), p. 20.

[3] Véase, por ejemplo, el debate suscitado en torno a la discusión constitucional, entre líderes de los principales partidos políticos, y sus declaraciones en relación a la Regla Fiscal, en "Nueva Constitución, número de parlamentarios y regla fiscal: el encendido debate entre los presidentes de partidos de la oposición y ChileVamos".

II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de balance estructural?

Se hará referencia brevemente al concepto de "balance estructural". Para ello, se parte por señalar que es un indicador macroeconómico que refleja el balance de ingresos y gastos que hubiese presentado el gobierno central si el producto interno bruto estuviese en su nivel potencial (en adelante PIB Tendencial) y el precio del cobre fuese el de mediano plazo (en adelante "precio de referencia"), sin considerar las variaciones de los mismos en el corto plazo[4]. En otras palabras, se trata de una fórmula que permite calcular un balance de ingresos y gastos sin los efectos del ciclo económico[5].

Para comprender lo anterior, se debe tener presente que existe una serie de indicadores que permiten analizar tanto la situación macroeconómica de un determinado país como el impacto que sobre ella tiene una u otra decisión de la autoridad[6]. Así, por ejemplo, se puede comparar el crecimiento efectivo del PIB con el crecimiento del gasto de gobierno, o comparar el nivel efectivo de ingresos con el nivel efectivo de gasto de gobierno, para medir el crecimiento del gasto fiscal o el balance efectivo de las cuentas fiscales, respectivamente, entre otros. Ahora bien, lo relevante para efectos de la hacienda pública es determinar cómo las decisiones de la autoridad influyen en las cuentas fiscales, de manera tal de medir y evaluar la política fiscal adoptada por una determinada administración, y establecer reglas claras para su conducción[7]. Por lo tanto, es necesario distinguir, en primer lugar, aquellas variables dependientes de las decisiones de la autoridad, de aquellas que no están bajo el control de la misma, es decir, de aquellas que dependen de factores externos, cíclicos y aleatorios[8].

Lo anterior es en especial complejo, por cuanto los movimientos en los ingresos y gastos fiscales se producen simultáneamente por decisiones de la autoridad como por factores que no dependen de ella. Así, por ejemplo, al mismo tiempo que la autoridad reduce el gasto fiscal o modifica normas tributarias, el ciclo económico mundial puede afectar la economía nacional y producir un efecto contrario al esperado con las medidas antes mencionadas, lo que dificulta interpretar la voluntad o el sentido de la política fiscal adoptada[9]. Dicho de otro modo, no es fácil separar las causas internas y ex-

[4] Ministerio de Hacienda, decreto n.° 145; Marcel *et al.* (2001), pp. 10 y 93.
[5] Larraín *et al.* (2011), p. 19.
[6] Véase Marcel *et al.* (2001), pp. 19-44.
[7] *Op. cit.*, pp. 13-16, 46 y 87.
[8] *Op. cit.*, pp. 13, 42 y 47-48.
[9] Marcel *et al.* (2001), p. 9.

ternas que explican la situación macroeconómica del país en un momento dado. Y el problema es que la variación de los ingresos del fisco por los ciclos económicos y otros factores externos afectan directamente la posibilidad de financiar los compromisos adoptados por el Estado que, de una u otra forma, se traducen en gasto público en el mediano plazo[10].

En ese sentido, el desafío que enfrentan este tipo de instrumentos es la posibilidad de elaborar una política fiscal de mediano y largo plazo que sea sostenible en el tiempo, ya que mientras la mayoría de los gastos son permanentes, los ingresos fiscales son contingentes. De esta manera, el desarrollo de un conjunto adecuado de indicadores de política fiscal permite proveer al país de una herramienta para la formulación de reglas de política de mediano plazo que anticipe los beneficios de la prudencia fiscal futura y, al mismo tiempo, profundizar la confianza de los mercados en un manejo responsable de las finanzas públicas sobre la base de una mayor transparencia[11].

Para ello se utiliza un indicador denominado "balance estructural" que, como se dijo, refleja el balance presupuestario de los ingresos y gastos de gobierno, sin considerar los efectos externos, cíclicos y aleatorios. De esta forma, este indicador permite formular la política fiscal teniendo a la vista los ingresos estructurales del gobierno central, de modo tal de autorizar un gasto público consistente con dichos ingresos[12]. Así, una política como la señalada se traduce en ahorros en tiempos de expansión de la actividad económica –cuando se reciben ingresos mayores por causa del ciclo–, precisamente para poder gastarlos ya sea cuando la economía se contrae y los ingresos fiscales caen, o cuando se enfrentan coyunturas que hacen que las necesidades de gasto aumenten[13].

III. Incorporación del balance estructural en la legislación chilena

3.1. Antecedentes y cronología de la incorporación legal del balance estructural

Fue a partir del año 2001, a raíz de la experiencia en el manejo frente a la crisis asiática entre los años 1997 y 1999[14] que, en línea con las recomendaciones y

[10] Marcel *et al.* (2001), p. 13.
[11] *Op. cit.*, p. 16.
[12] Larraín *et al.* (2011), p. 5.
[13] *Ibid.*
[14] Marcel (2013), p. 3.

criterios utilizados por el FMI para la estimación de balances estructurales en los países desarrollados que son incluidos regularmente en el *World Economic Outlook*[15], la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda propuso la utilización un indicador de Balance Estructural como el ya mencionado, adecuado a la realidad chilena[16]. Para ello, el indicador debería excluir los efectos cíclicos y aleatorios sobre de la actividad económica y en el precio del cobre, dada su relevancia para los ingresos del Estado de Chile[17].

Por su parte, en términos normativos, este concepto aparece por primera vez en el mensaje del proyecto de ley de presupuestos del sector público para el año 2001 (*Boletín* n.° 2.589-05), donde, además, se compromete una meta de superávit estructural del 1%[18]. Esta mención se repetiría en los mensajes de los proyectos de ley de presupuestos del sector público de los años siguientes. Fue recién el año 2006, con la publicación de la Ley n.° 20128 sobre Responsabilidad Fiscal, que este indicador fue incorporado formalmente a la legislación chilena, como un elemento a considerar en su política fiscal y en el centro del programa financiero al que se refiere el DL n.° 1263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado.

Luego, mediante el decreto n.° 545, de 2013, del Ministerio de Hacienda, se creó el Consejo Fiscal Asesor, con el objetivo de colaborar en la discusión, análisis y emisión de recomendaciones en materias relacionadas con la determinación del balance estructural[19]. Sin embargo, como señalan Hermann González y José Riquelme:

> "la necesidad de avanzar hacia una institución independiente del gobierno y creada por ley, quedó de manifiesto a inicios del año 2014, cuando el gobierno entrante reemplazó a todos los consejeros nombrados el año 2013"[20].

Por este motivo, siguiendo las recomendaciones de expertos sobre la materia, el día 16 de febrero de 2019 se publicó la Ley n.° 21148, que crea el Consejo Fiscal Autónomo, dotando de mayor autonomía a este tipo de órganos para efectuar un control externo a independiente sobre la conducción de la política fiscal[21].

Ahora bien, desde sus inicios el indicador se calculó sobre la base del documento denominado Balance estructural del gobierno central. Metodo-

[15] FMI (2019).
[16] Marcel *et al.* (2001), p. 9.
[17] *Op. cit.*, pp. 9-10.
[18] BCN (2000), p. 4.
[19] Ministerio de Hacienda, decreto n.° 545.
[20] González y Riquelme (2019), p. 136.
[21] Corbo *et al.* (2011) pp. 10 y 94-99.

logía y estimaciones para Chile: 1987-2000[22]. En mayo de 2010, cumplidos casi diez años de vigencia del indicador y con el objetivo de desarrollar propuestas de perfeccionamiento al mismo, el Ministerio de Hacienda convocó a un "Comité asesor para el diseño de una política fiscal de balance estructural de segunda generación para Chile", también denominado "Comité Corbo"[23], cuyos resultados se plasmaron en un documento denominado "Una política fiscal de balance estructural de segunda generación para Chile", publicado en octubre de 2011. No fue sino hasta el año 2019 que el Ministerio de Hacienda, mediante el decreto n.° 145, formalizó la metodología, procedimiento y oportunidad de cálculo del balance estructural, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10° del DL n.° 1263, de 1975, modificado por la Ley n.º 20128, sobre Responsabilidad Fiscal, culminando así la plena incorporación del balance estructural a la normativa chilena.

3.2. ¿Cómo y cuándo se calcula el balance estructural? Metodología, procedimiento y oportunidad de cálculo

Para una comprensión más detallada del funcionamiento del indicador de balance estructural, corresponde revisar, conceptualmente, la metodología, procedimientos y oportunidad de cálculo del mismo, a que se refiere el inciso tercero del artículo 10° inciso 1° del DL n.° 1263, de 1975, y que fuera aprobada por decreto exento n.° 145, de 2019, del Ministerio de Hacienda, antes mencionado. Dicho decreto dispuso que el balance estructural sería equivalente a la diferencia entre el balance efectivo del año y el ajuste cíclico total. Es decir, la diferencia entre el balance de los ingresos y gastos efectivamente percibidos y devengados por el gobierno central, respectivamente ("balance efectivo"), y aquella parte de los mismos que solo se explican por las fluctuaciones cíclicas de la actividad económica, del precio del cobre y otros factores de similar naturales ("ajuste cíclico total"). Dicho en otros términos, el balance estructural es igual a la diferencia entre los ingresos estructurales y los gastos efectivos[24].

Efectuar este cálculo implica un conjunto de operaciones sucesivas. En primer lugar, determinar los ingresos efectivos del gobierno central, es decir, los montos que se espera percibir en los años futuros o los efectivamente percibidos en años anteriores, según cual sea el año sobre el cual se

[22] Marcel *et al.* (2001).

[23] Corbo *et al.* (2011), p. 7. Dicho comité fue presidido por Vittorio Corbo –de ahí su denominación– e integrado además por Ricardo Caballero, Mario Marcel, Francisco Rosende, Klaus Schmidt-Hebbel, Rodrigo Vergara y Joaquín Vial.

[24] Dipres (2019), p. 141.

efectúa el cálculo. Luego, sobre los ingresos se deben efectuar los ajustes cíclicos respectivos, es decir, determinar la parte de ellos que se deben al ciclo económico o la variación del precio del cobre en el corto plazo. Estos ingresos son:

i) los ingresos tributarios no mineros;
ii) las cotizaciones previsionales de salud;
iii) los ingresos por cobre bruto (correspondientes a los ingresos fiscales de Codelco) y
iv) los ingresos tributarios de la gran minería privada.

Ahora bien, dada la dificultad que representa estimar aquella parte de los ingresos, que se deben a factores externos para efectuar los ajustes cíclicos, el inciso segundo del artículo 10° del DL n.° 1263 de 1975, dispone que debe recabarse la opinión de expertos independientes sobre la materia. Para tales efectos, un conjunto de expertos, externos al Ministerio de Hacienda, propuestos por el Consejo Fiscal Autónomo, se reúnen anualmente en comités consultivos para determinar el precio de referencia del cobre y el PIB Tendencial. Conformados tales comités, cada uno de sus miembros se encarga de estimar, por separado, el PIB Tendencial o el precio de referencia del cobre, según corresponda. Luego, teniendo a la vista los resultados que cada experto presenta, el Ministerio de Hacienda debe calcular el promedio de todos ellos, excluyendo los valores mínimos y máximos que reciba. Con el resultado de esta operación se ajustan, por una parte, los ingresos fiscales provenientes de la minería del cobre –es decir, los ingresos por venta de cobre bruto y por tributación de grandes contribuyentes mineros– con la diferencia entre el precio efectivo del mineral y su valor de referencia. Por otra parte, los ingresos tributarios no mineros e imposiciones previsionales de salud, según la brecha del PIB con la diferencia porcentual entre el PIB efectivo y su nivel de tendencia. De esta manera, una vez efectuados los ajustes antes mencionados, se suman todos ellos para obtener el ajuste cíclico total, y con dicho resultado se calcula la diferencia respecto del balance efectivo, obteniendo así el indicador del balance estructural para el periodo en cuestión.

Por último, cabe hacer presente que la ley encargó a la Dirección de Presupuestos efectuar el cálculo antes mencionado, sobre la base de la metodología indicada precedentemente, al menos siete veces respecto de cada año fiscal[25]. El primer cálculo debe efectuarlo al momento de elaborar la Ley de Presupuestos del Sector Público para el año siguiente. Es decir, efectúa un cálculo con las proyecciones que se tienen en ese momento, las que deben

[25] Ministerio de Hacienda,.decreto n.° 145.

compatibilizarse con las metas de política fiscal, según se verá más adelante. Luego, debe actualizar el cálculo de forma trimestral, junto con cada publicación del Informe de Finanzas Públicas, partiendo por el correspondiente al cierre del último trimestre del año precedente a aquel objeto del cálculo. Del mismo modo, una vez finalizado el año y cerrada la ejecución presupuestaria al 31 de diciembre, se vuelve a actualizar el indicador con la información disponible a esa fecha, entregando un resultado preliminar del indicador. Por último, una vez consolidada la información fiscal, se actualiza el cálculo de manera tal de obtener un resultado definitivo respecto del balance estructural para el año en cuestión, el que se publica en el Informe de Finanzas Públicas del primer trimestre del año siguiente.

Así, el cálculo del balance estructural se efectúa, primero, como una proyección para la elaboración y autorización del presupuesto del año siguiente. Luego, se actualiza en el transcurso del año, de modo tal de hacer los ajustes pertinentes a la ejecución en curso. Por último, se obtiene un resultado final con la información del presupuesto ejecutado, empalmándolo con la elaboración y ejecución de los presupuestos siguientes.

IV. El balance estructural en el sistema presupuestario chileno

Revisado el concepto, los antecedentes y la metodología de cálculo del balance estructural, se debe tener presente que, tal como señala Mario Marcel, la *regla fiscal* se compone de tres elementos:

i) un indicador de Balance Estructural;
ii) una meta de política fiscal establecida en función de dicho indicador y
iii) la aplicación de dicha meta en la formulación y elaboración del Presupuesto del Sector Público[26].

En ese sentido, el balance estructural es un indicador sobre el cual se construye la Regla Fiscal. Corresponde, entonces, revisar cómo esta se ha formulado, implícitamente, en el sistema presupuestario chileno.

Tal como se mencionó, el año 2008, con la publicación de la Ley n.° 20128, sobre Responsabilidad Fiscal, se incorporó formalmente el indicador del balance estructural en la normativa chilena, mediante dos normas fundamentales. Por un lado, estableció la obligación del Presidente de la República de dictar las bases de la política fiscal que se aplicará durante su administración dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que asuma sus fun-

[26] Marcel (2013), pp. 5-14.

ciones, incluyendo un pronunciamiento explícito acerca de las implicancias y efectos que esta tendrá sobre el balance estructural correspondiente al periodo de su administración[27]. Por otro lado, esta ley modificó el DL n.° 1263 de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado, estableciendo que el programa financiero, como instrumento de planificación y gestión financiera de mediano plazo del sector público, debe contar con una estimación del balance estructural, el que será calculado de forma anual por la Dirección de Presupuestos, sobre la base de la metodología, procedimientos y demás normas que se establezcan mediante decreto supremo emanado del Ministerio de Hacienda[28], al que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores.

4.1. Pronunciamiento de la autoridad: Meta de política fiscal

Sobre la obligación de emitir un pronunciamiento explícito, como bien señala Jaime Gallegos[29], ella implica simplemente la adopción de un compromiso por parte de la autoridad en relación con la política fiscal que pretende adoptar, pudiendo adoptar compromisos más o menos exigentes según estime pertinente. En ese sentido, estrictamente hablando, no existe una meta preestablecida; cada nueva administración debe imponerse, al momento de asumir, una meta de política fiscal sobre la base del resultado que espera que refleje el indicador del balance estructural durante su administración[30].

Sin perjuicio de ello, a pesar de que pueda parecer un simple compromiso, dado que el presupuesto del sector público se elabora sobre la base del gasto que permite cumplir dicho compromiso, ello conlleva implícitamente una *regla* para cumplir con él, sirviendo de guía y limitando las demás decisiones de administración financiera de la autoridad, tales como la ejecución de determinados gastos o la presentación de proyectos de ley que puedan afectar los ingresos o gastos. En ese sentido, la autoridad estará limitada en su actuar por un determinado marco de gasto que lleve a cumplir con la meta comprometida. De esta manera, incorporado un

i) indicador de balance estructural y
ii) la fijación de una meta fiscal sobre la base de dicho indicador,

trae como consecuencia el establecimiento de límites (*reglas*) para su cumplimiento.

[27] Artículo 1 de la Ley n.° 20128.

[28] Artículo 16 de la Ley n.° 20128.

[29] Gallegos (2018), p. 601.

[30] Marcel *et al.* (2001), p. 42. Véase también Larraín *et al.* (2011), p. 5; Corbo *et al.* (2011), p. 39.

Lo anterior tiene una serie de ventajas. Por una parte, permite tener en consideración, de manera simple y transparente, las implicancias de largo plazo de las medidas que se adopten en el corto plazo. Así, basta excederse en el gasto máximo que permite esta regla, para que se reduzca el superávit o aumente el déficit estructural, por sobre lo que se pretende como meta en el mediano plazo, con las consecuencias negativas que ello genera. Del mismo modo, facilita la difícil tarea de administrar el presupuesto de la nación. Dado que las metas suelen ser ampliamente compartidas, por ser una forma de asegurar la sostenibilidad de las finanzas públicas en el mediano plazo, la meta y la regla para su cumplimiento colabora en la formación de acuerdos en la discusión legislativa, ya que obliga a priorizar las distintas necesidades públicas, de modo de asegurar el financiamiento comprometido para las mismas se mantenga durante el tiempo[31].

Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, la fijación de esta meta permite transparentar y adelantar al público, en general, y a los agentes económicos, en particular, la trayectoria que se pretende para el gasto público, reduciendo la incertidumbre acerca de las tendencias de mediano plazo[32], aminorando la discrecionalidad y volatilidad en el manejo de las finanzas públicas y reduciendo la percepción de riesgo país, entre otros beneficios[33]. Ahora bien, del mismo modo en que la norma no exige fijar una meta en uno u otro sentido, sino solo fijar una, ella implícitamente reconoce la posibilidad de que la autoridad la modifique durante el transcurso de su administración. Lo anterior, por cuanto la ley obliga a enviar copia de este decreto, así como de las modificaciones que se le introduzcan durante su vigencia a las comisiones de Hacienda del Senado y de la Cámara de Diputadas y Diputados, y a la Comisión Mixta de Presupuestos. Así, por ejemplo, desde que se comenzó a utilizar el indicador del balance estructural el año 2001, las autoridades de la época impusieron una meta de un superávit estructural del 1% del PIB, la que se formalizó una vez establecida la obligación en comento y se mantuvo hasta el año 2007, reduciéndola en la práctica a 0,5% y 0% del PIB, para los años 2008 y 2010, respectiva-

[31] En ese sentido, José Pablo Arellano, quien fuera director de Presupuestos entre los años 1990 y 1996, señala: "estos mecanismos ayudan a repartir responsabilidades políticas y hacen más fácil asumir el costo de no poder atender todas las demandas que existen en una coyuntura de bajos ingresos, así como a limitar el interés por usar todos los ingresos en la bonanza. La regla ayuda a poner un límite, ya que siempre puede argumentarse que las circunstancias especiales de cada coyuntura justificarían una política más expansiva, lo que es más fácil de plantear cuando la política es discrecional". Arellano (2006), p. 181.

[32] Marcel *et al.* (2001), p. 42.

[33] Marcel (2013), pp. 18-26.

mente[34]. Del mismo modo, aunque ahora sí formalmente, se incorporaron modificaciones a los decretos que fijaban las bases de la política fiscal de los años 2010 y 2014, efectuadas los años 2011 y 2015, respectivamente.

4.2. Sistema presupuestario y balance estructural

Por otra parte, el reconocimiento legal del balance estructural no solo se hizo en una norma autónoma como la señalada anteriormente, sino que se incorporó también en el DL n.° 1263, de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado. Para poder analizar el sentido de tal incorporación se debe, entonces, hacer referencia de manera breve a esta última norma.

Tal como su nombre indica, el DL n.° 1263 de 1975, es un eje central de la legislación financiera estatal[35]. Dictada en 1975, su estructura y elementos centrales no ha variado pese a las distintas modificaciones que se le han efectuado en leyes posteriores[36]. ¿Qué establece esta norma? En primer lugar, define la administración financiera del Estado como el conjunto de procesos administrativos que permiten la obtención de recursos y su aplicación a la concreción de los logros de los objetivos del Estado, incluyendo, fundamentalmente, los procesos presupuestarios, de contabilidad y de administración de fondos. Luego, en su título II "Del sistema presupuestario", dispone que este está constituido por un programa financiero a tres o más años plazo y un presupuesto para el ejercicio del año, debidamente coordinados entre sí[37].

Este programa financiero es un instrumento de planificación y gestión de mediano plazo que comprendía una estimación de ingresos y gastos, créditos, inversiones, adquisiciones y necesidades de personal del Estado. Pero, a partir de las modificaciones introducidas por la Ley n.° 20128, sobre Responsabilidad Fiscal, debe comprender, además, una estimación del balance estructural del sector público. De esta manera, el balance estructural formó parte central del sistema presupuestario, fijándolo dentro del marco

[34] Ministerio de Hacienda, decreto n.° 1259, 2006; Corbo *et al.* (2011), p. 39. Cabe hacer presente que, a pesar de los cambios en las metas, ello no fue formalizado mediante un ajuste al decreto que la fijaba. Más allá de los anuncios efectuados por la autoridad de la época, la primera reducción de la meta, a 0,5% del PIB, se implementó en la formulación de las leyes de presupuestos del sector público para los años 2008 y 2009, respectivamente. La segunda rebaja, a 0% del PIB, se anunció en enero de 2009, pero se implementó en la formulación de la Ley de Presupuestos del Sector Público para el año 2010. Véase BCN (2007), p. 3; BCN (2008), p. 4 y BCN (2009), p. 3.

[35] BCN (2003), p. 3.

[36] Véase Ley n.° 19863; Ley n.° 19896; Ley n.° 19908 y Ley n.° 20128, entre otras.

[37] Artículo 5 del decreto ley n.° 1263 de 1975.

normativo como un elemento sobre el cual debe estructurarse el programa financiero.

Si bien esto puede parecer un asunto menor o trivial, en la práctica tiene una serie de consecuencias prácticas. En primer lugar, y tal como se adelantó, utilizar este indicador como un componente central dentro de la programación financiera de mediano plazo permite formular la política fiscal, teniendo a la vista los ingresos estructurales del gobierno central de modo tal de autorizar un gasto público consistente con dichos ingresos, manteniéndose estable durante el tiempo. De esta manera, el programa financiero es capaz de sortear los vaivenes propios de la economía, sin necesidad de tener que modificarse con cada variación sufrida a causa del ciclo económico, el precio del cobre **y/u** otros componentes de los principales ingresos del fisco.

Por otra parte, dado que los presupuestos anuales deben estar coordinados con el programa financiero, y este debe comprender una estimación del balance estructural, la que, a su vez, debe ser consistente con la meta antes menciona, reconoce, en la práctica, el marco máximo de gasto que establece la meta de política fiscal.

Lo anterior tiene una aplicación muy concreta. Dentro del proceso de formulación y elaboración del proyecto de ley de presupuestos del sector público de cada año[38], la Dirección de Presupuestos debe efectuar una propuesta considerando la meta de política fiscal definida por la autoridad y, a partir de ella, determinar cuál es el espacio de gasto público compatible con dicha meta, de modo tal que ella se transforma en el punto de partida y límite para su elaboración[39]. De esta forma, la incorporación del indicador de balance estructural en el programa financiero pasó así a ser el tercer y último elemento que conforma la Regla Fiscal.

Ahora bien, junto con limitar la formulación y aprobación del presupuesto, el Presidente de la República también se verá limitado durante el ejercicio presupuestario, ya que, teniendo la iniciativa exclusiva de los proyectos de ley que tengan relación con la administración financiera del Estado, deberá velar por que el gasto que ellos irroguen al fisco se enmarquen dentro del citado programa financiero. Para tales efectos, cobran especial

[38] Pallavicini (2015), pp. 153-188 y Von Gersdorff (2018), pp. 537-541.

[39] Véase Dipres (2019), pp. 47-84. En dicho Informe, se señala: "de acuerdo a lo establecido en el Decreto de Política Fiscal [...], el Proyecto de Ley 2020 ha sido construido de forma consistente con la meta de déficit estructural de 1,4% del PIB estimado para 2020, considerando los últimos parámetros estructurales disponibles y que el Presupuesto del año en curso consideró una meta de déficit de 1,6% del PIB. En particular el gasto contemplado en el Proyecto de Ley de Presupuestos 2020 corresponde al gasto compatible con la meta establecida de convergencia [...]", *op. cit.*, p. 58.

relevancia los informes financieros que debe elaborar la Dirección de Presupuestos, según dispone el inciso segundo del artículo 13 del Reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados, y de conformidad al artículo 67 de la *Constitución Política de la República*. Estos informes explicitan el mayor gasto que implicaría la aprobación de la norma de que se trate, indicando, asimismo, la imputación o fuente de los recursos necesarios. En ese sentido, el establecimiento de una regla fiscal, con los tres elementos antes mencionados, es un límite a la Administración no solo al momento de formular el presupuesto, sino en cada decisión financiera que ella adopte.

Por último, debe recordarse que, desde la modificación introducida al DL n.° 1263 de 1975 por la Ley n.º 19896 de 2003, el programa financiero ha dejado de ser un documento interno de la Dirección de Presupuestos, cuya síntesis debe incluirse en los informes de finanzas públicas que debe remitir al Congreso Nacional[40]. De esta manera, la incorporación del indicador de balance estructural como un componente fundamental del programa financiero permite informar al Congreso Nacional, al mercado y al público en general, de modo directo y sencillo, no solo la meta de política fiscal antes mencionada, sino, también, el nivel de gasto público que se pretende, tanto para los presupuestos anuales como en el mediano plazo.

4.3. Creación del Consejo Fiscal Autónomo

Para finalizar este análisis sistemático de la normativa vigente en relación con la Regla Fiscal, cabe referirse brevemente a la creación del Consejo Fiscal Autónomo. Mediante la Ley n.º 21148, publicada en febrero de 2019, se creó este organismo autónomo, de carácter técnico y consultivo, con el objetivo de contribuir con el manejo responsable de la política fiscal del gobierno central. El Consejo encuentra su antecedente directo en el Consejo Fiscal Asesor, creado por decreto n.° 545 de 2013, del Ministerio de Hacienda, y las recomendaciones de expertos en la materia[41]. En línea con tales recomendaciones, se buscó la creación de un organismo independiente, con autonomía presupuestaria, presencia en el debate público y que monitorease permanentemente las reglas de política fiscal, de manera tal de velar por la transparencia y adecuada implementación de las mismas[42].

De esta manera, se creó un consejo compuesto por cinco expertos de reconocido prestigio en materias fiscales y presupuestarias, designados por el Presidente de la República, previo acuerdo del Senado. Para el cumpli-

[40] Artículo 2 n.° 22 del decreto ley n.° 106.
[41] Véase Corbo *et al.* (2010), pp. 10, 94-99.
[42] BCN (2009), p. 5.

miento de sus funciones el Consejo cuenta con una serie de funciones y atribuciones, enfocadas especialmente en la supervigilancia del procedimiento de cálculo del balance estructural y su metodología, y el cumplimiento de las metas de política fiscal. Adicionalmente, en línea con el objetivo de colaborar con el manejo responsable de la política fiscal, basada en una regla de balance estructural, la ley le encargó la evaluación de la sostenibilidad de mediano y largo plazo de las finanzas públicas, y la elaboración de informes en esta y otras materias de su competencia, manteniendo en todo ello una relación directa tanto con el Ejecutivo –asesorando al Ministerio de Hacienda en las materias que este le encomiende, con arreglo a la letra f) del artículo 2° de su ley– como con el Congreso Nacional, a quien debe remitir los informes elaborados y exponer acerca del ejercicio de sus atribuciones.

Es sobre estas últimas funciones y atribuciones que, a pesar de su reciente creación, el citado Consejo ha dado que hablar. En primer lugar, cabe mencionar la presentación efectuada por el senador Ricardo Lagos Weber, en el contexto de la formulación del proyecto de ley de presupuestos del sector público para el año 2020, quien consultó acerca de la procedencia de incorporar los recursos que se esperaba obtener en virtud del proyecto de modernización tributaria que se encontraba en tramitación en el Congreso, dentro de la estimación financiera de ingresos del proyecto de ley de presupuestos para el año 2020[43]. Frente a dicha consulta, y previo a emitir un informe, el Consejo optó por solicitar un pronunciamiento a la Contraloría General de la República acerca de las facultades que este tendría para pronunciarse en los términos solicitados, dictaminando esta última que no se advertía inconveniente alguno en emitir informes sobre lo solicitado[44]. En virtud de lo anterior, el Consejo procedió a responder la consulta efectuada, sugiriendo aplicar un criterio prudencial en el proyecto de ley de presupuestos, incluyendo solo los ingresos estimados a partir de la estructura tributaria vigente, pues, de otro modo, significaría comprometer gastos asociados a ingresos que no se basan en el marco vigente y respecto de los cuales existiría alta incertidumbre sobre su concreción, tanto en monto como en oportunidad[45].

Por otra parte, a raíz de la situación vivida en el país desde el 18 de octubre de 2019 a la fecha, el gobierno anunció una serie de medidas extraordinarias, incluyendo una agenda social por cerca de mil doscientos millones

[43] Véase CFA (2019a), p. 1.
[44] Dictamen n.° 27875.
[45] CFA (2019b).

de dólares para 2020[46] y un "plan de recuperación económica y protección del empleo" por un total de 5.500 millones de dólares[47]. En virtud de lo anterior, con fecha 13 de diciembre de 2019 el Consejo publicó el "Informe sobre desviaciones de las metas de balance estructural y los límites y riesgos para la sostenibilidad fiscal", en el que daba cuenta del nuevo escenario fiscal, con un aumento de deuda bruta proyectada y el consecuente riesgo de una nueva rebaja en la clasificación de riesgo país, junto con alertar frente a escenarios de riesgo que se identificaban en el mismo[48], cuyas consecuencias están por verse. Así, en el corto plazo que el Consejo lleva en funciones, no solo se ha delimitado el alcance de las mismas, sino que las ha ejercido mediante los informes y pronunciamientos efectuados a la fecha. De esta manera, el Consejo ha llamado la atención sobre medidas adoptadas por distintos poderes del Estado, identificado riesgos para la sostenibilidad de las finanzas públicas, señalado posibles desviaciones respecto de las metas de política fiscal y sus implicancias en el indicador del balance estructural, entre otros, dando así cumplimiento a los objetivos para lo cual ha sido creado.

V. Consideraciones finales

Del análisis efectuado en relación con la incorporación normativa de la Regla Fiscal, queda de manifiesto que ella responde de forma exitosa a la necesidad de contar con un indicador que permita elaborar y guiar una política fiscal sostenible en el tiempo. Su aplicación en Chile, con gobiernos de distinto signo político, ha permitido dar solidez a la institucionalidad fiscal, transparencia a las decisiones de política fiscal, financiar de modo sostenido el gasto social y la inversión pública, y dar mayores niveles de confianza a los mercados, entre otros. Esta incorporación ha sido especialmente acertada, pues permite utilizar el indicador de balance estructural tanto en los fines y metas de la política fiscal, mediante el pronunciamiento que se exige a la administración entrante, como en sus medios, con la obligación de adecuar el marco presupuestario y programa financiero al cumplimiento de las mismas. De este modo, se ha logrado vincular de forma directa la sostenibilidad de mediano plazo con la formulación y ejecución presupuestaria anual, o de corto plazo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el DL n.° 1263 de 1975, orgánico de Administración Financiera del Estado, en el sentido de tener programas financieros y presupuestos anuales debidamente coordinados entre sí.

[46] Véase Gobierno de Chile, Presidencia (2019).
[47] Véase Ministerio de Hacienda (2019b).
[48] Véase CFA (2019c).

Por otra parte, la simplicidad y transparencia de este indicador ha sido complementada con la dictación y publicación de la metodología de cálculo del mismo en el decreto n.° 145 de 2019, del Ministerio de Hacienda, evitando eventuales modificaciones a la fórmula de cálculo que no tengan una justificación técnica suficiente, limitando los ajustes discrecionales a la misma por parte de la autoridad de turno. Asimismo, y como ha quedado demostrado en pocos meses, la creación de un ente independiente como el Consejo Fiscal Autónomo ha resultado ser un gran avance en términos de fiscalización y rendición de cuentas o *accountability* de la Administración respecto del manejo de las finanzas públicas.

En ese sentido, pareciera ser que la aproximación desde la perspectiva de la transparencia que esta normativa incorpora a las decisiones de política fiscal, junto con la mayor especialidad técnica en la fiscalización y rendición de cuentas por parte del CFA, como también del Congreso Nacional, permite mantener un cierto grado de responsabilidad en las decisiones de la Administración, sin por ello limitar o rigidizar excesivamente su actuar. Es por ello que, para analizar la efectividad de la Regla Fiscal no debe estarse a las metas impuestas sino, más bien, a las conductas adoptadas conforme a ella. En ese sentido, y en términos generales, se ve que ha inducido a la autoridad a adoptar las medidas correspondientes para dar ajustarse a ella dentro de la misma institucionalidad establecida para ello, modificando las metas cuando ha sido necesario.

Ahora bien, tal como se ha señalado, ello no impide transgredir los compromisos adoptados en relación con la política fiscal, ni modificarlos o derechamente incumplirlos, lo que presenta un primer desafío de cara al futuro. Pues no debe olvidarse que la efectividad de una regla fiscal depende directamente de su credibilidad, transparencia y predictibilidad[49], por lo que cualquier modificación a la misma deberá estar debidamente fundada. Para ello podrían explorarse alternativas para asegurar el cumplimiento ***ex post*** de la meta, es decir, que sean alcanzadas durante la ejecución presupuestaria, tales como sanciones, cuentas de control que registren los desvíos de las metas y obliguen a restituir mediante ajustes obligatorios en las metas futuras u otros[50]. En todo caso, dicho análisis no puede obviar el hecho de que, en situaciones excepcionales, es necesario e, incluso, recomendable que se incurra en gastos superiores a aquellos compatibles con la Regla Fiscal. Así, por ejemplo, el terremoto del año 2010 o los hechos ocurridos en octubre de 2019. En esa línea, propuestas de incorporación de una regla fiscal como norma de rango constitucional, si bien pueden ser atractivas, deben

[49] Marcel (2013), pp. 31-33.

[50] Larraín *et al*. (2011), pp. 32-34.

en cualquier caso permitir que la autoridad tenga un espacio suficiente de flexibilidad en la administración financiera para llevar a cabo sus políticas, estableciendo límites en su actuar, pero otorgando mecanismos de salida para hacer frente a situaciones excepcionales.

Por otra parte, para que la Regla Fiscal sea efectiva es necesario que sea fácilmente comprendida por la ciudadanía en general[51]. En consecuencia, las autoridades administrativas, políticas y legislativas deben ser especialmente responsables en esta materia, actuando dentro de sus competencias, evitando generar expectativas infundadas que solo confunden al público en general. Tanto el Poder Judicial como los miembros del Congreso Nacional deben ser conscientes que la Regla Fiscal matiza las grandes atribuciones de las que goza el Presidente de la República en materia de administración financiera del Estado, siendo un límite en su actuar y un excelente mecanismo de fiscalización, por lo que es necesario que los distintos Poderes del Estado sean especialmente deferentes, respetando las funciones propias del encargado de la formulación y cumplimiento de las metas de política fiscal, que tiene una visión de conjunto sobre el marco de gasto disponible en virtud de la misma. Lo anterior es requisito indispensable para el buen funcionamiento de la Regla Fiscal, ya que solo en virtud de ella pueden operar debidamente los pesos y contrapesos sobre los cuales esta se ha estructurado el sistema presupuestario y de administración financiera del Estado[52].

En ese sentido, la tentación de oponerse al cumplimiento de Regla por ser esta un obstáculo para las agendas propias en el corto plazo, con importantes consecuencias en el erario fiscal[53], es una amenaza permanente, sobre todo en el contexto de la coyuntura económica y social en que se encuentra el país.

Y, aunque pueda parecer lejano al cumplimiento de la función administrativa, todo ello tiene un impacto directo sobre el buen ejercicio de la función pública, pues ella facilita la formación de acuerdos, permitiendo priorizar las necesidades públicas y satisfacerlas de manera permanente y sostenible en el tiempo[54]. Solo así se podrán tomar decisiones responsables que permitan al Estado cumplir sus obligaciones con esta generación, pero también con las futuras.

[51] Marcel (2013), pp. 33-34.

[52] Sobre el control que ejercen el Congreso Nacional y la Contraloría General de la República véase Montalva (2019), pp. 29-48.

[53] Marcel (2013), p. 42.

[54] Arellano (2006), p. 181.

Bibliografía

Arellano, José Pablo (2006). "Del déficit al superávit fiscal: razones para una transformación estructural en Chile". *Revista Estudios Públicos*, n.° 101. Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (2000). "Historia de la Ley n.° 19702, de Presupuestos del Sector Público para el año 2001". Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7443/HLD_7443_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [fecha de consulta: Abril 2021].

Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (2003). "Historia de la Ley n.° 19896, que introduce modificaciones al Decreto Ley n.° 1263, de 1975, orgánico de administración financiera del Estado y establece otras normas sobre administración presupuestaria y de personal".

Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (2007). "Historia de la Ley n.° 20232, de Presupuestos del Sector Público para el año 2008". Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5908/HLD_5908_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [fecha de consulta: Mayo 2021].

Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (2008). "Historia de la Ley n.° 20232, de Presupuestos del Sector Público para el año 2009". Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5147/HLD_5147_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [fecha de consulta: Abril 2021].

Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) (2009). "Historia de la Ley n.° 20407, de Presupuestos del Sector Público para el año 2010". Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4778/HLD_4778_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [fecha de consulta: Mayo 2021].

Carta de H. Senador Lagos Weber al CFA. Disponible en https://cfachile.cl/publicaciones/respuesta-a-solicitudes/respuesta-a-carta-del-honorable-senador-ricardo-lagos-weber-sobre-la [fecha de consulta: Abril 2021].

Corbo, Vittorio *et al.* (2011). *Propuestas para perfeccionar la regla fiscal*. Disponible en www.dipres.gob.cl/598/articles-76544_doc_pdf.pdf [fecha de consulta: Mayo 2021].

Consejo Fiscal Autónomo (CFA) (2019a). Carta del H. senador Lagos Weber al Consejo Fiscal Autónomo, de fecha 25 de septiembre de 2019. Disponible en https://cfachile.cl/publicaciones/respuesta-a-solicitudes/respuesta-a-carta-del-honorable-senador-ricardo-lagos-weber-sobre-la [fecha de consulta: Mayo 2021].

Consejo Fiscal Autónomo (CFA) (2019b). Oficio ordinario n.° 16, de fecha 30 de octubre de 2019. Disponible en https://cfachile.cl/publicaciones/respuesta-a-solicitudes/respuesta-a-carta-del-honorable-senador-ricardo-lagos-weber-sobre-la [fecha de consulta: Marzo 2021].

Consejo Fiscal Autónomo (CFA) (2019c). "Informe sobre Desviaciones de las Metas de Balance Estructural y los Límites y Riesgos para la Sostenibilidad Fiscal". Disponible en https://cfachile.cl/publicaciones/informes-de-sostenibilidad-fiscal-y-

otras-materias/informe-sobre-desviaciones-de-las-metas-de-balance-estructural-y-los-limites-y [fecha de consulta: Mayo 2021].

Dabán, Teresa (2011). "Strengthening Chile's Rule-based Fiscal Framework". Fondo Monetario Internacional, IMF Working Paper, IMF/11/17. Disponible en www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2011/wp1117.pdf [fecha de consulta: Mayo 2021].

Dirección de Presupuestos (Dipres) (2019). *Informe de finanzas públicas. Tercer trimestre 2019*. Disponible en www.dipres.gob.cl/598/articles-195184_Informe_PDF_3er_Trimestre.pdf [fecha de consulta: Abril 2021].

FMI (2019). *World Economic Outlook*, October. 2019. Disponible en www.imf.org/~/media/Files/Publications/WEO/2019/October/English/text.ashx?la=en [fecha de consulta: Mayo 2021].

Gallegos Zúñiga, Jaime R. (2018). "Análisis normativo crítico de la regla fiscal en Chile". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n.° 3. Santiago.

Gobierno de Chile, Presidencia (2019). "Presidente Piñera anuncia Agenda Social con mayores pensiones, aumento del ingreso mínimo, freno al costo de la electricidad, beneficios en salud, nuevos impuestos para altas rentas y defensoría para víctimas de delitos". Disponible en https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=123766 [fecha de consulta: Mayo 2021].

González, Hermann y José Riquelme (2019). "Institucionalización legal del Consejo Fiscal Autónomo en Chile". *Actualidad Jurídica*, año xix, n.° 40. Santiago, julio.

Larraín, Felipe *et al.* (2011). *Una política fiscal de balance estructural de segunda generación para Chile*. Disponible en www.dipres.gob.cl/598/articles-81713_doc_pdf.pdf [fecha de consulta: Mayo 2021].

Marcel, Mario *et al.* (2001). *Balance estructural del gobierno central. metodología y estimaciones para Chile: 1987-2000*. Disponible en www.dipres.gob.cl/598/articles-21639_doc_pdf.pdf [fecha de consulta: Marzo 2021].

Marcel, Mario (2013). *The Structural Balance Rule in Chile: Ten Years, Ten Lessons*. Discussion Paper No. IDB-DP-289. Disponible en: https://publications.iadb.org/publications/english/document/The-Structural-Balance-Rule-in-Chile-Ten-Years-Ten-Lessons.pdf [fecha de consulta: Mayo 2021].

Ministerio de Hacienda (2019). "Gobierno presenta Plan de Protección del Empleo y Recuperación Económica que totaliza recursos por US$ 5.500 millones". Disponible en www.hacienda.cl/sala-de-prensa/noticias/historico/gobierno-presenta-plan-de-proteccion.html [fecha de consulta: Mayo 2021].

Montalva Perez, Carlos (2019). "Control del presupuesto público. El rol del Congreso Nacional y de la Contraloría General de la República". *Revista Chilena de la Administración del Estado*, n.° 1. Santiago, primer semestre.

"Nueva Constitución, número de parlamentarios y regla fiscal: el encendido debate entre los presidentes de partidos de la oposición y ChileVamos". Disponible en www.latercera.com/politica/noticia/nueva-constitucion-numero-parlamentarios-

regla-fiscal-encendido-debate-los-presidentes-la-oposicion-chile/879779/ [fecha de consulta: Abril 2021].

Pallavicini Magnere (2015). *Derecho público financiero.* Santiago: Editorial Legal Publishing.

Von Gersdorff T., Hermann (2018). "El proceso presupuestario en Chile: opciones de reforma", en Isabel Aninat S. y Slaven Razmilic B. (eds.). *Un Estado para la ciudadanía. Estudios para su modernización*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Normas

Reglamento Cámara de Diputadas y Diputados de 8 de agosto de 2019. Edición preparada y revisada por la Secretaría General, que contiene el texto refundido aprobado por la Cámara de Diputadas y Diputados en sesión del día 20 de mayo de 2014, junto a las enmiendas posteriores. Disponible en www.camara.cl/camara/media/docs/reglamento.pdf [fecha de consulta: Abril 2021].

Ley n.° 19863 de 6 de febrero de 2003,) sobre Remuneraciones de Autoridades de Gobierno y Cargos Criticos de la Administración Publica y da Normas sobre Gastos Reservados. Disponible en www.leychile.cl [fecha de consulta: Junio 2021].

Ley n.° 19896 de 3 de septiembre de 2003, introduce modificaciones al decreto ley n.° 1263 de 1975, orgánico de administración financiera del Estado y establece otras normas sobre administración presupuestaria y de personal. Disponible en www.leychile.cl [fecha de consulta: Mayo 2021].

Ley n.° 19908 de 3 de octubre de 2003, permite la emisión de deuda pública mediante medios inmateriales y autoriza al fisco y a otras entidades del sector público para la contratación de instrumentos de cobertura de riesgos financieros. Disponible en www.leychile.cl [fecha de consulta: Abril 2021].

Ley n.° 20128 de 30 de septiembre de 2006, sobre Responsabilidad Fiscal. Disponible en www.leychile.cl [fecha de consulta: Abril 2021].

Ley n.° 21148 de 16 de febrero de 2019, crea el Consejo Fiscal Autónomo. Disponible en www.leychile.cl [fecha de consulta: Mayo 2021].

Decreto ley n.° 106 de 3 de marzo de 1960, que Fija las Disposiciones por las que se Regirá la Dirección de Presupuestos. Disponible en www.leychile.cl [fecha de consulta: Marzo 2021].

Decreto ley n.° 1263 de 28 de noviembre de 1975, Orgánico de Administración Financiera del Estado. Disponible en www.leychile.cl [fecha de consulta: Mayo 2021].

Decreto n.° 1259 de 10 de enero de 2007, del Ministerio de Hacienda, que establece las bases de la política fiscal de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° y 1° transitorio, letra a), de la Ley N° 20.128.

Ministerio de Hacienda, decreto n.° 545 de 28 de junio de 2013, que crea Consejo Fiscal Asesor. Disponible en www.dipres.gob.cl [fecha de consulta: Mayo 2021].

Ministerio de Hacienda, decreto n.° 145 de 24 de junio de 2018, que aprueba metodología, procedimiento y publicación del cálculo del balance estructural. Disponible en www.dipres.gob.cl [fecha de consulta: Mayo 2021].

Jurisprudencia

Contraloría General de la República, dictamen n.° 27875 de 24 de octubre de 2019. Disponible en www.contraloria.cl [fecha de consulta: Mayo 2021].

PORTABILIDAD FINANCIERA
LEY N.° 21236

FINANCIAL PORTABILITY
LAW No. 21.236

Joel González Castillo[*]

Resumen: Se analiza en este artículo la nueva ley de portabilidad financiera, las modalidades de esta, con y sin subrogación, y sus etapas, esto es: (i) solicitud de portabilidad, (ii) oferta de portabilidad, (iii) aceptación de la oferta de portabilidad, (iv) contratación de productos y servicios financieros y (v) cumplimiento del mandato de término. Referente a la portabilidad con subrogación se desarrollan sus requisitos, los créditos respecto de los cuales procede, la subsistencia de las garantías reales, la extinción de las garantías personales y los seguros –en relación con el crédito original y el nuevo–, las reglas especiales para garantías con y sin cláusula de garantía general y las garantías bajo sistema registral.

Palabras clave: Portabilidad financiera, productos y servicios financieros, bancos, subrogación, crédito, garantías.

Abstract: This article analyzes the new financial portability law, its modalities, with and without subrogation, and its stages, *i.e.*, (i) portability request, (ii) portability offer, (iii) acceptance of the portability offer, (iv) contracting of financial products and services, and (v) fulfillment of the mandate. Regarding portability with subrogation, its requirements are developed, the credits with respect to which it proceeds, the subsistence of real guarantees, the extinction of personal guarantees and insurance -in relation to the original and the new credit-, the special rules for guarantees with and without a general guarantee clause and the guarantees under the registry system.

[*] Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jagonzac@uc.cl

KEYWORDS: Financial portability, Financial products and services, Banks, Subrogation, Credit,Guarantees.

I. INTRODUCCIÓN

La ley tiene por objetivo, conforme a su artículo 1°[1], promover la portabilidad financiera, facilitando que las personas, micro y pequeñas empresas se cambien, por estimarlo conveniente, de un proveedor de servicios financieros a otro[2], o de un producto o servicio financiero vigente a otro nuevo contratado con el mismo proveedor.

La misma norma citada señala que la ley se aplicará a proveedores de servicios financieros, de conformidad al numeral 9 del artículo 3, regulados en la Ley n.° 18010, sobre operaciones de crédito; el decreto con fuerza de ley n.° 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos; el decreto con fuerza de ley n.° 5 de 2003, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Ley General de Cooperativas; el decreto con fuerza de ley n.° 251,

[1] Todas las normas citadas, salvo que se indique otra cosa, deben entenderse referidas a la Ley n° 21236, sobre portabilidad financiera.

[2] Proveedor es todo banco, compañía de seguros, agente administrador de mutuos hipotecarios, caja de compensación de asignación familiar, cooperativa de ahorro y crédito o institución que coloque fondos por medio de operaciones de crédito de dinero de manera masiva señalada en el artículo 31 de la Ley n.° 18010, siempre y cuando dicha institución tenga un giro relacionado con el otorgamiento de créditos, o toda otra entidad fiscalizada por la Comisión para el Mercado Financiero en virtud del decreto con fuerza de ley n.° 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos (artículo 3° n.° 9). Se ha observado que "esta nueva portabilidad financiera tiene un defecto importante: Deja fuera diversas instituciones que prestan actualmente servicios financieros y que llegan incluso a segmentos de la población que no califican para ser clientes bancarios; en otras palabras, esta nueva ley deja fuera a los habitantes de este país que operan con empresas de innovación financiera, también conocidas como fintechs, tales como aquellas destinadas al financiamiento colectivo, las que realizan gestión de finanzas personales y empresariales, y las que utilizan tecnología para mejorar el mercado de los seguros, entre muchas otras. Si bien eventualmente cualquier fintech podría caer bajo la supervisión de la CMF, como podría ocurrir por ejemplo con aquellas que se avoquen a la emisión de tarjetas, la Ley de Portabilidad no es categórica en tal sentido, pese a que durante su discusión diversos actores plantearon la inquietud de que dicha norma fuera extensiva a las empresas de innovación financiera en general. Existe una nueva oportunidad para que tal error se corrija, a propósito de la discusión de la denominada Ley Fintech, impulsada por la CMF durante el último tiempo y que pretende dar mayores garantías de transparencia y seguridad a los usuarios de tales servicios, sin pretender regular ni restringir la actividad lícita que las dichas empresas innovadoras han realizado durante años en nuestro país. Es más, el hecho que exista esta normativa especial podría considerarse como una aún mejor razón para que la portabilidad financiera abarque también los servicios que prestan estas empresas". REYES (2020).

de 1931, del Ministerio de Hacienda, sobre compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio; la Ley n.º 18833, sobre Cajas de Compensación de Asignación Familiar (CCAF), y en otras normas de similar naturaleza.

Las sociedades de apoyo al giro reguladas en el decreto con fuerza de ley n.º 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos, podrán prestar servicios a cualquier proveedor en relación con la portabilidad financiera y la operatividad de la ley. Las sociedades de apoyo al giro que provean los mencionados servicios deberán establecer condiciones y exigencias objetivas y no discriminatorias de contratación, sin que puedan establecer diferencias en relación con el volumen de operaciones (artículo. 30).

II. Proceso de portabilidad financiera

1. Definición

Proceso de portabilidad financiera es aquel que tiene por objetivo principal la contratación de productos o servicios financieros[3] con un nuevo proveedor[4] y el término de uno o más productos o servicios financieros contratados con el proveedor inicial[5] (artículo 3° n.° 8).

Se entiende como "productos o servicios financieros" a las operaciones de crédito de dinero, las cuentas corrientes bancarias o cuentas vistas, las tarjetas de pago, sus respectivas líneas de crédito asociadas y aquellos productos o servicios que se otorguen en forma masiva y estandarizada mediante contratos de adhesión y por los cuales los proveedores tienen derecho a cobrar una comisión, siempre y cuando no correspondan a productos o servicios de ahorro o inversión. Los descuentos o promociones ofrecidos por el proveedor respecto de la comisión de un producto o servicio no serán considerados para efectos de determinar el derecho a cobrar comisión del proveedor.

Las cuotas de participaciones, derechos sociales, acciones o cualquier otro derecho o título sobre la propiedad de un proveedor no serán considerados como un producto o servicio financiero (artículo 47 del Reglamento)[6].

[3] Como cuentas bancarias (corrientes, vista, ahorro), líneas de crédito, créditos de consumo, créditos automotrices, créditos hipotecarios, tarjetas de crédito y débito, fondos mutuos, depósitos a plazo, entre otros.

[4] Nuevo proveedor es aquel respecto del cual un cliente ha aceptado una oferta de portabilidad financiera (artículo 3° n.° 6).

[5] Proveedor inicial es aquel con el cual un cliente mantiene vigente uno o más contratos de productos o servicios financieros (artículo 3° n.° 10).

[6] El Reglamento define por primera vez, en nuestra legislación, lo que ha de entenderse por "producto o servicio financiero". Véase el alcance de ello en Alcalde (2020).

2. Modalidades de portabilidad financiera

El proceso de portabilidad puede adoptar las siguientes modalidades:

a) Portabilidad sin subrogación

Es el proceso que tiene por finalidad contratar productos o servicios financieros con un nuevo proveedor y obtener el término de uno o más productos o servicios financieros que el cliente[7] mantenga vigentes con el proveedor inicial, extinguiendo, en consecuencia, todas las garantías que caucionan dichos productos o servicios, y

b) Portabilidad con subrogación

Es el proceso por el cual el cliente contrata un nuevo crédito[8] con un nuevo proveedor con la finalidad de pagar un crédito que el cliente mantiene con un proveedor inicial, produciéndose con ello una subrogación especial de crédito (artículo 4° inciso 1°).

Un mismo proceso de portabilidad podrá operar bajo ambas modalidades para distintos productos o servicios financieros (artículo 4° inciso 2°).

El proceso de portabilidad financiera podrá tener lugar tanto entre productos o servicios financieros otorgados por distintos proveedores como entre productos o servicios financieros otorgados por el mismo proveedor[9] (artículo 4° inciso 3°).

---

[7] Cliente es la persona natural o jurídica que mantiene vigente uno o más productos o servicios financieros, y que tenga la calidad de consumidor conforme a la Ley n.° 19496, o de micro o pequeña empresa, conforme a la Ley n.° 20416, que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño (artículo 3° n.° 2).

[8] Crédito es la operación de crédito de dinero definida en el artículo 1 de la Ley n.° 18010, que Establece Normas para las Operaciones de Crédito y otras Obligaciones de Dinero que Indica (artículo 3° n.° 4).

[9] "En caso de que un cliente presente una solicitud de portabilidad financiera al mismo proveedor con el cual tiene vigente los productos o servicios financieros que desea terminar, se entenderá que se está solicitando una portabilidad financiera con el mismo proveedor. En dicho caso, el proceso se regirá bajo las mismas reglas aplicables a todo proceso de portabilidad financiera, teniéndose en especial consideración que las gestiones del mandato de término se realizarán actuando en nombre y representación del cliente. Sin perjuicio de lo anterior, la portabilidad financiera con un mismo proveedor tendrá las siguientes normas especiales: a) Se entenderá que el proveedor tendrá tanto la calidad de nuevo proveedor, como de proveedor inicial. b) No será necesario que el proveedor solicite un certificado de liquidación, de actualización de deudas o de pago de impuestos de timbre y estampilla, sin perjuicio de ello, estos documentos deberán ser igualmente emitidos cuando lo solicite el cliente y para efectos de cumplir con la obligación del inciso 2° del artículo 16 de la ley y del numeral 17 del artículo 24 del decreto ley n,° 3475 de 1980, que Modifica la Ley de Timbres y Estampillas. c) El proveedor podrá mantener copia de los mencionados certificados en caso de que

III. Etapas de la portabilidad financiera

Las etapas de la portabilidad financiera son:

i) solicitud de portabilidad,
ii) oferta de portabilidad,
iii) aceptación de la oferta de portabilidad,
iv) contratación de productos y servicios financieros, y
v) cumplimiento del mandato de término.

1. Solicitud de portabilidad

Todo cliente que quiera iniciar un proceso de portabilidad financiera deberá presentar una solicitud de portabilidad a un proveedor (artículo 5° inciso 1°), ya sea de manera física o digital (artículo 1° del Reglamento).

1.1. Definición

Solicitud de portabilidad es aquella presentada por un cliente a un proveedor, con el objetivo de iniciar un proceso de portabilidad (artículo 3° n.° 12).

1.2. Normas de publicidad

Una vez presentada la solicitud, el proveedor deberá informar los derechos y obligaciones que tienen el cliente y el proveedor en un proceso de portabilidad (artículo 29)[10].

no prospere el proceso de portabilidad, siempre y cuando se cumpla con lo señalado en el artículo 25 de la ley. d) El proveedor, en calidad de nuevo proveedor, no deberá cumplir con ninguna obligación de notificar o remitir documentos al proveedor inicial. e) El proveedor, en calidad de proveedor inicial, no deberá cumplir con ninguna obligación de notificar o remitir documentos al nuevo proveedor, sin perjuicio de ello, igualmente deberá emitir, cuando corresponda, los respectivos comprobantes de pago. f) No será necesario que el proveedor requiera el término de los productos vigentes en virtud del mandato de término, siempre y cuando se deje constancia de la fecha en que se inició el proceso de cierre o término de cada producto o servicio financiero. Dicha constancia reemplazará a la copia de la comunicación para efectos de cumplir con la obligación indicada en el inciso final del artículo 22 del Reglamento y g) En el caso de una portabilidad financiera con subrogación, en el que los créditos vigentes estén caucionados por una garantía con cláusula de garantía general, se entenderá que el proveedor no perderá la garantía general" (artículo 49 del Reglamento).

[10] Al respecto el artículo 45 del Reglamento señala: "Información al cliente respecto del proceso de portabilidad. Una vez presentada la solicitud de portabilidad, y dentro de 5 días hábiles bancarios desde su recepción, el proveedor deberá entregar al cliente, ya sea manera física o digital, una comunicación de fácil comprensión en que se indique lo siguiente: a) Tipos de procesos de portabilidad financiera; b) Etapas que contemplan los procesos de portabi-

1.3. Contenido

La solicitud deberá señalar en forma expresa la intención del cliente de iniciar dicho proceso, la especificación del proveedor inicial y el o los productos y servicios financieros que solicita terminar con este, en caso de aceptar la oferta (artículo 5° inciso 4°).

En caso de que el cliente desee refinanciar uno o más productos financieros con créditos disponibles no desembolsados o créditos rotativos[11], y no solicite su respectivo bloqueo[12], de conformidad al inciso 6° del artículo 17 D de la Ley n.º 19496[13], la solicitud de portabilidad podrá incluir el compromiso del cliente de no aumentar dichas deudas por sobre un monto determinado. Con la entrega del referido compromiso se entenderá que el cliente acepta que los mencionados productos sean bloqueados de conformidad a lo señalado en el artículo 10. En caso de que el cliente no cumpla el referido compromiso, el nuevo proveedor podrá retractarse de celebrar los contratos ofrecidos (artículo 5° inciso 5°).

El artículo 3° del Reglamento por su parte dispone:

> "Las solicitudes de portabilidad deberán constar en un formulario que será puesto a disposición por el proveedor al cliente, el cual deberá tener el título de 'Solicitud de Portabilidad Financiera' y contener las siguientes secciones para ser completadas:

lidad financiera; c) Plazos máximos para cada una de las etapas del proceso de portabilidad financiera; d) Derecho de arrepentimiento de la aceptación de la oferta de portabilidad; e) Efectos e implicancias de los compromisos de los artículos 5 y 10 de la Ley, en caso de haber sido asumidos por el cliente; f) Obligación del nuevo proveedor de cumplir el mandato de término, pagando y requiriendo al proveedor inicial el cierre o término de los productos o servicios que correspondan; g) Posibilidad de cargos adicionales en virtud del artículo 30 del Reglamento, cuando sea aplicable; y h) Obligación del nuevo proveedor de solicitar la constancia de subrogación especial de crédito, en caso de que corresponda".

[11] En general, puede decirse que un crédito rotativo es uno que no tiene un número fijo de cuotas, en contraste con el crédito convencional; es una línea de libre inversión que consiste en aprobar un crédito del cual se puede disponer cada vez que se necesite. A medida que se realicen pagos, se libera cupo que se puede volver a usar sin necesidad de nuevas solicitudes. Ejemplos de créditos rotativos son los asociados a las tarjetas de crédito y líneas de crédito.

[12] El artículo 24 del Reglamento detalla el bloqueo de productos.

[13] Dicha norma señala: "El consumidor podrá requerir al proveedor de productos o servicios financieros, en el momento de solicitar el certificado de liquidación para término anticipado, que bloquee los productos o servicios financieros con créditos disponibles no desembolsados o créditos rotativos, tales como líneas de crédito asociadas a cuentas corrientes o tarjetas de crédito, durante el tiempo de vigencia del certificado, de manera que la información contenida en el certificado de liquidación no se vea modificada durante su vigencia. El certificado deberá señalar expresamente los productos o servicios financieros que han sido bloqueados. Dicho bloqueo será sin costo para el cliente".

a) Fecha de presentación de la solicitud;
b) Individualización del cliente y cotitular, si corresponde, indicando su nombre o razón social, domicilio y cédula de identidad o Rol Único Tributario;
c) Nombre o razón social y Rol Único Tributario del proveedor que recibe la solicitud de portabilidad, los cuales deberán ser completados por el mismo proveedor;
d) Nombre o razón social del proveedor inicial;
e) Especificación de los productos o servicios financieros que el cliente mantiene vigentes con el proveedor inicial y que tiene la intención de terminar;
f) Especificación de los productos o servicios financieros que el cliente quiere contratar con el proveedor al cual le está presentando la solicitud de portabilidad y, en caso de solicitar uno o más productos financieros que involucren una operación de crédito de dinero, se deberá especificar si dichos productos tienen por objeto el pago de alguna deuda que el cliente mantenga con el proveedor inicial;
g) Correo electrónico, número de teléfono o cualquier otro medio tecnológico por el cual el cliente solicita ser contactado en relación al proceso de portabilidad; y
h) Firma del cliente o su representante. En caso de que se presente la solicitud por medios remotos, se podrá usar firma electrónica simple, siempre que se utilicen medios tecnológicos, digitales o formas de comunicación a distancia que permitan autentificar y verificar en forma previa la identidad del cliente.

Adicionalmente, en caso de que uno o más de los productos o servicios financieros de la letra e) correspondan a créditos rotativos o disponibles no desembolsados, respecto de los cuales el cliente no haya solicitado su bloqueo al proveedor inicial de conformidad al inciso sexto del artículo 17 D de la Ley N° 19.496, se deberá especificar si el cliente asume el compromiso de no aumentar las deudas de dichos productos o servicio con el proveedor inicial por sobre un monto determinado, especificando dicho monto.

Si el cliente indica que la contratación del nuevo producto o servicio tiene por objeto el pago de una o más deudas vigentes determinadas, el cliente podrá no especificar el plazo o monto del producto o servicio a contratar, e indicar que solicita que dicho producto o servicio tenga un plazo de vencimiento equivalente al plazo residual de la deuda vigente a pagar o un monto equivalente a aquel que deba pagar para ponerle término al producto o servicio vigente, incluyendo la respectiva comisión de prepago, si procede.

Con todo, en caso de que la información entregada en la solicitud de portabilidad y en el correspondiente certificado de liquidación no sea suficiente para identificar los productos o servicios que el cliente solicita

> terminar, el proveedor deberá informar de ello al cliente y solicitarle los antecedentes necesarios para la identificación de el o los productos o servicios financieros".

1.4. Certificado de liquidación y de pago del impuesto de timbres y estampillas

El inciso 2° del artículo 4° del Reglamento dispone que en caso de que, aun antes de la solicitud de los certificados indicados, concurra alguna de las condiciones objetivas señaladas en el artículo 20 de los decretos supremos n.ºs 42, 43 y 44, todos de 2012, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo[14], el proveedor que recibe la solicitud de portabilidad podrá rechazarla sin necesidad de pedir los respectivos certificados (de liquidación y de pago del impuesto de timbres y estampillas).

Una vez que el proveedor reciba dicha solicitud, deberá requerir directamente al proveedor inicial el respectivo certificado de liquidación[15], en caso de que este no hubiere sido entregado por el cliente o hubiere perdido su vigencia. Lo mismo aplicará para el certificado de pago del impuesto de timbres y estampillas a que se refiere el numeral 17 del artículo 24 del decreto ley n.º 3475 de 1980. En caso de que el proveedor inicial no envíe los mencionados certificados en los plazos y formas correspondientes, el proveedor solicitante deberá informar dicha situación al cliente y al Servicio Nacional del Consumidor (artículo 5° inciso 2°).

Las facultades para solicitar los documentos antes referidos se mantendrán vigentes mientras se encuentre en curso el proceso de portabilidad. En caso de no prosperar este proceso, el proveedor deberá enviar al cliente, por medios electrónicos, esos documentos, y no podrá mantener copia de ellos (artículo 5° inciso 3°).

La Ley n.° 21236, sobre portabilidad financiera, dio una nueva redacción al artículo 17 D de la Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, regulando el certificado de liquidación en sus incisos 2° a 5° en los siguientes términos:

> "Los mencionados proveedores (proveedores de productos o servicios financieros pactados por contratos de adhesión) deberán entregar al respectivo consumidor un certificado de liquidación para término anticipado, dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde que éste

[14] El artículo 20 de estos decretos supremos señala las condiciones objetivas, sobre la base de las cuales un proveedor de un crédito hipotecario o de consumo o el emisor de una tarjeta de crédito, podrá fundar las razones del rechazo a su contratación.

[15] Según el artículo 3° n.° 1 de la ley se entenderá por "certificado de liquidación" el certificado de liquidación para término anticipado regulado en el artículo 17 D de la Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

lo solicite. El consumidor podrá solicitar el certificado presencialmente o de manera remota al respectivo proveedor de productos o servicios financieros, y requerirle que se le entregue de manera física o virtual. Sin perjuicio de lo anterior, el consumidor podrá solicitar el referido certificado respecto de solo un producto o servicio financiero determinado. En dicho caso, el certificado deberá ser entregado dentro de tres días hábiles desde la respectiva solicitud.

Este certificado será gratuito y deberá contener a lo menos la siguiente información relativa a cada uno de los productos o servicios financieros vigentes, según corresponda: a) Plazo o vigencia. b) Valor total del producto o servicio. c) Indicación de si corresponde a deuda rotativa. d) Monto de crédito disponible y efectivamente utilizado. e) Tipo y tasa de interés. f) Carga anual equivalente. g) Valor de última cuota vencida. h) Garantías reales otorgadas[16], especificando su otorgante, datos de inscripción, datos de escritura pública o de instrumento privado protocolizado, en caso de haber sido otorgada por tales medios, y si contienen cláusulas de garantía general. i) Monto total a pagar para poner término al producto o servicio financiero según la fecha de pago, incluyendo la respectiva comisión de prepago, si corresponde. j) Si el crédito se encuentra en etapa de cobranza judicial. k) La demás información que determine el reglamento.

En caso de existir una garantía real con cláusula de garantía general, el certificado de liquidación también deberá especificar el monto a pagar para ponerle término a todas las obligaciones vigentes que el consumidor tenga con el proveedor que no provengan de productos o servicios financieros.

Adicionalmente, el certificado deberá contener el monto total a pagar para ponerle término a la totalidad de los productos o servicios financieros y las obligaciones referidas, según la fecha de pago, incluyendo

[16] Junto con la entrega del certificado de liquidación en caso de que dicho certificado incluya una deuda garantizada por una o más garantías reales, el proveedor inicial deberá también remitir copia digital de la tasación del bien otorgado en garantía y del estudio de títulos del bien, cuando estos se hubieren practicado y hubieren sido conservados, a lo menos de forma digital, por el proveedor inicial (artículo 6° del Reglamento). "El proveedor que reciba una solicitud de portabilidad podrá requerir al cliente otros antecedentes necesarios para la formulación de la oferta. Corresponderá al proveedor que reciba la solicitud de portabilidad, requerir al cliente que le acompañe todos los títulos, personerías y demás antecedentes necesarios para practicar, cuando corresponda, un nuevo estudio de títulos o tasación de los bienes que caucionan los créditos que se pagarán en virtud de un proceso de portabilidad con subrogación. El mencionado proveedor podrá basar su tasación o estudio de títulos en los estudios de títulos o tasaciones solicitados o preparados por el proveedor inicial respecto del bien sobre el cual se constituyó la respectiva garantía" (artículo 7° del Reglamento).

la respectiva comisión de prepago, si corresponde, la fecha de emisión y de vigencia del certificado, la que no podrá ser menor a treinta días corridos, la forma en que el proveedor desea ser notificado y la información necesaria para realizar el pago en caso de iniciarse un proceso de portabilidad financiera o refinanciamiento".

1.5. Vigencia de la solicitud de portabilidad

Conforme al artículo 6°, la solicitud de portabilidad se encontrará vigente hasta la retractación del cliente o hasta treinta días hábiles bancarios contados desde la última comunicación enviada por el cliente al proveedor, sin que se haya recibido una oferta de portabilidad financiera de este último.

2. Oferta de portabilidad financiera

2.1. Definición

"Oferta de portabilidad es la oferta escrita y de carácter vinculante mediante la cual un proveedor propone a un cliente la celebración de determinados contratos de productos o servicios financieros y especifica el o los productos y servicios financieros que el cliente mantiene con un proveedor inicial y que serán objeto de un mandato de término" (artículo 3° n.° 7).

El proveedor podrá incluir en la oferta solo algunos de los productos especificados en la solicitud de portabilidad y podrá presentar conjuntamente dos o más ofertas alternativas al cliente, con el objetivo de que este acepte la oferta que considere más apropiada (artículo 8° del Reglamento).

2.2. Contenido de la oferta

Se entenderá que el proveedor decide perseverar con el proceso de portabilidad una vez que presente una oferta al cliente, por escrito, que contenga a lo menos lo siguiente:

a) La especificación de el o los productos o servicios financieros que se ofrecen, detallando el monto, carga anual equivalente, costo total del crédito, el plazo, cuando corresponda, y el plazo para la suscripción de el o los nuevos contratos de dichos productos o servicios, así como los gastos asociados que deban ser cubiertos por el cliente.
b) La especificación de el o los productos o servicios financieros que el cliente mantiene con el proveedor inicial identificados en la solicitud de portabilidad, y que serían objeto del mandato de término, indicando los montos y el origen de los fondos destinados a tal efecto, cuando corresponda, y deberán, asimismo, contener los fondos que se requieran para dar cumplimiento total al mandato de término, en caso de proceder (artículo 7° inciso 1°).

El Reglamento regula en detalle el contenido de la oferta (artículos 11 a 14), define una serie de conceptos de la oferta de portabilidad (artículo 15) y entrega modelos de formatos de la oferta (artículo 16).

2.3. Vigencia y retractación de la oferta

El proveedor podrá retractarse de la oferta una vez transcurrido el plazo de vigencia de esta, el que deberá estar señalado de manera expresa, y que en ningún caso podrá ser inferior a siete días hábiles bancarios desde su emisión (artículo 7° inciso 2°).

El Reglamento indica que la oferta de portabilidad se dirigirá a un cliente cuyo riesgo comercial ha sido previamente evaluado. De aceptarse la oferta por el cliente dentro del periodo de vigencia, esta se mantendrá vigente hasta la celebración de los contratos ofrecidos, hasta el arrepentimiento de la aceptación del cliente, o hasta el rechazo de la contratación por concurrir alguna de las condiciones objetivas referidas en el artículo 10 del Reglamento[17], distintas a la evaluación del riesgo comercial, por no haberse cumplido los compromisos asumidos por el cliente de conformidad a los artículos 5 y 10 de la ley o por haberse aumentado las deudas del cliente de conformidad al inciso 4° del artículo 10 de la ley.

Agrega el Reglamento que si el cliente no acepta la oferta dentro del periodo de vigencia indicado, se entenderá que el proveedor se retracta de esta una vez cumplida su vigencia. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que el cliente acepte la oferta de portabilidad con posterioridad a la fecha de vigencia, el nuevo proveedor podrá optar por ejecutar igualmente el mandato, sin la necesidad de exigir una nueva solicitud de portabilidad, considerándose la oferta como vigente, tal como si se hubiera aceptado dentro del plazo de vigencia original.

Si la propuesta de oferta de portabilidad se dirige a un cliente cuyo riesgo comercial no ha sido de ante mano evaluado, solo tendrá el carácter de simulación no vinculante o meramente referencial, hasta que se haya aprobado la evaluación de riesgo comercial, situación que deberá informarse en la misma simulación (artículo 9° del Reglamento).

[17] Esta disposición señala: "El proveedor podrá en todo momento rechazar la contratación, incluso con posterioridad a la aceptación de la oferta, si concurre una o más de las condiciones objetivas que correspondan de conformidad a la Ley Nº 19.496 y sus respectivos reglamentos. Sin perjuicio de ello, el proveedor no podrá rechazar la contratación respecto de los contratos de productos o servicios financieros ya celebrados".

3. Aceptación de la oferta de portabilidad financiera

3.1. Formalidad y plazo

Si el cliente decide aceptar la oferta de portabilidad, deberá comunicar su decisión por escrito al nuevo proveedor, dentro del periodo de vigencia (artículo 8° inciso 1°).

3.2. Mandato de término

Es el otorgado por el cliente al nuevo proveedor con el objetivo de que este último, en su nombre y representación, pague, cuando corresponda, y requiera el término de determinados productos o servicios financieros que el cliente mantiene vigentes con un proveedor inicial (artículo 3° n,° 5).

Con la aceptación de la oferta de portabilidad, el cliente otorga un mandato de término al nuevo proveedor respecto de los productos y servicios especificados, de conformidad con el literal b) del artículo 7[18]. El mandato de término facultará al nuevo proveedor para realizar todos los pagos, comunicaciones o requerimientos correspondientes, en nombre y representación del cliente (artículo 8° inciso 2°).

En el caso de obligaciones caucionadas con una garantía real con cláusula de garantía general, el mandato que el cliente otorgue al nuevo proveedor para el pago o término de dichas obligaciones con motivo del proceso de portabilidad financiera tendrá el carácter de irrevocable hasta el pago de todas las obligaciones que procedan o hasta el incumplimiento de parte del nuevo proveedor de las obligaciones que establece la ley (artículo 23).

3.3. Capacidad

Será responsabilidad del nuevo proveedor verificar la identidad y capacidad jurídica del cliente que acepta la oferta y otorga el referido mandato (artículo 8° inciso 3°).

3.4. Arrepentimiento de la aceptación de la oferta

El cliente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9°, podrá arrepentirse de la aceptación de la oferta, solo respecto de contratos especificados en la oferta que no hayan sido celebrados. Si el cliente ejerciera este derecho, el nuevo proveedor estará obligado a devolverle cualquier suma abonada, relacionada a dichos productos o servicios, dentro de los cinco días hábiles bancarios siguientes, reteniendo solo el monto que corresponda a servicios ya prestados y rindiendo cuenta de estos.

[18] La ley equivocadamente dice "artículo 6".

Se entenderá que el cliente se ha arrepentido de la aceptación de la oferta de portabilidad, respecto de los contratos no celebrados, si no contrata dichos productos o servicios financieros dentro del plazo de suscripción referido en la letra a) del inciso 1° del artículo 7°.

El arrepentimiento de la aceptación de la oferta revocará el mandato de término otorgado por el cliente solo respecto de los productos o servicios no contratados (artículo 9°).

4. Contratación de productos y servicios financieros

Una vez aceptada la oferta de portabilidad, dice el artículo 10°, el nuevo proveedor deberá realizar todas las gestiones necesarias para contratar con el cliente los productos o servicios financieros especificados en dicha oferta.

Las condiciones de contratación establecidas en la oferta de portabilidad podrán actualizarse de común acuerdo entre las partes, en virtud de un nuevo certificado de liquidación emitido por el proveedor inicial o de una actualización de deudas[19] solicitada a este último.

Con todo, aceptada la oferta y antes de la firma de el o los contratos, el nuevo proveedor podrá, previa notificación al cliente, solicitar de manera directa al proveedor inicial el bloqueo de los productos o servicios financieros con créditos disponibles o rotativos que se acordaron refinanciar y una actualización de las deudas indicadas en el certificado de liquidación. El proveedor inicial deberá, sin más trámite, y en un plazo no superior a veinticuatro horas desde la solicitud, bloquear los respectivos productos y servicios financieros y, a continuación, entregar la información actualizada del monto adeudado por el cliente.

En caso de que la referida actualización de deudas acredite que el cliente no cumplió el compromiso indicado en el inciso 5° del artículo 5°, el nuevo proveedor no estará obligado a contratar los productos ofrecidos, pudiendo retractarse de la respectiva oferta, incluso después de la aceptación del cliente. Lo anterior también será aplicable cuando el cliente haya aumentado su deuda mediante la solicitud de nuevos créditos con el proveedor inicial.

En caso de que el cliente sí hubiere cumplido el referido compromiso, o que el nuevo proveedor decida igualmente continuar con el proceso de portabilidad, ambas partes deberán firmar los contratos incluidos en la oferta, actualizados de conformidad a un nuevo certificado de liquidación o la actualización de deudas correspondiente. En dicho caso, los contratos de apertura de línea de crédito o de productos que tengan líneas de crédito asocia-

[19] El artículo 25 del Reglamento detalla el certificado de actualización de deudas.

das deberán estar disponibles para firma, a más tardar al día siguiente hábil bancario desde la entrega actualizada de la información de deuda del cliente por parte del proveedor inicial.

Por su parte, los productos recién referidos deberán estar totalmente operativos y disponibles para el uso del cliente, a más tardar al día siguiente hábil bancario de la firma de los contratos, cuando proceda.

El artículo 10° concluye señalando que el cliente no podrá ejercer el derecho a retracto del artículo 3° bis de la Ley n.° 19496[20] respecto de los contratos celebrados en un proceso de portabilidad.

La diferencia entre el arrepentimiento de la aceptación de la oferta, que regula el artículo 9°, y el retracto recién referido del artículo 10° es que el primero el cliente solo puede ejercerlo respecto de contratos especificados en la oferta que no hayan sido celebrados, mientras que el derecho a retracto no puede ejercerse respecto de los contratos ya celebrados en un proceso de portabilidad.

5. Mandato de término

5.1. Vigencia

El mandato de término tendrá una vigencia de tres meses desde su otorgamiento, la cual podrá ser prorrogada por acuerdo expreso y escrito de las partes, ya sea de forma física o digital. Para acreditar dicha prórroga al proveedor inicial, bastará con que el nuevo proveedor envíe una copia del acuerdo de prórroga al proveedor inicial, a través del medio de comunicación indicado en el certificado de liquidación (artículo 20 del Reglamento).

El arrepentimiento de la aceptación de la oferta revocará el mandato de término, solo respecto de los contratos de productos o servicios que no hubieren sido celebrados y de los productos o servicios vigentes que habrían sido pagados con los fondos a ser provistos por los productos o servicios que no serán contratados. La revocación del mandato de término respecto de uno o más contratos no afectará al mandato de término respecto de aquellos contratos que ya hubieren sido celebrados, ni su respectiva rendición de cuentas (artículo 20, inciso 2°, del Reglamento).

5.2. Plazos de cumplimiento

Una vez que el cliente y el nuevo proveedor hubieren contratado todos los productos o servicios financieros incluidos en la oferta de portabilidad, este

[20] Dicha norma dispone: "El consumidor podrá poner término unilateralmente al contrato en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio y antes de la prestación del mismo, en los siguientes casos…".

último deberá cumplir el mandato de término incluido en ella dentro del plazo que indique el Reglamento, el cual en ningún caso podrá ser superior a seis días hábiles bancarios. En caso de que se contrate un producto o servicio financiero que, conforme a la oferta de portabilidad, provea los fondos necesarios para pagar una deuda, el plazo para el cumplimiento del mandato de término respecto de dicho producto se contará desde la contratación del producto o servicio financiero que provee los fondos correspondientes (artículo 11 inciso 1°).

Asimismo, en caso de que la oferta de portabilidad incluya la contratación de una cuenta corriente o cuenta vista y el cierre de una cuenta del mismo tipo, el nuevo proveedor deberá cumplir el mandato de término respecto de dicha cuenta dentro del plazo indicado en el Reglamento, el cual en ningún caso podrá ser superior a cinco días hábiles bancarios contados desde la firma del nuevo contrato. Este plazo no será aplicable para el cumplimiento del mandato de término respecto de las cuentas que hayan sido bloqueadas de conformidad al artículo 10 (artículo 11 inciso 2°). Respecto de esto último el Reglamento dice que en caso de que las cuentas o líneas de crédito asociadas a ellas hubieren sido bloqueadas de conformidad a lo establecido en el artículo 10 de la ley, el plazo para cumplir el mandato de término será de seis días hábiles bancarios contado desde la celebración del nuevo contrato (artículo 21, inciso 3° del Reglamento).

Cuando el proceso de portabilidad incluya el pago de uno o más créditos hipotecarios otorgados mediante la emisión de letras de crédito, el plazo del mandato de término señalado en el inciso 1° del artículo 11 se entenderá suspendido durante los periodos en que deban efectuarse los sorteos a que se refiere el artículo 101 del decreto con fuerza de ley n.° 3 de 1997, del Ministerio de Hacienda, Ley General de Bancos (artículo 24).

5.3. Cumplimiento del mandato. Requisitos

El mandato de término se entenderá cumplido por el nuevo proveedor cuando este, en nombre y representación del cliente:

a) pague los productos y servicios financieros especificados en la oferta de portabilidad y
b) requiera al proveedor inicial el cierre o término de los productos o servicios financieros especificados en la oferta de portabilidad[21] (artículo 11 inciso 3°).

[21] El Reglamento detalla el cierre o término de productos (artículo 26) y su notificación de cierre (artículo 32).

Si los productos o servicios especificados en el mandato de término contaren con saldos a favor del cliente[22], el proveedor inicial deberá entregarle dichos saldos dentro del plazo que señale el Reglamento, el cual en ningún caso podrá ser superior a tres días hábiles bancarios contados desde el cierre efectivo del respectivo producto o servicio financiero (artículo 11 inciso 4°).

En similares términos el artículo 22 del Reglamento señala que se entenderá cumplida la obligación de rendir cuenta del mandato de término cuando el nuevo proveedor acredite, mediante un certificado enviado al cliente, que dio cumplimiento a las letras a) y b), antes referidas. El certificado deberá acompañar copia de la comunicación enviada por el nuevo proveedor al inicial solicitando el cierre o término de los correspondientes productos, especificando la fecha de envío de la comunicación. Asimismo, en caso de que el proveedor inicial hubiere remitido los respectivos comprobantes de pago de conformidad al artículo 43 del Reglamento, el nuevo deberá enviar copia de ellos al cliente.

5.4. Responsabilidad del nuevo proveedor

El cumplimiento del mandato de término por parte del nuevo proveedor no lo hará responsable del pago de cheques girados y pendientes de cobro, de otros cargos pendientes de cobro o del pago de productos o servicios que sean pagados mediante mandatos de pagos automáticos de tarjetas o pagos automáticos de cuentas asociados a productos o servicios financieros que se requieren terminar (artículo 11 inciso 5°)[23].

5.5. Responsabilidad del proveedor inicial

Una vez cumplido el respectivo mandato de término por el nuevo proveedor, el inicial será exclusivamente responsable del término o cierre efectivo de los productos o servicios, de conformidad con las normativas aplicables para cada producto o servicio financiero.

Una vez terminado o cerrado el respectivo producto o servicio financiero, el proveedor inicial deberá comunicar al cliente dicha situación, dentro del plazo que señale el reglamento, el cual en ningún caso podrá ser superior a cinco días hábiles bancarios desde el referido cierre.

El proveedor inicial solo podrá aceptar el pago de un nuevo proveedor, el primero que pague, por cada producto o servicio financiero. En caso de que reciba pagos de otros por los mismos productos o servicios financie-

[22] Los artículos 27 y 28 del Reglamento regulan los saldos a favor del cliente en productos o servicios financieros y en razón del pago y disminución de deuda vigente.

[23] El Reglamento detalla los pagos automáticos y cheques girados pendientes de cobro (artículo 29) y los cargos pendientes de tarjetas de crédito (artículo 30).

ros, deberá devolverlos en un plazo máximo de tres días hábiles bancarios desde que reciba dichos pagos (artículo 12).

IV. Portabilidad financiera con subrogación

1. Concepto

Subrogación especial de crédito o subrogación especial, dice el artículo 3° n.° 13, es la subrogación por la cual un crédito inicial es subrogado por uno nuevo, pasando este último a sustituir jurídicamente al primero.

Nos parece que jurídicamente no corresponde hablar de subrogación, pues esta puede ser real (en que una cosa se subroga a otra) o personal (en que una persona se subroga a otra). Ninguna de las dos posibilidades se da aquí, ya que, como la misma ley dice (artículo 4° inciso 1°), se contrata "un nuevo crédito" y se paga, y por tanto, extingue el anterior. No se trata del mismo crédito. El artículo 1608 del *Código Civil* dice: "La subrogación es la *transmisión* de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga"[24]. En lo que nos ocupa, si bien habrá un cambio de proveedor, el inicial nada le transfiere al nuevo proveedor, pues, como dijimos, el primitivo crédito se extingue[25]. De ahí que la ley recurra a la particular expresión "subrogación especial" (artículos 3° n.° 13 y 4° letra b).

[24] Sobre el pago con subrogación véase Kuncar (2019), pp. 499-514; Pinochet (2011), pp. 437-443.

[25] En igual sentido Juan Luis Goldenberg cuando señala: "la Ley de portabilidad financiera no parece configurar una subrogación personal, sino una enigmática subrogación real, como incluso se le calificaba desde el Mensaje del proyecto hasta la indicación presentada por el Ejecutivo ante la Comisión de Economía del Senado. Así, a pesar de que dicha enmienda tuvo por fin 'evitar cualquier tipo de confusión entre esta definición y el concepto jurídico tradicional de subrogación real', como se señaló en tal oportunidad, el problema no se producía por su nombre, sino por su definición. De tal modo, y como expresa claramente el artículo 3° de la ley, el nuevo crédito pasa a ocupar la posición jurídica de uno anterior, que, producto del pago, queda extinguido. Así, a diferencia de los supuestos de la subrogación codificada, en que el crédito se 'transmite' al tercero (artículo 1608 CC), aquí el crédito primitivo se extingue definitivamente producto del pago, pero el lugar que éste ha dejado vacío se llena con el nuevo crédito. El primer problema es que los supuestos generales en que se entiende que ha tenido lugar una ´subrogación real` en nuestro ordenamiento, se trata de un bien que pasa a ocupar la posición de otro, pero siempre en el mismo patrimonio. Piénsese, por ejemplo, en la subrogación real a la que se alude en la órbita de la sociedad conyugal (artículos 1727 y 1733 CC) o en la hipoteca, cuando el bien inmueble se ha destruido y termina recayendo sobre las indemnizaciones debidas por el asegurador (artículo 2422 CC). En este caso, y de ahí la calificación de enigmática antes efectuada, la subrogación real puede tener lugar entre bienes (créditos) que forman parte de patrimonios diversos, esto es, aquel del proveedor inicial y el nuevo proveedor. Y, en ello, y muy lamentablemente, nos parece que no hay mayor lógica". Goldenberg (2020).

2. Requisitos

La subrogación especial de crédito procederá por el solo ministerio de la ley y aun contra la voluntad del proveedor inicial, cuando concurran las siguientes condiciones en forma copulativa, indicadas en el artículo 14:

a) Que un nuevo proveedor celebre un contrato de crédito con el cliente[26] en virtud de una oferta de portabilidad, de conformidad con el artículo 16.
b) Que ese contrato de crédito señale expresamente que tiene por objetivo el pago y la subrogación de un crédito inicial, especificando el crédito.
c) Que el nuevo proveedor pague[27], en nombre y representación del cliente, el costo total de prepago[28] del crédito inicial con los fondos de aquel referido en la letra a).

3. Créditos respecto de los cuales procede la subrogación

La subrogación especial de crédito procederá solo respecto de los créditos que se extingan por el solo pago de los mismos[29] (artículo 14 inciso 2°).

La subrogación especial de crédito podrá tener lugar tanto entre créditos otorgados por distintos proveedores como entre aquellos otorgados por el mismo proveedor (artículo 14 inciso 3°).

4. Subsistencia de las garantías reales

En caso de subrogación especial de un crédito inicial caucionado por una o más garantías reales, estas subsistirán, garantizando de pleno derecho al nuevo

[26] En caso de que dos o más clientes sean deudores de un mismo crédito con un proveedor inicial, la subrogación especial procederá en la medida que concurran conjuntamente, o mediante un mandato con representación, a la totalidad del proceso de portabilidad (artículo 41 del Reglamento).

[27] El Reglamento detalla la notificación de pago al proveedor inicial (artículo 42) y los comprobantes de pago (artículo 43).

[28] Costo total de prepago es el monto total a pagar para extinguir totalmente la respectiva obligación en forma anticipada, incluida la correspondiente comisión de prepago en su caso (artículo 3° n.° 3).

[29] En esta parte el lenguaje de la ley es absolutamente impropio, pues el pago extingue todo crédito. A lo que quiere referirse la ley es a los llamados créditos rotativos (tarjetas de crédito, líneas de crédito, etc.) que, en general, es uno del cual se puede disponer cada vez que se necesite y a medida que se realicen pagos, se libera cupo que se puede volver a usar sin necesidad de nuevas solicitudes de crédito.

crédito, en la totalidad de sus términos y en beneficio del nuevo proveedor. En virtud de lo anterior, entenderemmos que la garantía real se ha modificado para garantizar el nuevo crédito, de pleno derecho, desde el momento del pago referido en la letra c) del artículo 14 (artículo 14 inciso 2°)[30].

De esta manera no existirá carta de resguardo[31] porque no existe un alza de garantía. La garantía original permanecerá en los mismos términos, cambiando solo la institución beneficiaria de esas garantías.

5. Extinción de las garantías personales

Respecto de las garantías personales el Reglamento dice que los efectos antes mencionados solo serán aplicables para garantías reales, por lo que de existir garantías personales estas no garantizarán la nueva obligación y se extinguirán en caso de que se extingan las obligaciones que caucionen, de conformidad a las reglas generales (artículo 35 inciso 3°, parte final).

6. Seguros

La ley de portabilidad financiera no resolvió lo que ocurrirá con los seguros asociados a la mayoría de los créditos, en circunstancias que la prima puede formar parte del dividendo o cuota. ¿Podrán, entonces, portarse los seguros? Marcelo Nasser dice que la respuesta es clara: la nueva ley se limita a los créditos y los seguros no son negocios portables. En el caso de los créditos hipotecarios, por ejemplo, el saldo de un seguro obligatorio se verá reflejado en el certificado de liquidación que requiere la ley para solicitar la portabilidad. En la práctica, esto implica que el seguro asociado al crédito original deberá cesar y ser reemplazado por uno incluido en la oferta de portabilidad de otra entidad financiera. Lo anterior, agrega el mismo autor, causa más problemas que beneficios, pues el nuevo asegurador tiene pleno derecho a hacer un análisis del bien asegurado o de las condiciones de salud o empleo de la persona cuya vida o propiedad se pretende asegurar. En el caso de los seguros de personas, se pedirá, al menos, una declaración personal de salud, si es que no se recurre al derecho a solicitar exámenes médicos, los que son garantizados al asegurador por ley. Este mecanismo, concluye, podría entorpecer el proceso de portabilidad financiera, pues nada garantiza que exista un asegurador dispuesto a soportar el riesgo nuevo, mas si se tiene en cuenta que las circunstancias de salud o de calidad del bien asegurado probablemente han cambiado con los años[32].

[30] Véase sobre la subsistencia de garantías reales Alessandri (1924), pp. 5-27.
[31] Véase Ugarte (2018), pp. 433-442.
[32] Nasser (2020), p. 14.

El Reglamento suplió el silencio de la ley y dispuso que en caso de operaciones hipotecarias, incluyendo créditos que tengan por finalidad subrogar un crédito hipotecario vigente, que consideren seguros contratados por cuenta y cargo de los clientes, conforme a lo previsto en el artículo 40 del decreto con fuerza de ley n.º 251 de 1931, el proveedor requerirá al cliente los antecedentes que solicite el asegurador para evaluar los riesgos propuestos, lo que puede considerar la realización de exámenes y evaluación médica, todo ello conforme a las condiciones de asegurabilidad que establezcan las pólizas respectivas o, en su caso, informará la imposibilidad de otorgar cobertura bajo las pólizas que tenga contratadas (artículo 7° inciso 2° del Reglamento).

El mismo Reglamento señala que la oferta de portabilidad deberá contener, entre otras cosas, la información sobre seguros asociados (artículo 14) que corresponde a la descripción de los seguros, obligatorios y voluntarios, asociados a productos y/o servicios vigentes o considerados en la cotización de los productos y/o servicios ofertados (artículo 15 n.° 14). Y su artículo 48 agrega:

> "Los seguros asociados a créditos vigentes sujetos a portabilidad financiera bajo cualquier modalidad, tales como seguros de desgravamen, incendio o sismo asociados a créditos hipotecarios vigentes, se terminarán junto con el pago de la respectiva deuda o el cierre del producto o servicio financiero, según corresponda y bajo las reglas generales aplicables. Los seguros de título no se considerarán como seguros asociados a créditos para estos efectos. La contratación de nuevos productos o servicios financieros con el nuevo proveedor en un proceso de portabilidad financiera, ya sea con o sin subrogación, implicará, cuando corresponda, la contratación de nuevos seguros de parte del cliente, de acuerdo a las normas generales que sean aplicables".

7. Forma de realizar el pago

El pago referido en la letra c) del artículo 14 deberá efectuarse dentro del plazo que señale el Reglamento, el cual en ningún caso podrá ser superior a seis días hábiles bancarios desde la celebración del nuevo contrato de crédito y durante la vigencia del certificado de liquidación o actualización de deudas.

Si el nuevo proveedor no realiza el pago dentro del plazo y en la forma señalados será exclusivamente responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le cause al cliente. Este incumplimiento en ningún caso afectará la subrogación especial de crédito (artículo 15).

8. Solemnidades del contrato del nuevo crédito

El contrato del nuevo crédito deberá ser celebrado por escrito. En caso de que el crédito inicial esté caucionado por una o más garantías reales sujetas a sistema registral, el nuevo crédito deberá también cumplir con las solemnidades legales que se requieran para el otorgamiento de dicha clase de cauciones y que sean necesarias para dejar constancia de la respectiva subrogación especial de crédito.

Además, se deberá insertar en el contrato del nuevo crédito el certificado de liquidación o actualización de deudas vigente en el momento de su celebración (artículo 16).

9. Reglas especiales para garantías con cláusula de garantía general

En caso de que un nuevo crédito subrogue al crédito inicial y este último esté caucionado por una garantía real con cláusula de garantía general[33], esta beneficiará exclusivamente al nuevo proveedor, caucionando así la totalidad de las obligaciones que el cliente contraiga con este, desde el momento en que todas las obligaciones incluidas en el certificado de liquidación hayan sido debidamente extinguidas, o pagadas por el nuevo proveedor. En dicho caso, el certificado de liquidación deberá incluir todos los montos que deban ser pagados para poner término a todas las obligaciones, directas o indirectas, que tenga el cliente con el proveedor inicial, incluyendo aquellas que no deriven de productos o servicios financieros, de conformidad a lo señalado en el inciso 4° del artículo 17 D de la Ley n.° 19496 (artículos 17 de la ley y 36 del Reglamento).

La existencia de obligaciones adicionales no incluidas en el certificado de liquidación o de productos o servicios financieros que no se terminen o extingan por el solo hecho del respectivo pago no afectarán el beneficio exclusivo del nuevo proveedor señalado anteriormente[34].

---

[33] En relación con estas garantías véase Severin (2018), pp. 325-350. Esto se debe, principalmente, a los dispuesto en el artículo 266, inciso 5°, de la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas que dice: "Respecto de los acreedores cuyos créditos estén garantizados con prenda e hipoteca deberá distinguirse: […] 2) Si el respectivo acreedor asiste y vota en contra del Acuerdo de Renegociación, su crédito no se considerará en el referido pasivo y *podrá ejecutar su garantía únicamente para el pago del crédito caucionado con garantía específica*. Respecto de los demás créditos que tenga el mismo acreedor en contra de la Persona Deudora, en su caso, y que no se encuentren caucionados con garantías específicas, quedarán sujetos a los términos y condiciones establecidos en el referido acuerdo y no podrán ser cobrados en términos distintos a los estipulados".

[34] Por tanto, las obligaciones adicionales no incluidas en el certificado de liquidación o actualización de deudas otorgado por el proveedor inicial y, en consecuencia, no pagadas por

Lo dicho no será aplicable a la subrogación especial de crédito que tenga lugar entre dos créditos otorgados por el mismo proveedor, quien mantendrá su derecho sobre la respectiva garantía (artículo 17).

10. Reglas especiales para garantías sin cláusula de garantía general

En caso de que el crédito inicial esté caucionado por una garantía sin cláusula de garantía general y los términos del nuevo crédito impliquen condiciones más gravosas para el cliente, tales como aumentos de las tasas de interés, modificaciones de plazos o aumento en el monto del crédito, dichos términos serán inoponibles a terceros acreedores hipotecarios o prendarios de grado posterior existentes con anterioridad al proceso de portabilidad, o a terceros que hubieren otorgado la respectiva garantía, a menos que hubieren dado su consentimiento, en forma previa o al momento de la celebración del nuevo contrato de crédito, con las solemnidades a que se refiere el inciso 1° del artículo 16 (artículos. 18 de la ley y 37 del Reglamento).

El mencionado consentimiento deberá otorgarse por escrito y, en caso de que la respectiva garantía esté sujeta a un sistema registral, deberá también cumplirse con las solemnidades legales establecidas para el otorgamiento de dicha clase de garantía, dejándose constancia de la subrogación especial de crédito, en el sistema registral de que se trate (artículo 37 del Reglamento).

11. Obligaciones caucionadas con garantías con cláusula de garantía general y sin cláusula de garantía general

Si en una portabilidad financiera con subrogación el proveedor inicial tuviere una obligación en su favor, caucionada tanto por una garantía sin cláusula de garantía general como por una garantía con cláusula de garantía general, el nuevo proveedor solo podrá beneficiarse de ambas garantías si, cumpliendo los requisitos para la subrogación especial de créditos, incluye y paga, dentro del proceso de portabilidad con subrogación, la totalidad de las obligaciones directas e indirectas que tenga el cliente con el proveedor inicial especificadas en el respectivo certificado de liquidación o actualización de deudas, de conformidad a las normas del artículo 36 del Reglamento.

En cambio, si el nuevo proveedor solo paga la obligación caucionada con la garantía sin cláusula de garantía general, sin pagar las demás obligaciones existentes que tenga el cliente con el proveedor inicial, el nuevo crédito

el nuevo proveedor, dejarán de estar caucionadas por la garantía que pasó a beneficiar exclusivamente al nuevo proveedor (artículo 36, inciso final, del Reglamento).

otorgado por el nuevo proveedor se subrogará solo respecto de la obligación pagada. En consecuencia, el nuevo proveedor solo se beneficiará de la garantía sin cláusula de garantía general, caucionándose el nuevo crédito con dicha garantía, y manteniéndose la garantía con cláusula de garantía general en beneficio del proveedor inicial (artículo 38 del Reglamento).

12. Garantías bajo sistema registral

La constancia de una subrogación especial de crédito con garantías reales sujetas a registro deberá ser solicitada por el nuevo proveedor ante la entidad responsable del registro, a más tardar dentro de treinta días hábiles bancarios desde la respectiva subrogación especial de crédito. El incumplimiento de tal plazo será sancionado de conformidad al artículo 27, sin afectar la validez de solicitudes realizadas fuera de dicho plazo. Para lo anterior, deberá inscribirse en el respectivo registro[35] en la misma forma en que corresponda efectuar una modificación a dicha garantía con las especificaciones correspondientes. Dicha inscripción deberá realizarse dentro de diez días hábiles desde la respectiva solicitud de inscripción y deberá, además, dejar constancia del consentimiento de terceros referidos en el artículo 18, cuando corresponda (artículo 19).

El Reglamento, complementando lo anterior, señala que en el caso de que el crédito que se subrogue haya estado garantizado por una hipoteca o una prenda sin desplazamiento, el nuevo proveedor deberá solicitar al Conservador de Bienes Raíces competente o al encargado del Registro de Prendas sin desplazamiento, respectivamente, la constancia de la subrogación especial de créditos, a más tardar dentro de treinta días hábiles bancarios desde dicha subrogación. La constancia se hará mediante una inscripción modificatoria, que solo constituye una formalidad de publicidad, debiendo, además, efectuarse, cuando corresponda, una anotación o nota marginal tanto en la inscripción de la garantía que caucionaba la o las obligaciones objeto de la subrogación como en la inscripción de la prohibición de gravar y enajenar pactadas a favor del proveedor inicial, para los efectos legales que correspondan. La inscripción modificatoria no afectará la fecha de inscripción original de la garantía.

El incumplimiento de plazo indicado no afectará la validez de la portabilidad financiera ni la subrogación del contrato y sus efectos sobre las garantías, ni será motivo para que el Conservador de Bienes Raíces competente o encargado del Registro de Prendas rechace la inscripción o anotación de solicitudes realizadas en forma extemporánea. Ante esta solicitud corresponderá a los encargados de los registros públicos de garantías, ya sea el

[35] Por ejemplo, el Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces o el Registro de Prendas sin Desplazamiento del Servicio de Registro Civil e Identificación.

Conservador de Bienes Raíces competente o el responsable de los Registros de Prenda, efectuar la inscripción modificatoria y, cuando corresponda, las notas al margen de las inscripciones mencionadas que dejen constancia en el respectivo registro del cambio de acreedor y de las especificaciones correspondientes. Dichas gestiones deberán efectuarse, a más tardar, dentro de diez días hábiles contados desde la respectiva solicitud del nuevo proveedor, pero si se efectuare en forma extemporánea no afectará bajo ninguna circunstancia el proceso de portabilidad y subrogación de la garantía (artículo 39 del Reglamento).

Para practicar la inscripción modificatoria y las mencionadas notas o anotaciones marginales, solo será exigible la presentación del contrato del nuevo crédito y el respectivo comprobante de pago para inscripción emitido de conformidad con las condiciones, plazos y formalidades señaladas en el artículo 43 del Reglamento. Lo anterior será sin perjuicio de la solicitud de documentos que la entidad responsable estime necesarios para acreditar la representación, capacidad o identidad de la persona que solicite tomar nota de la constancia (artículos 19 de la ley y 39, inciso 3° del Reglamento).

La constancia de la subrogación especial de crédito en el respectivo registro se entenderá solo para efectos de publicidad y oponibilidad a terceros (artículo 19)[36]. En otras palabras, no es requisito para el perfeccionamiento de la subrogación su inscripción en el respectivo registro. El Reglamento reitera esto diciendo que la inscripción y las anotaciones marginales mencionadas se entenderán necesarias solo para efectos de publicidad y oponibilidad a terceros y de ninguna manera podrá considerarse como requisito de solemnidad para la validez de la portabilidad financiera y la subrogación del contrato y sus garantías, la que se ha producido con anterioridad por el solo hecho del pago al proveedor inicial (artículo 39, inciso final del Reglamento).

13. Cargos o derechos de notarios y conservadores

Los notarios no podrán cobrar recargo sobre el monto del contrato del nuevo crédito, a menos que el capital del mismo sea superior al capital del crédito inicial. En dicho caso, el recargo procederá solo sobre el monto del nuevo contrato de crédito que exceda al monto del inicial.

Asimismo, los conservadores de bienes raíces no podrán cobrar recargo sobre el monto del nuevo contrato de crédito por practicar la inscripción referida en el artículo 19 de la ley y en el artículo 39 del Reglamento, a

[36] Véase Romero (2011), pp. 251-264; Vidal y Brantt (2015), pp. 617-643.

menos que el capital del referido crédito sea superior al capital del crédito inicial. En dicho caso, el recargo procederá solo sobre el monto del nuevo contrato de crédito que exceda al monto del inicial (artículos 20 de la ley y 46 del Reglamento).

14. Devengo de intereses del nuevo crédito

El nuevo crédito que se otorgue en virtud de la ley no devengará intereses por el plazo transcurrido entre la celebración del respectivo contrato y el pago del crédito inicial por el nuevo proveedor, en nombre y representación del cliente (artículo 21).

V. Carácter irrenunciable de los derechos conferidos por la ley y de protección de los derechos de los consumidores

Así lo deja de manifiesto el artículo 2° al disponer: "La portabilidad constituye un derecho para el cliente, y cualquier cláusula en contrario se entenderá por no escrita".

Por su parte, el artículo 28 señala:

> "Esta ley se considerará como una norma de protección de los derechos del consumidor para efectos de lo dispuesto en el artículo 58 de la ley Nº 19.496[37], la que se aplicará supletoriamente a esta ley".

VI. Tratamiento de datos personales

Según el artículo 25 el tratamiento de datos personales que se realice en virtud de la ley deberá cumplir con las disposiciones de la Ley n.° 19628, sobre protección de la vida privada.

Los proveedores, agrega la misma norma, deberán implementar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la reserva en el tratamiento de datos, con especial resguardo respecto de los fines para los cuales fue auto-

[37] Dicha norma dispone: "El Servicio Nacional del Consumidor deberá velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor. Corresponderán especialmente al Servicio Nacional del Consumidor las siguientes funciones…".

rizado por su titular. Se entenderá que la presentación de una solicitud implica el consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos personales, con la exclusiva finalidad de llevar a cabo un proceso de portabilidad.

Los datos recabados para un proceso de portabilidad que no prospere deberán ser eliminados del sistema del oferente, y no podrán ser utilizados para otros fines (artículo 25 inciso final)[38].

VII. Sanciones penales y régimen contravencional

1. Sanciones penales

El que, con perjuicio de tercero, cometiere alguna de las falsedades señaladas en el artículo 193 del C*ódigo Penal*, en cualquier documento que deba emitirse, entregarse o suscribirse en virtud de las disposiciones de la ley, será sancionado con las penas previstas en el inciso 2° del artículo 197 del mismo C*ódigo*.

El que maliciosamente hiciere uso de los instrumentos falsos referidos será castigado como si fuere autor de la falsedad (artículo 26).

2. Régimen contravencional

Las infracciones de lo dispuesto en la ley o al reglamento, en que incurran tanto proveedores iniciales como nuevos proveedores, podrán ser sancionadas

[38] Sobre esto Marco Correa hace ver que: "Lamentablemente, el legislador no abordó en este punto qué ocurre con los datos personales cuando el proceso de portabilidad es exitoso. Entonces, ¿tiene el proveedor inicial justificación legal para mantener los datos personales del cliente en su sistema tras la terminación de la relación? Alguna luz nos podría dar el artículo 6 de la Ley de Datos Personales, que establece el derecho de cancelación, según el cual los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado. Sin embargo, para hacerlo inequívoco, hubiese sido interesante que, así como el artículo 25 de la Ley de Portabilidad establece el otorgamiento implícito de consentimiento del titular de los datos para el tratamiento de los mismos; también se hubiese regulado que la finalización exitosa del proceso de portabilidad significara también, el fin del consentimiento para tratar los datos personales respecto del proveedor inicial. Por último, se podría haber otorgado alguna excepción para que el proveedor pueda conservar dichos datos, especialmente para efectos de cumplir con requerimientos regulatorios, particularmente aquellos emanados de entidades como la CMF. Lo anterior, no solo sería beneficioso para los clientes, con el objeto de reforzar la protección de sus datos personales, sino que también para los proveedores, porque podría evitar una futura judicialización de esta materia ante las Cortes de nuestro país. Lo anterior, considerando que la exigencia del derecho de cancelación de los datos personales y la acción que la cautela ('*habeas corpus*') son procedimientos casi inutilizados y han sido reemplazados por la acción de protección, de fácil tramitación para sus titulares". Correa (2020).

conforme a lo establecido en los artículos 17 K y 24 A y en el título IV de la Ley n.° 19496, y las demás normas que correspondan.

Lo dispuesto en los artículos 26 y 27 es sin perjuicio de las demás sanciones civiles, penales o administrativas que correspondan (artículo 27).

Bibliografía

Alcalde Silva, Jaime (2020). "La portabilidad financiera resolvió una duda". Disponible en www.latercera.com/opinion/noticia/la-portabilidad-financiera-resolvio-una-duda/C5AVIYK6WJCZ5AMKVNKMXRNQHM/ [fecha de consulta: 28 de septiembre de 2020].

Alessandri Rodríguez, Arturo (1924). "Del traspaso del derecho de hipoteca en el pago con subrogación". *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXI. Santiago.

Correa **Pérez**, Marco (2020). "Los desafíos de la portabilidad financiera a la protección de datos personales". Disponible en https://estadodiario.com/al-aire/los-desafios-de-la-portabilidad-financiera-a-la-proteccion-de-datos-personales/ [fecha de consulta: 5 de agosto de 2020].

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2020). "La subrogación especial en el ámbito de la Ley de Portabilidad Financiera". Disponible en https://estadodiario.com/columnas/la-subrogacion-especial-en-el-ambito-de-la-ley-de-portabilidad-financiera/ [fecha de consulta: 5 de agosto de 2020].

Kuncar Oneto, Andrés (2019). "Algunas cuestiones teórico-prácticas del pago con subrogación y sus efectos", en Maricruz Gómez de la Torre Vargas, Gabriel Hernández Paulsen, Fabiola Lathrop Gómez y Mauricio Tapia Rodríguez (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIV*. Santiago: Thomson Reuters.

Nasser Olea, Marcelo (2020). "Portabilidad financiera sin seguros". *Diario Financiero*, Santiago, 10 de julio.

Pinochet Olave, Ruperto (2011). "El pago con subrogación y sus efectos en la planificación tributaria", en Carlos Pizarro Wilson (coord.). *Estudios de Derecho Civil VI*. Santiago: LegalPublishing.

Reyes Cid, Cristián (2020). "Ley de Portabilidad Financiera: ¿Y las Fintechs?". Disponible en https://estadodiario.com/columnas/ley-de-portabilidad-financiera-y-las-fintechs/ [fecha de consulta: 5 de agosto de 2020].

Romero Seguel, Alejandro (2011). "La acción para la declaración de inoponibilidad de un acto o contrato", en Álex Zúñiga Tejos (ed.). *Estudios de derecho privado. Libro Homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Severin Fuster, Gonzalo (2018). "¿Por qué los bancos están dejando de introducir la 'cláusula de garantía general hipotecaria'?", en Claudia Bahamondes Oyarzún,

Leonor Etcheberry Court y Carlos Pizarro Wilson (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIII*. Santiago: Thomson Reuters.

Ugarte Godoy, José Joaquín (2018). "El derecho civil y las cartas de resguardo que emiten los bancos cuando refinancian un crédito hipotecario, para que el primer banco alce su hipoteca y se constituya otra a favor del banco refinanciador", en Claudia Bahamondes Oyarzún, Leonor Etcheberry Court y Carlos Pizarro Wilson (eds.). *Estudios de Derecho Civil XIII*. Santiago: Thomson Reuters.

Vidal Olivares, Álvaro y María Graciela Brantt Zumarán (2015). "La olvidada inoponibilidad. Una eficaz medida para la protección de intereses de terceros y la seguridad de tráfico", en Manuel Barría *et al*. (eds.), *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Ramón Domínguez* Águila. Santiago: Thomson Reuters.

DIP FINANCING EN EL *CÓDIGO DE QUIEBRAS* DE ESTADOS UNIDOS: REGULACIÓN Y EXPERIENCIA

DIP FINANCING IN THE UNITED STATES BANKRUPTCY CODE: REGULATION AND EXPERIENCE

Gonzalo R. Gutiérrez[*]

RESUMEN: La siguiente es una breve presentación de los principales elementos de la sección 364 del *Código de Quiebras* de Estados Unidos, la que establece el llamado *Debtor-in-Posession* (DIP) *Financing*. Esta es una herramienta fundamental en el proceso de reorganización de las empresas que se acogen bajo la protección del Capítulo 11 del *Código*. La revisión del texto legal es acompañada con una selección de casos que permiten acercarse a cuál ha sido la posición de los tribunales en la aplicación de este mecanismo de financiamiento.

PALABRAS CLAVE: DIP, reorganización, *Código de Quiebras*.

ABSTRACT: The following is a brief presentation of the main elements of Section 364 of the United States Bankruptcy Code, which establishes the so-called "Debtor-in-Posession (DIP) Financing". This is a fundamental tool in the reorganization process of companies under the protection of Chapter 11 of the Code. The review of the legal text is accompanied by a selection of cases that allow us to approach what has been the position of the courts in the application of this financing mechanism.

KEYWORDS: DIP, reorganization, Bankruptcy Code.

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Master in Law (L.L.M), University of Michigan Law School, Ann Arbor, 2006. Correo electrónico: ggutierrez@siabogados.cl

Introducción

La historia de la reorganización de empresas en situación de insolvencia en Estados Unidos está íntimamente unida a la existencia de mecanismo de financiamiento de emergencia de dichas empresas. A fines del siglo XIX en ese país, frente a múltiples casos de grandes empresas de ferrocarriles insolventes y ante la falta de una figura legal que permitiera la continuidad del deudor como *going concern*, los tribunales comienzan a sancionar una serie de acuerdos entre los deudores y sus mayores acreedores relativos a la reestructuración de los negocios y la repactación de la deuda financiera. Al mismo tiempo se autoriza la emisión de instrumentos financieros dirigidos a inyectar liquidez a deudores y, de esta manera, darles la oportunidad de reorganizarse. Los *equity receiverships* creados en esa época[1] son el antecedente directo del llamado *Debtor-in-Posession* (*DIP*) *Financing* o, más estrictamente, el llamado "financiamiento pospetición"[2]. El *Código de Quiebras* en 1978 (el *Código*)[3] codificó una serie de prácticas relativas a la reorganización de la empresa en crisis, ahora reguladas orgánicamente en el capítulo 11 del *Código*. Asimismo, recoge en la sección 364[4] el mecanismo de financiamiento pospetición del deudor bajo protección concursal.

Desde hace bastante años, distintos países han manifestado su interés por incorporar en sus legislaciones concursales mecanismos de reorganización que sirvan de remedio preferente frente (o alternativa a) la situación de insolvencia de una empresa deudora[5]. En este contexto, es comprensible

[1] Ese emocionante capítulo de la historia de la quiebra en Estados Unidos está relatado de manera excelente en el libro de David A. Skeel, Jr., *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*. Una versión más resumida, y con un enfoque en la institución del *DIP financing*, de los hechos descritos en el libro se encuentra en el artículo del mismo autor, "The Past, Present and Future of Debtor-In-Possession Financing".

[2] Una aclaración terminológica se justifica en este momento: El *Debtor-in-Posession* (o *DIP*) es el *alter ego* de la empresa deudora. Esta mantiene la posesión y control de sus activos durante la vigencia del Capítulo 11 (hasta la confirmación del plan), sin la necesidad de que el tribunal nombre a un *trustee* para tal efecto. De hecho, el DIP está llamado a administrar la empresa (que es reemplazada por un nuevo ente: el *bankruptcy estate*) con funciones y responsabilidades similares a las de un *trustee*, con deberes fiduciarios hacia los acreedores del DIP. En el caso de la norma que regula el *DIP financing*, sección 364 del *Código*, las referencias del texto al *trustee* se entienden aplicables al DIP. En este trabajo, usaremos alternativamente los términos 'deudor' y 'DIP' con el mismo sentido. Lo mismo sucederá con los términos 'financiamiento pospetición' y '*DIP financing*'.

[3] 11 U.S. C*ode* Title 11 - Bankruptcy.

[4] En adelante, todas las referencias en este trabajo a "secciones" deben entenderse hechas a secciones del C*ódigo*.

[5] En este sentido, es difícil exagerar la importancia que ha tenido la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o UNICTRAL, en inglés),

el interés que despierta entre los observadores internacionales el Capítulo 11, en general, y el mecanismo de financiamiento pospetición, en particular. De hecho, las recientes modificaciones a los regímenes de insolvencia en Singapur y México tuvieron por objetivo, entre otros, establecer reglas que favorezcan el financiamiento de las empresas deudoras[6]. Al mismo tiempo, iniciativas de reforma legal en otros países han sido evaluadas críticamente por el mundo empresarial y los mercados financieros por precisamente no haber "profundizado" las herramientas de financiamiento de las empresas insolventes a través de mecanismos similares al *DIP financing*[7].

---

a través del grupo de trabajo en materias de insolvencia (Working Group V), en la adopción de distintas leyes modelos, guías prácticas y guía legislativas. Precisamente, en la introducción a la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de 2004 se señala: "[ella] se centra en los procedimientos de insolvencia iniciados y sustanciados con arreglo al régimen de la insolvencia, haciendo hincapié en la reorganización de las empresas insolventes". Véase. CNUDMI (2004). Esta guía legislativa, así como otros instrumentos y documentos de trabajo en el área de insolvencia preparados por el Working Group V pueden encontrase en su sitio web.

[6] En 2014, México introdujo modificaciones a la Ley de Concursos Mercantiles, uno de los cuales fue el nuevo artículo 37, el cual contiene normas sobre financiamiento de la empresa en reorganización inspiradas en el mecanismo de *DIP financing* del Capítulo 11. En 2017, Singapur reformó su ley de sociedades anónimas (Companies Act) con el objetivo de agregar normas que facilitaran la reorganización de empresas en situación de insolvencia. La nueva sección 211E(1)(b) incorporó ciertas reglas de financiamiento, también inspiradas en la respectiva sección del Capítulo 11. Posteriormente, el 30 de julio de 2020, el estatuto de reorganización empresarial de la ley de sociedades anónimas y la ley de quiebras vigente hasta ese momento fueron refundidas en la nueva Ley de Insolvencia, Reorganización y Disolución (Insolvency, Restructuring and Dissolution Act). Si bien no conocemos estudios concluyentes acerca del funcionamiento de los nuevos estatutos en México y en Singapur, ya han aparecido algunos comentarios y análisis que pretenden identificar sus fortalezas y debilidades. Véase SOLCARGO (2017); Cervantes Sainz S.C. (2017); Morgan Lewis & Bockius LLP (2019) y Oon & Bazul(2020).

[7] El 26 de junio de 2019 fue publicada oficialmente la Directiva de la Unión Europea sobre El Marco para las Restructuraciones Preventivas (Preventive Restructuring Framework Directive). Se trata del primer intento de regular aspectos sustantivos de los derechos de insolvencia de los países del bloque, más precisamente, de acordar un marco común para las reorganizaciones de empresas en insolvencia. Uno de los temas que algunos comentaristas destacan como ausente en la Directiva es un mecanismo de *DIP financing* como el existente en Estados Unidos bajo el Capítulo 11. Véase Wallace & Pilkington (2019). El caso de la nueva legislación de insolvencia del Reino Unido (Corporate Insolvency and Governance Act) que acaba de entrar en vigencia en junio de 2020 es aún más llamativo. Por años el mecanismo de reorganización contenido en la ley de sociedades anónimas inglesa (los *schemes of arrangement* de la Companies Act de 2006) fue promocionado entre las multinacionales como una alternativa al Capítulo 11. Una de las desventajas de los *schemes* era la falta de regulación de financiamiento para la empresa en problemas. Lo más parecido al *DIP financing* era un mecanismo que se encontraba en la Ley de Insolvencia (Insolvency Act): los company voluntary arrangements. La Corporate Insolvency and Governance Act representa un nuevo estatuto

La crisis económica y financiera mundial causada por el COVID-19 ha hecho resurgir el interés internacional por el mecanismo de *DIP financing* establecido por el Capítulo 11 y, en general, por el "ecosistema" financiero que existe alrededor de dicho mecanismo, sus mercados y sus agentes. En el caso de América Latina, las compañías aéreas fueron las que desde un primer momento mostraron interés en aprovechar la flexibilidad del Capítulo 11 para servir de foro a empresas extranjeras (asumiendo la existencia de ciertos elementos jurisdiccionales "mínimos" de contacto). Gran atención generó en los medios locales la presentación por parte de Latam Airlines Group S.A. (Latam Airlines), y un conjunto de sus filiales, de una solicitud de protección voluntaria bajo el Capítulo 11 en el tribunal de quiebras de New York (Southern District)[8]. Latam Airlines se unió, de esta manera, a otras líneas aerolíneas latinoamericanas que recurrieron a la protección del Capítulo 1[9]1.

I. El otorgamiento de financiamiento pospetición en el *Código*

1. Las peticiones "del primer día" y el financiamiento del DIP

El deterioro de la condición de liquidez de una empresa es ciertamente un factor fundamental en la decisión de iniciar un proceso de reorganización bajo el Capítulo 11[10]. Si bien el *automatic stay* que se produce al momento de

que, en su mayor parte, refunde las normas sobre insolvencia contenidas en la Companies Act y en la Insolvency Act. Muchos comentaristas quedaron decepcionados con la forma en que la nueva ley regula el tema del financiamiento de la empresa deudora, destacando se echa de menos un sistema de preferencias similar a las del *DIP financing* en Estados Unidos. Véase Gallagher (2020); Kirkland & Ellis (2020).

[8] El día 26 de mayo de 2020, Latam Airlines Group S.A. presentó una solicitud voluntaria de amparo bajo el Capítulo 11 en la Corte de Quiebras del Distrito Sur de Nueva York. Junto con esta empresa, otras veintiocho empresas relacionadas hicieron una solicitud similar. Se trata de filiales chilenas, peruanas, colombianas, ecuatorianas y estadounidenses. Los días 7 y 9 de julio, otras nueve filiales (brasileñas) presentaron una solicitud de protección concursal al mismo tribunal.

[9] El 10 de mayo de 2020, Avianca Holding S.A. y filiales habían presentado solicitudes voluntarias de protección bajo el Capítulo 11 en la Corte de Quiebras del Distrito Sur de Nueva York. Posteriormente, el Grupo Aeroméxico, S.A.B. de C.V. hizo lo mismo el 30 de junio de 2020.

[10] Véase, por ejemplo, Declaration of Ramiro Alfonsín Balza in Support of First Day Motions and Application in Compliance with Local Rule 1007-2, In re LATAM Airlines Group S.A., et al., Case No. 20-11254 (JLG), US Bankr. S.D.N.Y, DK. 3, 26 de mayo de 2020 ("For several months, LATAM has been taking the difficult and necessary steps to protect the com-

presentada la petición de protección concursal le da a la empresa (ahora, *DIP*) un cierto "respiro" frente sus acreedores, las necesidad de contar con capital de trabajo para seguir operando y, por cierto, de los recursos necesarios para solventar los costos y gastos de un proceso de Capítulo 11[11], son fundamentales para el éxito de la reorganización. Al mismo tiempo, la deuda financiera de la empresa deudora contraída con anterioridad a la fecha de la petición (la "deuda prepetición"), determina las condiciones bajo las cuales el *DIP* podrá utilizar los activos de la masa (*estate*) durante la duración del Capítulo 11. En efecto, el *blanket lien* que normalmente existe en favor de los acreedores garantizados (*secured creditors*) significa que, incluso, el uso del efectivo disponible del deudor esté sujeto a importantes restricciones. Con un acceso restringido a la caja y con casi nulas posibilidades de acceder a los mercados de capitales para realizar un aumento de capital[12], se entiende, entonces, la premura con que normalmente los deudores recurren al tribunal de quiebras para la aprobación de las llamadas ordenes de financiamiento pospetición y *cash colateral*. En efecto, luego de haber destinado considerable tiempo y recursos en las semanas anteriores a la presentación de la petición a negociar las condiciones para obtener financiamiento, es normal que el mismo día de dicha petición, o en los días inmediatamente subsiguiente el *DIP* haga una presentación al tribunal solicitando la autorización de las órdenes de financiamiento pospeticion *DIP*. Estas forman parte de las llamadas *first day motions*.

2. La sección 364 del Código

La sección sobre la que se funda el sistema de *DIP financing* –sección 364 (*Obtaining Credit*)– es una disposición breve y con una estructura bastante simple. Ella establece las preferencias de que van a gozar los créditos que se

pany, continue operations and meet its commitments to its employees, customers and other stakeholders [...] Unfortunately, despite these meaningful cost-savings and liquidity-preserving measures, Latam's liquidity position has continue to deteriorate, culminating in the filing of theses Chapter 11 Cases", pp. 31-32).

[11] El tema de los costos del Capítulo 11, sus distintos componentes (incluyendo los honorarios de los profesionales que participan en el proceso) y el efecto de ellos en el uso de dicho mecanismo ha sido objeto de debate y constate estudio en los últimos años. Véase American Bankruptcy Institute (2014), pp. 55-67. En el ámbito académico, Stephen Lubben ha dedicado bastante atención al tema. Véanse Lubben (2012), pp. 147-187 y Lubben (2020), pp. 275-295. En el caso de Latam Airlines, véase, por ejemplo, "Los montos cobrador por los equipos legales del caso Latam en EEUU", en *Diario Financiero*, 7 de septiembre de 2020.

[12] Véase nota 36, en la que describimos la anómala estrategia de The Hertz Corporation para obtener financiamiento en su Capítulo 11 a través de la venta de acciones en los mercados de capitales.

extiendan al deudor durante el proceso del Capítulo 11, y lo hace de una manera gradual en un orden "creciente" (de la letra (a) a la letra (d)). Como veremos más adelante, las preferencias son modificaciones introducidas por el C*ódigo* a las normas generales de derecho general de las obligaciones (*non-bankruptcy law*). La "gradualidad creciente" refleja la preferencia del redactor del C*ódigo* en una forma inversamente proporcional a la alteración de las reglas legales generales. Es así como el tribunal autorizará al *DIP* a contraer un crédito y otorgar a los respectivos financistas una cierta preferencia en la medida que ha quedado demostrado que no fue posible obtener un crédito similar en condiciones menos "preferenciales" (que hubieran resultado en ninguna alteración, o una alteración menor, de las reglas legales generales).

En primer lugar, la letra (a) de la sección 364 establece la regla básica: si el *DIP* está autorizado para operar el negocio del deudor (sección 1008), lo lógico es que el *DIP* pueda incurrir en obligaciones y obtener créditos en el curso ordinario del negocio sin necesidad de autorización judicial especial. Dichos créditos contarán con las preferencias propias de un "gasto administrativo" (*administrative expense*), el cual otorga al titular del crédito un crédito preferente (*administrative claim*) propio de las obligaciones pospetición que contrae el *DIP*[13]. En segundo lugar, la sección 364(b) contempla la situación en que el deudor solicita al juez que, en el contexto de una audiencia con las partes interesadas (*after notice and a hearing*)[14] lo autorice a contraer una deuda (distinta a las de la letra (a)) a la que se le atribuya el carácter de gasto administrativo. Resulta fácil de entender que esta disposición es utilizada frecuentemente por el deudor, aun tratándose de deudas contraídas en el curso ordinario de los negocios, pues los acreedores prefieren contar con la certeza que otorga la autorización judicial. En tercer lugar,

[13] La sección 503 establece tres categorías generales de créditos administrativos (*administrative claims*): (i) gastos profesionales incurridos en relación con el procedimiento del Capítulo 11, (ii) gastos del negocio incurridos por el deudor durante la duración del Capítulo 11 y (iii) una categoría "miscelánea" de gastos adicionales. La sección 507(a)(2) establece que los titulares de estos créditos administrativos tienen derecho a obtener el pago de su acreencia en preferencia al resto de los acreedores valistas (*unsecured creditors*).

[14] La expresión exacta que se utiliza en la letra (b) (así como en las letras (c) y (d)) es "after notice and a hearing". La sección 102(1)(A) define la frase en cuestión en los siguientes términos: "such notice as is appropriate in the particular circumstances, and such opportunity for a hearing as is appropriate in the particular circumstances". Como vemos, se trata de una definición no particularmente precisa ni clarificadora. En particular, no queda claro en qué circunstancias resulta necesario realizar la audiencia a la que se refiere el texto. De la lectura de las subsecciones (A) y (B) de la sección 102(1) se puede concluir que una vez que una de las partes comunica su intención de llevar adelante una actuación, si ninguna otra parte objeta dentro del plazo que se señala para efecto, la primera puede seguir adelante con la actuación sin necesidad de audiencia alguna. Véase Ayer, Bernstein & Friedland (2004).

en el caso de que el *DIP* no haya podido conseguir crédito o incurrir en deuda en las condiciones señaladas en las letras (a) y (b), la sección 364(c) autoriza al *DIP* a contraer un crédito que

1) gozará de prioridad frente al resto de los gastos administrativos del procedimiento (*superpriority administrative expense claim*),
2) gozará de una garantía sobre bienes de la masa que estén libres de todo gravamen (*senior security interest*) o
3) gozará de una garantía sobre bienes de la masa sobre los cuales existan gravámenes, en cuyo caso la garantía bajo esta letra será *junior* a los gravámenes existentes (*junior security interest*).

En cuarto lugar, en el caso de que el *DIP* no haya podido obtener crédito en las condiciones señaladas en las letras (a), (b) y (c), y de que, además, este deudor otorgue a los acreedores prepetición que sean preferentes una "protección adecuada" a sus créditos, la sección 363(d) autoriza al *DIP* a contraer obligaciones que gozarán de garantías sobre los bienes de la masa sobre los cuales recaigan gravámenes ya existentes, en cuyo caso la caución bajo esta letra será *senior* o igual a los gravámenes existentes. En el caso de la letra (c) de esta sección se habla de un crédito con superprioridad (*superpriority loans*) y en el caso de la letra (d) se habla de *priming loans* (toda vez que la nueva garantía *primes* las garantías prepetición).

El hecho de que tanto las letras (c) y (d) significan alteraciones importantes a los derechos de los acreedores prepetición explica que el redactor del *Código* haya establecido que los *superpriority loans* y, en particular, los *priming loans*, son alternativas de financiamiento "excepcionales y extraordinarias"[15]. En cuanto al uso que hacen los deudores de la sección 364, es interesante observar que tratándose de financiamiento de cierta magnitud es normal que el crédito consista de distintos niveles de *liens* o *tranches* en los que se utiliza más de una de las alternativas contenidas en la sección 364. Los paquetes de financiamiento de Latam Airlines y JC Penney, ambos aprobados durante 2020, son dos buenos ejemplos de esto. En el caso Latam Airlines, el tribunal aprobó un paquete de financiamiento que consistió en un *superpriority loan* en virtud del cual se otorgaron a los prestamistas una serie de preferencias contempladas bajo la letra (c) de la sección 364, pero

[15] Véase SouthPoint Glob. Invs. v. Warren (In re Westport Holdings Tampa, Ltd.), 607 B.R. 715, 725 (M.D. Fla. 2019), citando Bland v. Farmworker Creditors, 308 B.R. 109, 115 (S.D. Ga 2003). A partir de una revisión hecha por el autor de casos de Capítulo 11 iniciados entre enero de 2019 y julio de 2020, es interesante observar que de un total de veintiocho casos en que el *DIP* solicitó autorización para contraer *DIP financing*, veintisiete de ellos eran solicitudes bajo las letras (c) y (d) de dicha sección.

no incluyó *priming* alguno[16]. El financiamiento de JC Penney, por otro lado, representa una forma de financiamiento más compleja, compuesta por una porción que corresponde a financiamiento "fresco" y otra que corresponde a un préstamo existente con anterioridad a la petición y que se entiende *rolled-up* a la fecha del *DIP financing*[17]. La totalidad de la deuda del *DIP* se encuentra garantizada por *superpriority liens*, otorgados en conformidad con la sección 364(c), y *priming liens*, otorgados en conformidad con la sección 364(d)[18].

[16] El 19 de septiembre de 2020, el juez James L. Garrity (SDNY) dictó una orden que puso punto final a una prolongada disputa entre Latam Airlines y los acreedores valistas (organizados en el Comité de Acreedores Valistas y el en grupo Ad-Hoc de tenedores de bonos) acerca de los términos del *DIP financing*. En dicha orden, el tribunal autorizó, entre otras cosas, la celebración de un Super-Priority Debtor-In-Posssession Term Loan Agreement por compromisos totales de hasta USD2,45 mil millones. Este *DIP Loan* regula los términos y condiciones de un paquete de financiamiento estructurado en tres *tranches*, dos de las cuales (A y C) son autorizadas por la orden, mientras que para la tercera (B) se solicitará autorización en una petición futura. Para garantizar sus obligaciones bajos las *tranches* A y C, el tribunal autorizó al deudor a conceder en favor de los prestamistas: (i) en conformidad con la sección 364(c)(1), prioridad frente al resto de los gastos administrativos del deudor (superpriority administrative expense claim); (ii) en conformidad con la sección 364(c)(2), un *first lien* sobre los bienes de la masa que no se encontraban sujetos a gravámenes anteriores y (iii) la sección 364(c)(3), una garantía *junior* sobre los bienes de la masa que se encontraban sujetos a gravámenes anteriores. Véase In re LATAM Airlines Group S.A. *et al.*, Order Authorizing the Debtors to (A) Obtain Postpetition Financing, and (B) Grant Superpriority Administrative Expense Claims, and (II) Granting Related Relief, Bankr. S.D.N.Y., Case No. 20-11254 (JLG), Dk. 1091, 19 de septiembre de 2020.

[17] Aunque no está exenta de cierta polémica, el uso *roll-ups* es una práctica bastante utilizada en la actualidad por los proveedores de *DIP financing*, en particular en su forma "defensiva", es decir, cuando el proveedor de financiamiento pospetición corresponde a la misma institución o instituciones (normalmente bancos comerciales) que son acreedores del *DIP* con ocasión de financiamiento prepetición. Una definición bastante convencional del *roll-up* es la proporcionada por el tribunal en In re Capmark Fin. Grp. Inc. (2010): "It is the payment of a pre-petition debt with the proceeds of a post-petition loan. Roll-ups most commonly arise where a pre-petition secured creditor is also providing a post-petition DIP loan under section 364(c) and/or (d) of the Bankruptcy Code. The proceeds of the DIP loan are used to pay off or replace the pre-petition debt, resulting in a postpetition debt equal to the pre-petition debt plus any new money being lent to the debtor", p. 511. El efecto del *roll-up* es, entonces, hacer que la totalidad de la deuda (deuda prepetición y deuda posdecisión) disfrute de la protección otorgada por la sección 364, letras (c) y/o (d).

[18] En la orden final sobre la petición de *DIP financing*, el tribunal autorizó a JC Penney para, entre otras cosas, obtener financiamiento pospetición por la suma de USD900 millones, de los cuales (i) USD450 millones corresponderá a dinero "fresco" al que el *DIP* accederá en virtud de un Superpriority Senior Secured Debtor-In-Possesion Credit and Guaranty Agreement, a ser firmado a continuación de la dictación de la orden final y (ii) USD450 millones que corresponde a la cantidad adeudada por el *DIP* bajo un Amended and Restated Credit and

Finalmente, es interesante mencionar que, si bien el *DIP loan* representa la principal fuente de financiamiento del deudor durante la duración del Capítulo 11, en el transcurso del proceso de reorganización pueden existir situaciones en las que también se aplique la sección 364[19].

3. *Análisis de los requisitos de la Sección 364* y Standard of Review

En cuanto a los requisitos de los *superpriority loans* y los *priming loans*, en ambos casos el C*ódigo* manda que la decisión que los aprueba debe ser tomada *after notice and hearing*[20]. En ambos casos es necesario, además, que el deudor no haya podido obtener crédito en condiciones menos onerosas. Finalmente, en el caso particular de los *priming loans* es necesario que el *DIP* otorgue "protección adecuada" a los acreedores cuya preferencia se vea desplazada (*primed*) por el nevo crédito.

Tratándose de *superpriority loans* (sección 364 letra (c)), el tribunal en C*rouse Group* leyó la disposición de una manera expansiva entendiendo que no solo se requiere que el deudor pruebe que fue incapaz de obtener crédito en condiciones menos onerosas (como gasto administrativo), sino que, además, el préstamo sea necesario para preservar los activos de la masa y que los términos de la transacción sean justos, razonables y adecuados dadas las

Guaranty Agreement, de junio de 2016, cantidad que se entenderá *rolled up* como parte del paquete de financiamiento. Para garantizar sus obligaciones bajo el *DIP financing*, el tribunal autorizó al deudor otorgar a los financistas, entre otras, las siguientes garantías: garantías *senior*, en conformidad con la sección 364(c)(2)), garantías *junior*, en conformidad con la sección 364(c)(3)) y *priming liens*, en conformidad con la sección 364(d)). Véase, In re J. C. Penney Company, Inc., *et al.*, Final Order (I) Aurhotizing the Debtors to (A) Obtain Postpetition Financing and (B) Utilize Cash Collateral, (II) Granting Adequate Protection to the Prepetition Secured Parties, (III) Modifying the Automatic Stay, and (IV) Granting Related Relief, US Bankr. S.D.TX, Christi Div., Case No. 20-20182 (DRJ), Dk. 566, 5 de junio de 2020.

[19] Por ejemplo, en el caso de Latam Airlines, el deudor señaló que, en conformidad con los términos de ciertos contratos celebrados en el curso ordinario de los negocios, requería la autorización del tribunal para arrendar y subarrendar aeronaves, partes y motores, así como operar aeronaves en ciertos vuelos específicos. Muchos de estos contratos pospetición son financieros por naturaleza y requieren normalmente la constitución de garantías con algunas de las prioridades establecidas en las secciones 364(c) y (d). A solicitud del deudor, el tribunal emitió la orden que fija el procedimiento para la negociación de dichos contratos. Véase In re LATAM Airlines Group S.A. *et al.*, Order Establishing Procedures for Obtaining Authorizations Pursuant to Sections 362, 363 and/or 364 of the Bankruptcy Code for Certain Covered Transactions and (II) Granting Related Relief, Bankr. SDNY, Case No. 20-11254 (JLG), Dk. 1008, 3 de septiembre de 2020.

[20] Véase nota 14.

circunstancias del deudor y el oferente del crédito[21]. En Republic Airways Holdings, el tribunal señaló que la exigencia en cuestión no significa que el deudor deba contactar cada posible fuente de crédito, sino que demuestre que ha hecho razonables esfuerzos por buscar otras fuentes de crédito[22]. En la mayoría de las ocasiones esto se entiende demostrado por declaraciones bajo juramento por parte de ejecutivos (normalmente el CFO del deudor) y de sus asesores financieros[23].

En cuanto a los *priming loans* y los requisitos establecidos en la letra (d) de la sección 364, el análisis contenido en el párrafo anterior es aplicable al primero de ellos: la incapacidad del deudor de conseguir un crédito en condiciones menos onerosas (en este caso, la incapacidad de obtener créditos

i) que constituyan un gasto administrativo senior,
ii) que gocen de una garantía sobre bienes de la masa que no estaban sujetos a gravámenes previos o
iii) que gocen de una garantía junior sobre bienes de la masa sujetos a gravámenes previos).

El segundo de los requisitos es que, de faltar el consentimiento del acreedor cuyo crédito va a ser preferido (*primed*), el deudor debe otorgar al acreedor "protección adecuada" de dicho crédito. En ninguna de sus letras la

[21] In re Crouse Group, Inc.(1987), pp. 549-551. Véase In re Ames Dep't Stores, Inc.(1990), pp. 37-40 y In re Aqua Associates (1987), pp. 195-196.

[22] In re Republic Airways Holdings Inc. (2016).

[23] En el caso de Latam Airlines, para determinar si se había cumplido con este requisito, el tribunal tuvo en particular consideración las declaraciones de Timothy R. Coleman, socio de PJT Partners LP, quien al momento de presentarse la petición original de autorización declaró: "Seeking the approval of the Tranche C Facility on a secured basis is reasonable where it is not expected the Debtors could secure financing on a unsecured basis due to a number of considerations, including the severe negative impact the global COVID-19 pandemic has had on the Debtors' revenue streams and cash flows and in light of the general current market conditions. As set forth above and based on PJT's additional efforts to secure the senior tranches of financing described in more detail below, PJT has not received any interest in or proposals for an unsecured facility. Based on my experience, unsecured financing would not be a viable option given the current state of the airline industry and the Company's current financial position". Véase In re LATAM Airlines Group S.A. *et al.*, Declaration of Timothy R. Coleman in Support of Debtors' Motion to (A) Obtain Postpetition Financing, and (B) Grant Superpriority Administrative Expense Claims, and (II) Granting Related Relief, Bankr. SDNY, Case No. 20-11254 (JLG), Dk. 398, 28 de junio de 2020, para. 17. Véase también, la declaración de Timothy Coleman que acompaña a la segunda petición del *DIP* por autorización para contraer *DIP financing*: In re LATAM Airlines Group S.A. *et al.*, Declaration of Timothy R. Coleman in Support of Debtors' Supplemental Motion to (A) Obtain Postpetition Financing, and (B) Grant Superpriority Administrative Expense Claims, and (II) Granting Related Relief, Bankr. SDNY, Case No. 20-11254 (JLG), Dk. 486, 9 de julio de 2020.

sección 364 define que se debe entender por "protección adecuada". De hecho, la sección que se refiere a este tema con más detención –la sección 361 (*Adequate Protection*) no contiene una definición de este concepto. En su lugar, la sección 361 señala ciertos medios a través de los cuales se otorgaría al acreedor prepetición protección adecuada de sus garantías en los bienes del deudor. Estos medios no excluyentes son pagos en efectivo, una garantía de reemplazo y cualquier otra forma de protección que resulte en un valor de los intereses del acreedor con garantía.

Para entender mejor este punto es aconsejable poner atención en los efectos de la petición de protección concursal bajo el Capítulo 11. Una vez bajo la protección del *automatic stay*, la antigua compañía –ahora *DIP*– se encuentra con la administración de los bienes de la masa (*estate*) de manera de continuar con la operación del negocio y, de esa manera, precaver que la reorganización sea exitosa. Si bien la continuidad del *DIP* como *going concern* beneficia a los accionistas de la compañía y a una parte de los acreedores (los valistas), ella afecta directamente los derechos de los acreedores que tienen garantías prepetición sobre bienes de la masa. El concepto de protección adecuada persigue, entonces, balancear los intereses de dichos acreedores (prepetición) con el propósito rehabilitador (pospetición) del *Código*. En casos como el de la celebración de *priming loans*, el *Código* ordena que se otorgue a los acreedores con garantía prepetición protección adecuada de sus garantías. Si bien el *Código* no contiene definición alguna del concepto, los tribunales de quiebra lo han interpretado como una forma de compensación para dichos acreedores por cualquier depreciación o disminución de valor de los bienes que constituyen dicha garantía como consecuencia de la administración del *DIP* durante la vigencia del Capítulo 11[24].

Finalmente, en cuanto al *standard of review* aplicable por los tribunales al momento de analizar los distintos requisitos y elementos de la petición de financiamiento, los tribunales han entendido que su labor consiste en determinar si, al negociar la alternativa específica de financiamiento, el deudor ha hecho un ejercicio razonable y apropiado de su "juicio de negocios" (*business*

[24] Véase United Sav. Ass'n of Tex. v. Timbers of Inwood Forest Assocs. (1988); In re Delta Res., Inc. (1995), p. 730; In re Cason (1995), p. 928. En el caso específico de *priming loans* otorgados bajo la autorización de la sección 364(d), a la pregunta de si la protección otorgada a los acreedores era adecuada, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito señaló: "It depends directly on how effectively it compensates the secured creditor for los of value caused by the superpriority given the postpetition loan (se omiten citas). In other words, the proposal should provide the pre-petition secured creditor with the same level of protection it would have had if there had not been post-petition superpriority financing". Véase In re Swedeland Development Group, Inc. (1994), p. 564.

judgment rule)[25]. Los conocedores del derecho corporativo estadounidense reconocerán fácilmente la frase. Se trata de una noción interpretativa (o de abstención) ampliamente utilizada por dichos tribunales al ser llamados a resolver una disputa corporativa[26]. Aplicada al contexto de las reorganizaciones del Capítulo 11, los tribunales han señalado que en la medida de que el financiamiento en cuestión sea producto de un proceso de negociación leal y en condiciones "de mercado", que sus términos (por ejemplo, los intereses y tasas) sean razonables y los mejores disponibles para el deudor bajo las circunstancias, y que dichos términos estén respaldados por valor razonablemente equivalente, el financiamiento reflejará el ejercicio del juicio de negocios del deudor[27]. Así las cosas, este principio de deferencia lleva al juez a abstenerse de imponer su visión sobre el del deudor, en primer lugar, acerca de la necesidad misma de solicitar financiamiento[28] y, en segundo lugar, acerca la alternativa de financiamiento más apropiada. De surgir antecedentes que hagan pensar que no se está ante esa situación, el deferente *business judgment rule* se verá reemplazado por un estándar más estricto: el *entire fairness standard*[29]. Bajo este estándar recae sobre el deudor la carga de probar que la operación de financiamiento y los términos específicos del contrato respectivo son "justos"[30].

En directa relación con lo anterior, un caso que ha sido habitualmente considerado "problemático" por los tribunales, en el que el problema se encuentra no tanto en los términos del financiamiento sino en el proceso

[25] Véase U.S. Bank Trust Nat´l Assoc. v. Am. Airlines, Inc. (In re AMR Corp.) (2013),p. 287; KeyBank N.A. v. Franklin Advisers, Inc., (2020).

[26] Véase Bainbridge (2004), pp. 83-130.

[27] Véase In re Brooks Brothers Group, Inc., *et al.*, Final Order (I) Authorizing the Debtors to Obtain Postpetition Financing, (II) Authorizing the Debtors to Use Cash Collateral, (III) Granting Liens and Providing Superpriority Administrative Expense Status, (IV) Granting Adequate Protection to the Prepetition Secured Parties, (V) Modifying Automatic Stay, and (VI) Granting Related Relief, Bankr. D. Del., Case No. 20-11785 (CSS), Dk. 443, 14 de agosto de 2020.

[28] Véase In re Ames Dep't Stores, Inc.(1990), p. 37.

[29] Un tribunal del quiebras del distrito de Delaware sistematizó esta materia de la siguiente manera: "the business judgment rule governs unless the opposing party can show one of four elements: (1) the directors did not in fact make a decision; (2) the directors' decision was uninformed; (3) the directors were not disinterested or independent; or (4) the directors were grossly negligent". En atención a que la evidencia del caso revelaba la falta de independencia del controlador del deudor, el tribunal concluyó: "Debtors' decision is not entitled to review using the business judgment standard. Instead, the Court must review Debtors' decision [...} applying the entire fairness standard". Véase In re Los Angeles Dodgers LLC (2011), p. 313.

[30] Véase Carlson v. Hallinan (2006). ("Entire fairness has two components: fair dealing and fair price. Fair dealing' focuses on the actual conduct of corporate fiduciaries in effecting a transaction, such as its initiation, structure, and negotiation. Fair price includes all relevant factors relating to the economic and financial considerations of the proposed transaction").

de negociación de los mismos, es el caso de la negociación que se da entre el deudor y un *insider* del mismo[31]. Lo anterior explica que en su revisión de las peticiones de *DIP financing* (la original y la suplementaria) de Latam Airlines, el juez James Garrity aplicó el *entire fairness standard* tanto para el análisis del *Tranche A* como del *Tranche* C del *DIP Loan*[32].

4. Excepción de "buena fe" del financista

La última parte de la sección 364 se refiere a los efectos que siguen a la determinación del juez de que el *DIP financing* ha sido otorgado por un financista de "buena fe". A diferencia de lo que sucede con la exigencia de protección adecuada de la letra (d), establecida a favor del acreedor prepetición, en el caso de la letra (e) estamos ante una medida de protección de ciertos acreedores que otorgan crédito al deudor con posterioridad a la fecha de petición. Específicamente, esta disposición establece que la modificación o revocación

[31] Ya en 1939, la Corte Suprema en Pepper v. Litton, al pronunciarse acerca de negociaciones entre el accionista controlador y el deudor, señalaba: "Their dealings with the corporation are subjected to rigorous scrutiny and where any of their contracts or engagements with the corporation is challenged the burden is on the director or stockholder not only to prove the good faith of the 'transaction but also to show its inherent fairness from the viewpoint of the corporation and those interested therein". Véase Pepper v. Litton, 308 U.S. 295, 306 (1939). Véase In re Papercraft Corp.(1997). ("Insider transactions are subjected to rigorous scrutiny and when challenged, the burden is on the insider not only to prove the good faith of a transaction but also to show the inherent fairness from the viewpoint of the corporation and those with interests therein").

[32] Resulta interesante destacar dos elementos del análisis que realizó el juez James Garrity en su decisión del 10 de septiembre de 2020 con respecto al papel que cumplieron los *insiders* en la negociación del *DIP Loan*. En primer lugar, en relación con la identidad de los accionistas que ofrecieron financiar el *Tranche* C y el grado de control que ejercían sobre el deudor, el juez incluyó no solo a Costa Verde Aeronáutica S.A. y Qatar Airways Investments (UK) Ltd., y a sus respectivas partes relacionadas, sino que también consideró a Delta Air Lines, Inc., y su participación accionaria en el deudor. Si bien esta última compañía no participaba en el financiamiento del *Tranche* C, su participación en la negociación del *DIP Loan* y su interés en el resultado de la transacción debían –en opinión del juez– ser incluidos en el análisis de la operación. En segundo lugar, si bien ninguna de las partes sostuvo alguna vez que el prestamista del *Tranche A* (Oaktree Capital Management L.P.) fuera un *insider* del deudor, el juez aceptó el argumento de los acreedores de que la interrelación entre ambos *tranches* eran tan fuerte que el *Tranche A* no se podía entender totalmente sin considerar el *Tranche* C. Ambos *tranches* debían ser analizados –concluyó el juez– bajo el mismo entire fairness standard. Véase In re Latam Airlines Group S.A., *et al.*, Memorandum Decision on the Debtors' Motion for an Order (I) Authorizing the Debtors to (A) Obtain Post-Petition Financing and (B) Grant Suprepriority Administrative Expense Claims and (II) Granting Related Relief, Bankr. SDNY, Case No. 20-11254 (JLG), Dk. 1056, 10 de septiembre de 2020 (*Memorandum Decision*).

de la autorización para contraer *DIP financing* obtenida mediante un recurso de apelación en contra de la autorización, no afecta la validez de la deuda contraída de un acreedor de buena fe, así como tampoco la validez de las preferencias o garantía otorgadas con ocasión de dicha deuda[33]. El C*ódigo* no contiene una definición de "buena fe". Al momento de interpretar los requerimientos de buena fe presentes en distintas secciones del C*ódigo*, los tribunales han sido bastante consistentes en identificar aquellos elementos que evidencian la ausencia de buena fe: fraude, colusión de las partes interesadas en la transacción, acciones motivadas por un propósito impropio o conocimiento de la ilegalidad de la transacción[34].

III. Consideraciones finales: El *DIP financing* como fuente de liquidez

En la mayoría de los casos, las empresas que solicitan protección concursal bajo el Capítulo 11 son empresas que carecen de liquidez para continuar operando normalmente[35]. Sin mayores posibilidades de recurrir a los mercados de capitales para obtener financiamiento en forma de *equity*[36], el *DIP* cuenta con la sección 364 como una herramienta importante contra las principales causales de la falta de liquidez de una empresa[37]: el sobreendeudamiento

[33] In re Revco D.S., Inc. (1990), p. 1367. Véase In re Latam Airlines Group S.A. *et al.*, Memorandum Decision: "Section 364(e) of the Bankruptcy Code protects a good faith lender's right to collect on loans extended to a debtor, and its right in any lien securing those loans, even if the authority of the debtor to obtain such loans or grant such liens is later reversed or modified on appeal".

[34] Véase In re Gen. Growth Props., Inc. (2010).

[35] Véase Triantis (2020), p. 275.

[36] Desafiando la "sabiduría convencional" existente en relación con las formas de financiamiento de un *DIP*, a casi veinte días de iniciar su Capítulo 11, una filial de The Hertz Corporation solicitó al tribunal de quiebras del distrito de Delaware autorización para llevar adelante la venta de acciones al público (en la forma de transacciones *At-the-Market*) por hasta USD 1 mil millones. El tribunal no tuvo mayores inconvenientes en aprobar la petición al día siguiente, y el día 15 de junio, con la asistencia de un banco de inversión y utilizando un shelf registration statement registrado con la Securities and Exchange Commission (SEC) y válido a esa fecha, el deudor comenzó la oferta de acciones al público, la que solo suspendió ese mismo en la tarde una vez que recibió una comunicación de la SEC señalando que dicha agencia había comenzado una revisión del *Prospectus* utilizado para la venta. A pesar de que la oferta estuvo abierta por solo unas horas, el emisor logró vender 13,9 millones de acciones por un monto de USD 29 millones. Véase Yerak (2020).

[37] Es importante reconocer que junto al mecanismo del *DIP financing*, otros mecanismos establecidos en el C*ódigo* que, de alguna u otra manera, hacen frente a problemas graves de

(*debt overhang*) y el problema de la sección adversa (*adverse selection*)[38]. Con un conocimiento básico de la forma en que opera el *DIP financing* en el Capítulo 11, parece conveniente revisar ahora hasta qué punto las soluciones establecidas en la sección 364 se apartan y contradicen reglas y principios establecidos en el derecho general de las obligaciones (*non-bankruptcy law*) y cuáles son algunos de los costos que dichas soluciones generan.

En relación con el primer punto, diversos estudios han mostrado convincentemente que las reglas de la sección 364 constituyen herramientas efectivas para lograr el objetivo de mejorar la liquidez de aquellas empresas en reorganización. Los mismos estudios destacan que para ser efectivas dichas reglas deben en ocasiones torcer los principios del derecho general de las obligaciones[39]. Tomemos como ejemplo las disposiciones de las secciones 364(b) y 364(c)(1). Con las diferencias existentes entre ellas descritas anteriormente, en ambos casos se está otorgando al prestamista del *DIP* una preferencia que lo pone por delante del resto de los acreedores valistas. Esto representa una excepción a las reglas generales, pues fuera del ámbito de derecho de quiebras, un acreedor valista no puede ser subordinado a otro acreedor valista a menos que consienta en ello contractualmente[40]. En el caso de las secciones 364(c)(2) y 364(c)(3), la facultad para otorgar al acreedor garantías *senior* sobre bienes de la masa no sujetos a gravámenes anteriores y garantías *junior* sobre bienes subjetos a gravámenes anteriores, respectivamente, viola el *negative pledge covenant* que frecuentemente deudor y sus acreedores han incluido en sus contratos de crédito. Finalmente, la sección 364(d) constituye un incentivo para el otorgamiento de *DIP financing* liberando activos que de otra manera no estarían disponibles. El otorgamiento de *priming liens* en favor de los acreedores pospetición es una violación clara de la regla según la cual la prioridad de los acreedores con garantía sobre el mismo activo viene dada por la fecha en que dicha garantía se perfeccionó teniendo preferencia el primero de ellos (*first in time, first in right*)[41].

iliquidez son las secciones 363 (Use, sale, or lease of property) y 552(a) (Postpetition effect of security interest).

[38] En la literatura financiera, exposiciones clásicas de los problemas de sobreendeudamiento y selección adversa (también conocida como "asimetría de la información") se encuentran en Hennessy (2004), pp. 1717-1742 y en Myers & Majluf (1984)), pp. 187-221, respectivamente. En la literatura jurídica, una interesante teoría del derecho de insolvencia como mecanismo para solucionar la falta de liquidez, que incluye revisión detallada de las dos causas del problema ya señaladas, se encuentra en Ayotte & Skeel (2013), pp. 1557-1624.

[39] Lo que contradice uno de los postulados básicos de la teoría del "Creditor's Bargain Theory" de Thomas Jackson y que es vista por la mayoría de la doctrina estadounidense en materia de insolvencia como la piedra angular de esta disciplina. Véase Jackson (1986).

[40] Véase Triantis (2020), n. 30.

[41] *Ibid*.

En relación con el segundo punto, el hecho de que la sección 364 establezca un sistema efectivo para la generación de liquidez en favor de empresas insolventes no significa que ella esté libre de riesgos. El principal riesgo en esta materia es el de la sobreinversión (*overinvestment*)[42]. Bajo determinadas circunstancias (projectos riesgosos), una parte puede estar dispuesta a proveer al *DIP* financiamiento porque la recompensa es significativa. Mientras esta recompensada es internalizada por el financista, cualquiera pérdida es soportada, en primer lugar, por los acreedores prepetición. El tribunal encargado de analizar la petición de *DIP financing* debe, entonces, distinguir cuidadosamente entre las opciones de solucionar un problema de "subinversión" (*underinvestment*) y falta de liquidez, por un lado, y el riesgo provocar una situación de sobreinversión y la "expropiación" de valor que sufren los acreedores prepetición, por el otro.

Bibliografía

American Bankruptcy Institute (2014). *Commission to Study the Reform of Chapter 11 (2012-2014) - Financial Report and Recommendations*. Disponible en https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1096&context=books

Ayer, John D., Michael Bernstein & Jonathan Friedland (2004). "An Overview of Bankruptcy Litigation", *ABI Journal*, vol. xxiii, No. 1. California.

Ayotte, Kenneth M. & David A. Skeel Jr. (2013). "Bankruptcy Law as a Liquidity Provider". *The University of Chicago Law Review*, vol. 80, number 41. Disponible en https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5782&context=uclrev [fecha de consulta: Mayo 2021].

Bainbridge, Stephen (2004). "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine", *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, issue 1. Disponible en https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1665&context=vlr [fecha de consulta: Mayo 2021].

Cervantes Sainz S.C. (2017). *Considerations On DIP Financing In Mexico*. Disponible en www.corporatelivewire.com/top-story.html?id=considerations-on-dip-financing-in-mexico [fecha de consulta: Mayo 2021].

CNUDMI (2004). *Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*. Disponible en https://uncitral.un.org/es/working_groups/5/insolvency_law [fecha de consulta: Mayo 2021].

Gallagher, Adam *et al.* (2020). "Is the New U.K. Restructuring Plan a Viable Alternative to Chapter 11?". *ABI Journal*. Issue September. Disponible en www.abi.

[42] Véase Triantis (2020), n. 30 y Ayotte & Skeel (2013), n. 33.

org/abi-journal/is-the-new-uk-restructuring-plan-a-viable-alternative-to-chapter-11[fecha de consulta: Mayo 2021].

Hennessy, Christopher A. (2004). "Tobin's Q, Debt Overhang, and Investment". *The Journal of Finance*, vol. 59, No. 4. Disponible en www.jstor.org/stable/3694876 [fecha de consulta: Mayo 2021].

Jackson, Thomas H.(1986). *The Logic and Limits of Bankruptcy Law.* Washington DC: Beard Books.

Kirkland & Ellis (2020). *Corporate Insolvency and Governance Bill Published*. Disponible en www.kirkland.com/publications/kirkland-alert/2020/05/uk-insolvency-reform-bill-published [fecha de consulta: Mayo 2021].

Lubben, Stephen J. (2012). "What We 'Know' About Chapter 11 Cost Is Wrong". *Fordham Journal of Corporate & Financial Law,* vol. 17, issue 1. Disponible en https://ir.lawnet.fordham.edu/jcfl/vol17/iss1/4/ [fecha de consulta: Mayo 2021].

Lubben, Stephen J. (2020). "The Costs of Corporate Bankruptcy: How Little We Know", in Barry Adler (ed.). *Research Handbook on Corporate Bankruptcy Law*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar Publishing Limited.

Morgan Lewis & Bockius LLP (2019). *Singapore grants first domestic dip financing application based on US law*. Disponible en www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4c9e0833-8879-4029-83e5-46cf250af9e8 [fecha de consulta: Mayo 2021].

Myers, Stewart C. & Nicholas S. Majluf (1984). "Corporate Financing and Investment Decisions When Firms Have Information that Investors Do Not Have". *Journal of Financial Economics*, vol. 13, Issue 2. Disponible en www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0304405X84900230 [fecha de consulta: Mayo 2021].

Oon & Bazul (2020). *DIP Financing-The Singaporean Way.* Disponible en https://oonbazul.com/firm-news/oon-bazuls-restructuring-insolvency-practice-contributes-article-to-international-law-office-titled-dip-financing-the-singaporean-way [fecha de consulta: Mayo 2021].

Skeel, David A., Jr. (2001). *Debt's Dominion: A History of Bankruptcy Law in America*. Princeton University Press.

Skeel, David A., Jr. (2004). "The Past, Present and Future of Debtor-In-Possession Financing". *25 Cardozo Law Review 1905*.

Solcargo (2017). *DIP Financing in Mexico*. Disponible en www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f7ef355c-f5d2-42ae-961f-c01db859ebca [fecha de consulta: Mayo 2021].

Triantis, George (2020). "Debtor-in-Possession Financing in Bankruptcy", in Barry Adler (ed.). *Research Handbook on Corporate Bankruptcy Law*. Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar Publishing Limited.

Wallace, Ian & Christian Pilkington (2019). *Restructuring across Europe - a new era?* Disponible en www.whitecase.com/publications/alert/restructuring-across-europe-new-era [fecha de consulta: Mayo 2021].

Yerak, Becky (2020). "Hertz Sold $29 Million in Stock Before SEC Stepped". *The Wall Street Journal*, August 10. Disponible en www.wsj.com/articles/hertz-sold-29-million-in-stock-before-sec-stepped-in-11597100128 [fecha de consulta: Mayo 2021].

Sentencias de tribunales extranjeros

Bank of America National Trust and Savings Ass. v. 203 North LaSalle Street Partnership, 526 U. S. 434 (1999).

Carlson v. Hallinan, 925 A.2d 506, 531 (Del. Ch. 2006).

In re Ames Dep't Stores, Inc., 115 B. R. 34 (Bankr. SDNY 1990).

In re Aqua Associates, 123 B. R. 192 (Bankr. EDPa 1987).

In re Belk Props., LLC, 421 B.R. 221 (Bankr. ND Miss. 2009).

In re Bexter Industries Corp., 58 B. R. 725 (Bankr. SDNY 1986).

In re Braniff Airways, Inc., 700 F.2d 935 (5th Cir. 1983).

In re Capmark Fin. Grp. Inc., 438 B. R. 471 (Bankr. D. Del. 2010).

In re Cason, 190 B.R. 917 (Bankr. ND Ala. 1995).

In re Chevy Devco, 78 B.R. 585 (Bankr. CD Cal. 1987).

In re Crouse Group, Inc., 71 B. R. 544 (Bankr. EDPa 1987).

In re Defender Drug Stores, Inc., 145 B.R 312 (BAP 9th Cir. 1992).

In re Delta Res., Inc., 54 F.3d 722 (11th Cir. 1995), cert. denied, 516 U.S. 980 (1995).

In re Die Fliedermaus LLC, 232 B.R. 101 (Bankr. SDNY 2005).

In re Fla. W. Gateway, Inc., 147 B.R. 817 (Bankr. S.D. Fla. 1992).

In re Gen. Growth Props.,Inc., 423 B.R. 722 (SDNY 2010).

In re Iridium Operating, 478 F.3d 452 (2d Cir. 2007).

In re Los Angeles Dodgers LLC, 457 B.R. 308 (Bankr. D. Del. 2011).

In re Monarch Circuit Industries, Inc., 41 B.R. 859 (Bankr. EDPa 1984).

In re Papercraft Corp., 211 B.R. 813, 823 (Bankr. W.D. Pa. 1997).

In re Republic Airways Holdings Inc., Case No. 16-10429 (SHL) (Bankr. SDNY 2016).

In re Revco D.S., Inc., 901 F.2d 1359 (6th Cir 1990).

In re Swedeland Development Group, Inc., 16 F.3d 552 (3rd Cir. 1994).

In re Texlon Corp., 596 F.2d 1092 (2d Cir. 1979).

In Vanguard Diversified, Inc. 31 B. R. 364 (Bankr. EDNY 1983).

KeyBank N.A. v. Franklin Advisers, Inc., Adv. Pro. No. 19-01104, 16 (Bankr. SDNY 2020).

Shapiro v. Saybrook Mfg. Co., Inc. (Matter of Saybrook Mfg. Co., Inc.), 963 F.2d 1490 (11th Cir. 1992).

United Sav. Ass'n of Tex. v. Timbers of Inwood Forest Assocs., Ltd, 484 U.S. 365 (1988).

U.S. Bank Trust Nat'l Assoc. v. Am. Airlines, Inc. (In re AMR Corp.), 485 B.R. 279 (Bankr. SDNY 2013), aff'd, 730 F.3d 88 (2d Cir. 2013).

ESTUDIOS Y ENSAYOS

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

LOS DERECHOS SOCIALES Y LA NUEVA CONSTITUCIÓN: TENSIONES Y DESAFÍOS TÉCNICOS

SOCIAL RIGHTS AND THE NEW CONSTITUTION: TECHNICAL TENSIONS AND CHALLENGES

Gastón Gómez[*]
José Francisco García[**]

Resumen: El presente artículo tiene por objetivo examinar algunos de los aspectos fundamentales del tratamiento normativo de los derechos económicos, sociales y culturales, a la luz del proceso constituyente chileno. Para los autores, la dimensión técnica de este debate no ha sido considerada, con precisión y rigor. Para superar este déficit se examinan los modelos de consagración de derechos sociales más influyentes en el ámbito comparado. Luego, se analizan los aspectos críticos de la estructura de los derechos sociales, la cuestión de la implementación o exigibilidad de los derechos sociales y los modelos alternativos en disputa. También se da cuenta de la importancia de los principios interpretativos de Estado social, los principios de progresividad y no regresividad en el contexto de los tratados internacionales de derechos humanos y el de responsabilidad fiscal.

Palabras clave: Derechos sociales, derechos fundamentales, nueva Constitución, proceso constituyente chileno.

[*] Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Correo electrónico: gaston.gomezb@derecho.uchile.cl

[**] Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho y Magíster en Derecho Público (Premio A. Silva Bascuñán) de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster (LL.M.) y Doctor en Derecho (JSD), Universidad de Chicago. Ha sido académico visitante del CSLS de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford. Correo electrónico: jfgarcia@uc.cl

Abstract: This essay examines some of the fundamental aspects of the regulatory treatment of the economic, social and cultural rights, given the Chilean constitutional process. For the authors, the technical dimension of this debate has not been seriously or accurately considered. To overcome this deficiency, they examine the recognition model of the most influential social rights comparatively. Then, it analyzes the critical aspects of the social rights structure, the issue of the implementation or enforceability of the social rights, and the alternative models in dispute; it shows the importance of the interpretative principles of the social State, the impact of the international treaties of human rights and the principles of progressive realization and non-regression, and also the fiscal responsibility.

Keywords: Social and economic rights, fundamental rights, new constitution, Chilean constitution-making process.

I. Introducción

La dimensión técnica del debate respecto de la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la nueva Constitución, no es una que esté siendo considerada con suficiente precisión y rigor[1]. Si se va a tomar en serio la técnica de los derechos fundamentales a la hora de pensar los derechos sociales, el punto de partida de este esfuerzo debe consistir en analizar a fondo sus elementos nucleares, organizacionales y las dimensiones más relevantes de una estructura compleja. Por lo demás, se trata de un esfuerzo que debe estar a la altura de las altas expectativas ciudadanas en esta materia, a ratos difusas, alimentadas por el discurso político (y académico). Así, esta expectativa debe ser abordada. Pero parece crucial que al hacerlo, se considere que se está ante el diseño de una estructura compleja de derechos, que requiere evitar soluciones maximalistas, evitar el camino de la inflación de

[1] Se cree es una crítica que no se limita al discurso político, sino que debe extenderse también al discurso académico. En efecto, debiese motivar una actitud reflexiva y autocrítica de parte de la propia comunidad jurídica, a ratos demasiado preocupada por la inmediatez, las respuestas simples y populares, del retorno a la vieja (y oxidada) idea de que la responsabilidad del jurista consiste principalmente en poner al derecho al servicio del cambio social de manera acrítica, y de paso, dinamitar la autonomía del derecho. El derecho no es "política por otros medios" como sostiene la teoría jurídica crítica. Véase, por ejemplo, Kennedy (2010) y (2012).

los derechos sociales (y su configuración judicial), y un cierto perfeccionismo moral en cuanto a modelos cerrados e ideales de sociedad[2].

Por supuesto, no se parte *ex novo*, sino de la consagración que la Constitución vigente hace a diversos derechos sociales[3]. Esta consagración puede tener defectos, pero reconocer este hecho inicial y factual es fundamental, dado que, como se verá, al amparo de esta Constitución, se ha desarrollado una práctica constitucional intensa[4]. Esta práctica también debe ser tomada en cuenta en el debate sobre los derechos sociales.

Bajo este contexto, este artículo busca explicitar diversos pilares estratégicos de este complejo debate, dando una mirada sistémica al mismo.

En primer lugar, tratándose de un debate que tiene ribetes ideológicos y filo-populistas, y más allá de las posiciones intelectuales y políticas frente a los DESC, identificar y realzar su dimensión técnica, parece un sano camino para darle racionalidad al debate, ahí donde parece guiado, más bien, por una mezcla de voluntarismo y romanticismo, a la luz de concepciones intuitivas de los derechos fundamentales. En otras palabras, profundizar acerca de aspectos tales como: el contenido esencial, los supuestos de hecho, las dimensiones prestacionales y no prestacionales, los deberes positivos y negativos del Estado, los mandatos al legislador, los límites internos y externos, etc., de estos derechos, esto es, la estructura normativa de cada derecho social, permite enfrentar el debate con mayor racionalidad, pragmatismo y facilitar la búsqueda de consensos. Ello, además, se opone a la delegación total –un verdadero vaciamiento– en el legislador democrático de todos los aspectos anteriores.

A lo anterior, se suma la necesidad de sofisticar la arquitectura organizacional que sustenta los derechos sociales, estableciendo límites externos institucionales –ya no solo de los derechos propiamente tales, en cuanto

[2] Y es que como ha sostenido el destacado jurista y presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Carlos Rosenkrantz: "nuestras sociedades están caracterizadas por el pluralismo no sólo acerca de las concepciones del bien sino también acerca de las exigencias de lo correcto. Ninguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas [...] no tenemos una visión única sobre cómo asignar recursos en nuestra sociedad y, este hecho, determina que si privilegiamos constitucionalmente un tipo de distribución sobre otro arrinconaremos a todos aquellos que no están de acuerdo". Rosenkrantz (2002), p. 7. Véase también Rosenkrantz (2006), pp. 17-57.

[3] Entre ellos, el derecho a un ambiente libre de contaminación (artículo 19 n.° 8), a la protección de la salud (artículo 19 n.° 9), a la educación (artículo 19 n.° 10), a la seguridad social (artículo 19 n.° 18), o el de sindicarse (artículo 19 n.° 19).

[4] Sobre la idea de constitucionalismo como práctica en el contexto de un modelo continental se sigue a Nino (2013). También a Peña (1996) y a Gómez (2005). Sobre la práctica constitucional entendida como las reglas de la constitución "no escrita" o "invisible", véase Tribe (2008) o Amar (2012).

estructura normativa, sino de su impacto sobre el conjunto de la actividad–. De ahí la importancia de una cláusula general de responsabilidad fiscal o una específica.

En tercer lugar, el debate existente también oscurece una visión sistémica sobre los derechos fundamentales y la búsqueda de un cierto equilibrio estructural. Las concepciones intuitivas de los derechos fundamentales invitan a redactar libremente derechos en las constituciones y, lo que es más grave, sobre la base de que es posible que sean exigibles y maximizados cada uno de ellos. Con todo, una Constitución que no establece un equilibrio adecuado de los derechos es una que genera incentivos a buscar maximizar solo los derechos sociales en desmedro de los derechos civiles y políticos. Ello tiene dimensiones institucionales que se deben considerar. Por ejemplo, no es posible un Estado de derecho, una economía de mercado robusta, libertad de contratación y competencia, si no se cuenta con un derecho al debido proceso fuerte, sobre la base de una infraestructura institucional bien financiada. ¿Por qué invertir en seguridad pública o ampliar el número de tribunales de justicia, si esos recursos compiten con mejoras en las pensiones? No es fácil encausar este equilibrio, pero es, sin lugar a dudas, un desafío trascendental.

Finalmente, una vez que se han identificado y redactado con precisión la estructura normativa de cada derecho social, los límites estructurales de cada derecho, y se tiene una macrovisión, coherente y sistémica sobre los derechos fundamentales en general, entonces queda el debate sobre la exigibilidad particular de cada derecho. Acá la noción prestacional/no prestacional cobra relevancia, como también el papel que tendrán el legislador y las políticas públicas en su concretización y el papel, secundario, de revisión o garantía de que no se violen los núcleos esenciales e indisponibles de los derechos, por parte de los jueces.

Para desarrollar los objetivos del artículo se continuará de la siguiente forma:

- Primero, tras señalar la importancia de avanzar hacia una regulación equilibrada de los derechos fundamentales, se examinan los modelos de consagración de derechos sociales más relevantes en el ámbito comparado en esta materia (sección II).
- Luego, se analizan los aspectos críticos de la estructura de los derechos sociales. En esta parte se hará referencia a aspectos tales como: su naturaleza jurídica (y sus dimensiones prestacionales y no prestacionales), el contenido esencial, la identificación del derecho y la titularidad, los supuestos de hecho, los límites internos y externos, los deberes o mandatos al Estado/legislador/poderes públicos, la inconstitucionalidad por omisión, la eficacia vertical y horizontal,

y las reglas de provisión en cuanto incorporan al sector privado y a la sociedad civil (sección III).
- Posteriormente, se discute la cuestión de la implementación o exigibilidad de los derechos sociales y los modelos alternativos en disputa (sección IV).
- Enseguida se da cuenta de la importancia de los principios interpretativos de Estado social, los principios de progresividad y no regresividad en el contexto de los tratados internacionales de derechos humanos y el de responsabilidad fiscal (sección V).
- Finalmente, se cierra con algunas reflexiones a modo de conclusión (sección VI).

II. Modelos (ideales regulativos) de consagración de derechos sociales

1. Hacia una regulación (constitucional) equilibrada de derechos fundamentales

Tal vez la noción más importante que subyace o en la que reposa la idea de tener un derecho, ser titular de un derecho fundamental, o de ser titular de un derecho subjetivo público –todos términos semejantes, para estos efectos– es que equivale a apartar para beneficio individual un segmento del bienestar social[5]. Aun cuando no se tenga una idea compartida de justicia social o de justicia distributiva que determine socialmente reconocer derechos, supone que su titular podrá exigir a los demás que se lo satisfagan, de las muchas maneras posibles, no solo por vía judicial. De modo que, si una Constitución reconoce a las personas un derecho fundamental, y esta es una promesa seria, implica movilizar acciones positivas y negativas del Estado, de diverso tipo y clase, para satisfacerlo.

En efecto, todos los derechos demandan acciones u omisiones del Estado para su realización, sean derechos sociales, de libertad o de igualdad. En ambos casos, se requerirán cuantiosos recursos públicos[6]. Pero ello no es ni remotamente similar ni homologable, como pudiera hacerse creer de

[5] En este sentido, Thomas Nagel, por ejemplo, ha señalado: "En contraste con las dificultades que afronta la búsqueda de la igualdad, la protección para cada individuo de una esfera de autonomía personal es el objeto de una tradición eficaz y bien desarrollada de la ética y el diseño institucional. Esta tradición se acepta exclusivamente en una minoría de culturas, pero donde se acepta funciona muy bien y su principal recurso es la definición y protección de los derechos individuales". Nagel (1996), p. 143.

[6] El clásico en esta materia es Holmes & Sunstein (1999).

manera interesada, entre todos los tipos y clases de derechos que una Constitución reconoce y ampara a un sujeto. Hay diferencias considerables entre los derechos[7]. Es cierto, que tanto el derecho al debido proceso como a la vivienda digna implican movilizar recursos públicos, desde rentas generales para su satisfacción. Pero –técnicamente, desde este punto de vista– debe diferenciarse, por ejemplo, el derecho a la vivienda, el que implica traspaso directo de una prestación material a un titular (apartar una cuota del bienestar), del debido proceso, que involucra o existe para garantizar la legitimidad social de las condiciones de aplicación estatal de una pena, y que solo en medio de la totalidad de derechos consagrados es "una parte" del bienestar individual considerado[8].

Si lo anterior es correcto, esto es, que todos los derechos reclaman acciones positivas y negativas del Estado para su satisfacción (aunque no sean asimilables), entonces, el catálogo de derechos que en una Constitución se escribe debe diseñarse –y justificarse– no solo como derechos subjetivos o como bienes individuales –que lo son–, sino, también, como un equilibrio sabio de derechos que proteja, por una parte, aspectos de la autonomía o libertad de los individuos para configurar los rasgos centrales de la vida y alcanzar sus propósitos (autonomía personal, familiar, ciudadanía, los resultados de su esfuerzo y trabajo, dirigiendo su propio plan de vida) con, por otra parte, aquellos que hacen valioso para otros pertenecer y respetarlos, sobre la base de ciertas consideraciones de igualdad, protección a minorías y desventajados[9]. Este equilibrio sabio es valiosísimo, y debe ser defendido en sí mismo por sus consecuencias benéficas para todos.

[7] Como señala Grosman (2008), pp. 24-25: "[...] el hecho de que tanto los derechos negativos como los positivos requieran que exista un Estado fuerte que gaste recursos sustanciales para hacerlos efectivos no significa que todos los derechos dependan de los recursos de igual manera".

[8] En idéntico sentido, Carlos Peña ha sostenido en esta materia: "suele esgrimirse que los derechos civiles y políticos también exigen del Estado prestaciones positivas que suponen ingentes recursos. Por ejemplo, las elecciones generales que permiten la participación política o el derecho a un proceso justo son derechos civiles y políticos que exigen del Estado especiales esfuerzos económicos. Y eso es verdad; pero en ese argumento se desliza un malentendido. En el caso de un sistema de justicia o un sistema electoral, el gasto estatal no se traduce en prestaciones individuales, sino que se traduce en una provisión general cuyo acceso está entregado también a variables socioeconómicas". Peña (2020), pp. 41-42.

[9] Una mirada crítica (o al menos escéptica) a un esfuerzo como este es posible encontrar Hayek (1976), p. 103, para quien: "los viejos derechos civiles y los nuevos derechos sociales y económicos no pueden alcanzarse al mismo tiempo, sino que más bien son de hecho incompatibles; los nuevos derechos no se pueden imponer por ley sin destruir al mismo tiempo el orden liberal al que tienden los viejos derechos civiles". Al "proclamarlos solemnemente como derechos" en la Declaración universal de la ONU de 1948, "significaba jugar irresponsablemente con el concepto de 'derecho', lo cual sólo puede conducir a menoscabar el respeto que

Pero ese equilibrio supone estar conscientes y aceptar que, si bien todos los derechos demandan acciones positivas y negativas, recursos materiales y jurídicos (aunque como se dijo, de muy diversa estructura), no todas las expectativas, deseos, anhelos, inseguridades e insatisfacciones de la vida individual y común pueden expresarse en derechos, ya que se volverían imposibles de garantizar. Un sistema equilibrado de derechos implica aceptar qué se debe priorizar, pues el daño de un diseño de derechos desequilibrado e intuitivo, terminará afectando los derechos en términos individualmente considerados.

Lo que se quiere señalar es que –por ejemplo– un fuerte e intenso reconocimientos de bienes sociales en la Constitución, exige fortalecer el catálogo de libertades, el debido proceso y los derechos contra la tributación injusta y confiscatoria. A esto se hace referencia con un equilibrio sabio, vale decir, que hay que tener cuidado en el diseño de la totalidad de los derechos porque el reconocimiento y garantía intensa de unos puede dejar al descubierto otros derechos, igualmente relevantes o más. El debate sobre las prioridades está abierto, pero sigue siendo muy convincente que los derechos que resguardan las libertades e igualdades configurativas de la autonomía y la autodeterminación, son básicos para la pertenencia, la cooperación y poder encausar la vida de cada cual tanto como para que opere la democracia sin abusos[10]. Y ello demanda un compromiso serio del Estado.

El diseño de un conjunto equilibrado de derechos no tiene por finalidad redistribuir la riqueza, impulsar reivindicaciones, imponer un modelo de sociedad colectiva, ni el triunfo ideológico, sino esa mezcla que se ha llamado "sabia" entre bienes individualmente significativos y otros colectivos (que dependen de la capacidad de producirlos) y "valiosa" por su enorme contribución a la legitimidad del sistema político y a la paz social.

Cualquier discusión sobre derechos sociales debe ser, entonces, sofisticada y técnica, tomando en cuenta el derecho comparado y lo que ha avanzado la teoría constitucional y la práctica constitucional chilena. La tarea es titánica por cuanto importa muchas veces la necesidad de tomar elecciones trágicas[11],

el derecho merece". Hayek (1976), p. 105. Por lo demás, tal documento "es claramente un intento de fundir los derechos de la tradición liberal occidental con la concepción totalmente distinta derivada de la revolución marxista rusa". Hayek (1976), p. 103.

[10] Véase Ely (1980).

[11] En los términos desarrollados por Calabresi & Bobbitt (1978).

en medio de la escasez[12], lo que requiere de una robusta filosofía de la prudencia constitucional[13].

2. Modelos comparados relevantes

A partir de las experiencias comparadas, se puede decir que existen cuatro grandes maneras de tratar las relaciones entre Constitución y derechos sociales (el indicado equilibrio aparece aquí denotado), disculpando, desde ya, la generalización: el modelo europeo, el estadounidense, el latinoamericano y el más reciente asociado al denominado "constitucionalismo del C*ommonwealth"*. Se trata de prácticas constitucionales bien asentadas (especialmente los tres primeros) y, que, además, han sido modelos influyentes en la discusión sobre derechos sociales entre nosotros (al menos desde 2014, esto es, lo que se conoce como el "proceso constituyente Bachelet").

En primer lugar, se encuentra el modelo europeo. Si se piensa en las constituciones de España, Suiza, Alemania y Suecia, por ejemplo, estas no reconocen derechos fundamentales sociales plenos. Es importante destacar, que, en estos modelos constitucionales, casi siempre se reconoce alguna dimensión social y liberal muy fuerte, por ejemplo, al decir, como consigna la Constitución española, que identifican el Estado como un "estado social y democrático de derecho" y reconocer que los derechos sociales son directri-

[12] Véase Grosman (2008). Especialmente interesante su desarrollo sobre el "paradigma de la escasez" y "la igualdad estructural de oportunidades", p. 95 y ss. Sobre la conexión de esto con la cuestión más general en torno a los deberes del Estado en materia de DCP y DESC sostiene: "En definitiva, la ambiciosa postura según la cual todos los derechos implican los mismos niveles de deberes estatales es conceptualmente débil y estratégicamente dudosa. Pero vale recordar qué fue lo que llevó a diversos autores a sostener tal postura. Como dije, no fue la inquisición filosófica abstracta, sino la aspiración de promover los derechos sociales convenciendo a juristas y magistrados de que tales derechos son justiciables. Quienes cuestionan la justiciabilidad de los derechos sociales han tratado de diferenciarlos de los derechos 'clásicos' sobre la base de que estos no suponen el tipo de deberes estatales propios de aquellos. En consecuencia, para refutar esta postura, basta con demostrar que los derechos civiles y políticos involucran el mismo tipo de deberes que los derechos sociales; no hace falta demostrar, además, que los derechos sociales también involucran los deberes negativos típicos de los derechos civiles y políticos. En otras palabras, la idea es que los derechos sociales no suponen deberes estatales que resulten muy diferentes a los que ya se encuentran generalmente aceptados como inherentes al Estado". Grosman (2008), p. 22. Para este autor, "la distinción entre las precondiciones y las funciones del Estado es de especial relevancia a la hora de analizar el papel que juega la escasez de recursos como defensa ante el incumplimiento de deberes [del Estado en materia de derechos fundamentales]". Grosman (2008), p. 26.

[13] Siguiendo al profesor Kronman (1985), pp. 1567-1616, respecto del pensamiento constitucional de Alexander Bickel.

ces de política pública[14], y que esos derechos, informan las políticas y las actuaciones del legislador. Asimismo, la Constitución suiza, ordena "promover la prosperidad común"[15] y la de Alemania el "libre desarrollo de la personalidad". Pero no se reconocen, prácticamente[16], derechos sociales en calidad

[14] Se trata de la técnica de consagración de los derechos sociales en la Constitución española, entendidos como directrices en materia social y económica que constituyen mandatos a los poderes públicos. Véase De Otto (2012), pp. 48-49; Pérez Royo (2010), p. 444 y Pérez Ñuño (2016), p. 181 y ss. El artículo 53 de la CE define con detalle lo que considera derechos fundamentales, llamémosles, fuertes (artículo 53.1 y tal vez 2), de aquellos que forman parte de lo que llama "Principios rectores de la política social y económica", los que "informarán la legislación positiva, la práctica social y la actuación de los poderes públicos", "de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen". La mayor parte se encuentra en el capítulo III del título I (derechos sociales y principios); pero también hay algunos en el capítulo II (derechos en su mayoría de naturaleza de libertad, pero solo protegidos en su núcleo esencial), como los derechos de los presos, el derecho a la educación y el derecho al trabajo (artículos 25.2, 27 y 35.1 de la CE, respectivamente) y, finalmente, algunos están dentro de la sección primera (junto a los llamados "derechos fuertes", protegidos con el recurso de amparo). En consecuencia, salvo estos últimos dos, la generalidad de los derechos sociales no es justiciable y requieren su desarrollo por ley. Véase Pereira-Menaut (2015), p. 225. Para Jiménez (1999), p. 123: "En el Capítulo Tercero del Título I no hay derechos subjetivos; derechos que, caso de existir allí, debieran merecer la calificación de constitucionales o fundamentales, reservada por la Constitución (art. 53.1) para lo proclamado en otros preceptos. No hay mayor vacilación al respecto en la jurisprudencia constitucional [...]". Para De Otto (2012), pp. 48-49, respecto de la exigibilidad de los DESC en la CE, y de acuerdo con el 53.3 de la misma: "las pretensiones de obtener alguno de los bienes a que se refieren sólo podrán prosperar en la medida en que estén reconocidas también en una ley. No cabrá, por tanto, que en ausencia de norma legal un tribunal declare el derecho de alguien a una vivienda digna o que sanciones un atentado contra el medio ambiente. Al excluir esta posibilidad la Constitución pretende evitar que los tribunales se sitúen en la posición del legislador [...]. Los principios rectores [...] han de ser tenidos en cuenta por todos los tribunales –el Constitucional y los restantes– como criterios interpretativos tanto de la Constitución como de la legislación ordinaria". Para un examen crítico respecto de la interpretación del TCE en esta materia (la que considera "minimalista"), véase Biglino (2020), pp. 53-84, para quien, además, los principios tienen naturaleza jurídica y vinculante, informando la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (p. 58). Para una mirada crítica respecto del modelo de consagración de los derechos sociales en la CE y la práctica interpretativa del TCE, proponiendo la consagración de estos como derechos públicos subjetivos, véase Ponce Solé (2017), pp. 67-98. Para una reconfiguración interpretativa de los derechos sociales desde la perspectiva de la dignidad humana, véase Rodríguez-Arana (2015), pp. 31-62.

[15] Véase Constitución de Suiza, artículo 1°, el capítulo III se llama objetivos sociales y en el artículo 41.4 señala al cierra "no pueden deducirse directamente de estos objetivos sociales derechos subjetivos a prestaciones del Estado".

[16] Por ejemplo, la Constitución alemana consagra en el artículo 7°, que el sistema educativo estará bajo la supervisión del estado, pero prácticamente ningún otro derecho de esta clase.

de derechos fundamentales[17]. Suecia, por ejemplo, el modelo más intenso de Estado benefactor, y utilizado de manera común en Chile como aspiración, no tiene ni reconoce en su Constitución derechos sociales[18].

Y todo lo anterior, no implica que Europa entera (casi sin excepciones) no se reconozcan y distribuyan, a través de un Estado benefactor intenso, políticas sociales –sean redistributivas o igualitaristas– de amplia cobertura. Los derechos sociales, parecen ser, entonces, una condición mínima de la democracia constitucional europea, aunque no consagren derechos sociales como derechos fundamentales en sus Constituciones. Ello no parece ser correcto –a la luz de esta experiencia– en relación con los derechos libertades e igualdades que respaldan la autonomía personal, la supresión de las Constituciones de estos derechos deslegitima la democracia y abre las partes a la tiranía, es decir, operan como una condición de existencia. Estos derechos son, entonces, una condición previa.

Ello muestra, y este es el punto que interesa destacar, que se puede tener una intensa política de reconocimiento y distribución de bienes sociales, sin consagrar derechos sociales en calidad de derechos fundamentales, lo que exigiría, nada más, un compromiso serio del Parlamento y la ley con ello, y políticas sociales dirigidas en esa dirección.

Un segundo modelo, es el plasmado en la Constitución de Estados Unidos. Es difícil imaginar un modelo más estricto. En este no hay reconocimiento alguno de derechos sociales en la Constitución y tampoco hay definiciones de Estado como estado social. Sin embargo, en materia de derechos civiles y políticos, desde Brown v. Board of Education of Topeka (1954) la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido un enorme valor a la igualdad de acceso al sistema educacional, lo que equivale a una inmensa política social de igualación frente a derechos de participación. En este modelo, independiente de los derechos que los Estados reconocen, la Constitución no

[17] Ejemplo inverso más llamativo es el de la Constitución de Portugal, que, en realidad, parece Constitución latinoamericana. La Constitución de 1958 no hace reconocimiento explícito a derechos, pero reenvía a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, al preámbulo de la Constitución de 1946 y a la Carta Medioambiental. El preámbulo de la Constitución de 1946 establece algunos derechos sociales, tímidamente redactados: derecho a obtener empleo, derecho a huelga en conformidad a la ley, garantiza la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio; el derecho a obtener de la colectividad los convenientes medios de existencia; acceso igualitario a la instrucción, la capacitación y la cultura. La Carta Medioambiental, señala que todos tienen derecho a vivir en un ambiente "equilibrado y respetuoso de la salud".

[18] La Constitución de Suecia, prácticamente no establece ningún derecho de esta clase, salvo el de asociación sindical y patronal (artículo 5); véase la referencia a la ley y su contenido, en el capítulo VIII.

incorpora ningún derecho social (en rigor, incluye muy pocos derechos, en general), sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido –y ordenado respaldar– algunos derechos sociales, como el de educación o el de aborto[19]. Lo anterior, se ve enormemente reforzado por el hecho de que Estados Unidos no ha suscrito las convenciones internacionales de derechos humanos, ni menos aquellas que reconocen derechos sociales (Pacto de derechos económicos, sociales y culturales). Ello genera un modelo donde el legislador democrático es clave para la existencia y configuración de estos derechos, dependiendo de las mayorías (Obama care).

En tercer lugar, parece relevante destacar el modelo latinoamericano, que entiende los derechos sociales como máximos. Este modelo hiperbólico se ancla en una definición muy diversa de las anteriores: aquí parece que los derechos sociales serían una condición de subsistencia del Estado y la sociedad, y están ampulosa e intensamente palabreados en los textos constitucionales. El grueso de los textos constitucionales de la región, reconocen toda clase de derechos sociales, sin ningún apego a la realidad concreta capaz de hacerlos efectivos. Las constituciones de Brasil, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Argentina contienen descripciones intensas de todo tipo de derechos sociales y o reenvían a tratados que los contienen, desde el derecho al ocio [20](constitución de Brasil) hasta el derecho a "acceso seguro y permanente a alimentos sanos, suficientes y nutritivos; preferentemente producidos a nivel local"[21] (constitución de Ecuador), pasando por una propuesta hermosa que recorre el continente: el derecho a la felicidad. Además, en estos países se conectan las Constituciones con los tratados internacionales, muy en particular, con el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales.

Si la Constitución fuera literatura para contarles a los hijos, desprovista de sentido autoritativo, daría lo mismo la cantidad y las palabras con que se redacta. Pero ello no es así. El realismo mágico está perfecto en la literatura, pero no en la política constitucional. Plasmar derechos sociales en la Constitución sin poder satisfacerlos seriamente puede ser signo de dos cosas: o la Constitución importa poco en ese país porque no incide, en serio, en la política ni en el Estado o este desfase entre palabras, normas y realidad contribuye a deslegitimar las instituciones. Cuando, además, esos derechos sociales son redactados en las Constituciones como derechos fundamentales

[19] Por supuesto, no se desconoce la importancia en el imaginario constitucional estadounidense de la propuesta de F.D. Roosevelt en torno a una segunda carta de derechos (*second bill of rights*), de segunda generación, en su discurso del estado de la unión en 1944. Véase, por ejemplo, Sunstein (2006).

[20] Véase artículo 6 de la Constitución de Brasil.

[21] Véase artículo 13 Constitución de Ecuador.

garantizados mediante acciones constitucionales se gestan desigualdades y descompensa el presupuesto público (los jueces no manejan el presupuesto), afectando a la democracia. Pero el punto de fondo, es que este modelo no parece haber contribuido a la reducción de la desigualdad objetiva ni a crear mejores oportunidades para sus habitantes.

Finalmente, en la última década ha surgido con fuerza el denominado constitucionalismo del C*ommonwealth*[22], que ofrece, bajo la idea del constitucionalismo débil, un modo de relacionamiento entre Constitución, derechos sociales y su exigibilidad, novedoso[23], porque pone en tensión los tres modelos clásicos antes examinados a la hora de implementar o hacer exigibles los derechos sociales y el papel institucional asignado a los poderes públicos para ello. Por un lado, destaca un enfoque de los derechos sociales como principios directivos constitucionales[24], a veces también denominados directivas[25], y no como derechos públicos subjetivos clásicos; y, por el otro, un modelo de implementación o exigibilidad basado en una amplia configuración legislativa que, pone la carga de la prueba y el *accountability* en el proceso político o, bien, en un modelo de revisión judicial débil (*weak judicial review*)[26], que, en todo caso, entrega la última palabra al Poder Legislativo (y no a los jueces).

Varias son las conclusiones que es posible extraer de la experiencia comparada. La primera, es que no hay una relación necesaria entre derechos sociales y Constitución. De hecho, pueden no describirse derechos sociales en la Constitución y ello no impide que haya o no un modelo de Estado benefactor. El argumento también vale a la inversa, que los derechos sociales se consagren en la Constitución, no asegura que la colectividad pueda alcanzar esos propósitos. ¿Se quiere decir, entonces, que da lo mismo redactar

[22] Véase, por ejemplo, Gardbaum (2013).

[23] Entre nosotros, destaca Verdugo (2021), pp. 547-574, quien quizá sea uno de los autores que más ha desarrollado este modelo entre nosotros, ofreciendo, además, una propuesta específica en materia de configuración y exigibilidad de los derechos sociales en el marco del proceso constituyente chileno en Dixon y Verdugo (2021).

[24] El texto de Weis (2018), pp. 836-870, es interesante. Examina diferentes modalidades de regulación de derechos sociales (especialmente en materia medioambiental), para mostrar las diferencias entre la regulación de derechos, valores sociales o principios directivos. Profundiza y ofrece diversos ejemplos respecto del uso de legislación dirigida (*directed legislation*) para implementar los principios directivos. Asimismo, desarrolla lo que denomina un modelo "contradjudicativo" de derechos que se opone al modelo tradicional de justiciabilidad de derechos sociales, pero también de las formas de revisión judicial débil como las propuestas por Rosalind Dixon.

[25] Véase, por ejemplo, Weis (2017), pp. 916-945 y (2018) y Khaitan (2019), pp. 603-632.

[26] Véase, por ejemplo, Tushnet (2008), aunque sus desarrollos vienen desde 2003 y Dixon (2017), pp. 2193-2232, aunque sus trabajos vienen desde 2007.

derechos sociales en una Constitución o no hacerlo? A juzgar por la experiencia comparada, no hay respuesta concluyente. Pero se está persuadido de que sí hace una diferencia significativa, debido a las razones señaladas al comenzar este texto, y por ello se llama la atención sobre la necesidad de ser serios y prudentes en su redacción. Segundo, los derechos sociales pueden redactarse en la Constitución, pero ello no quiere decir que tengan el carácter de derechos fundamentales, técnicamente hablando. Se pueden consagrar derechos sociales en calidad de objetivos de política pública, de directrices económicas o sociales, o como lo hacen algunas, señalando que estos derechos informan u orientan la actividad del legislador. Tercero, que las experiencias recomiendan prudencia frente a la tentación de consagrar toda clase de aspiraciones y anhelos que dependen de esfuerzos colectivos.

Lo anterior, por supuesto, genera tensiones y problemas agudos.

Si los derechos sociales prestacionales son consagrados en calidad de derechos fundamentales (consagración constitucional, esencia del derecho, límite a la ley, vinculación directa de todos los poderes a ellos y acción jurisdiccional), entonces, se abre una puerta muy compleja que desafía las tensiones entre democracia y Constitución, en la medida que este expediente dota de competencia a la jurisdicción constitucional para determinar el contenido, el mínimo que suponen, estándares de prestación y cobertura social de ellos. Todo lo cual, otorga a los jueces un poder decisivo, pues pueden imponer exigencias al presupuesto de la nación, que escapan al debate y control mayoritario, desafiando la idea misma de democracia. Los jueces deben tener un papel importante para garantizar los procedimientos y las instituciones, pero no para separar una cuota del bienestar colectivo para atribuírselo a una persona en concreto.

Lo anterior, esto es, el Poder Judicial o la jurisdicción constitucional resolviendo sobre derechos sociales en concreto y frente a ciudadanos que esgrimen acciones para alcanzar su amparo, genera el modelo de judicialización de derechos sociales, según la experiencia chilena, menos igualitario. La tutela de derechos sociales como derechos subjetivos, importa que los jueces distribuyen en función de quienes tienen la capacidad, conocimiento o recursos para llevar estos temas hasta la justicia. Obtiene reparación aquel que conoce y puede usar de las acciones judiciales o constitucionales. Y dado que el juez solo ve y resuelve sobre una situación o pretensión, desconoce el efecto general que sus decisiones provocan en el resto de las políticas sociales y en el presupuesto público. De hecho, un juez no sabe qué daño general puede estar provocando a otras personas que aspiran a obtener satisfacción, también. Esto se podría corregir. Sí, es posible; pero las experiencias comparadas (Colombia) demuestran lo contrario, normalmente solo se desbocan las sentencias judiciales.

Por lo pronto, cabe consignar que los derechos sociales, muy especialmente el de salud, son bienes elásticos. Ello quiere decir que la satisfacción aparente de ellos incrementa, ya sea en intensidad o calidad de las prestaciones, las necesidades sociales. En la medida que se cubren las necesidades primarias y secundarias de salud, se abren nuevas tecnologías, terapias o nuevas enfermedades que hacen muy difícil alcanzar estándares universales de satisfacción. Ello también cambia según las edades y otros factores como prevalencias o hábitos. El espejismo de su satisfacción plena e inmediata genera enormes problemas, como acontece con los fallos en recursos de protección. Ello se extiende también a otros bienes como la educación, la previsión, la vivienda u otros bienes semejantes, haciendo ilusoria la idea de satisfacción de estos derechos, pues los estándares de satisfacción son difusos y se renuevan con gran facilidad.

Pero, además, el reconocimiento de estos derechos como derechos fundamentales, implica presiones muy fuertes sobre el presupuesto público, aprobado democráticamente, que tienden a salirse de control. Es muy posible, entonces, que la existencia de estos derechos obligue en las Constituciones a mecanismos constitucionales paliativos: imponer por regla constitucional un límite al gasto fiscal no financiado (Alemania); establecer reglas de reenvío al Parlamento para que sea este quien apruebe las reglas necesarias para su satisfacción (Australia) o establecer acciones constitucionales de ajuste frente a diversas sentencias judiciales que los reconocen (Colombia). No todas estas experiencias son igualmente exitosas, pero estas demuestran que, los efectos de estos derechos sobre la totalidad de las instituciones democráticas, es muy grave y no debe despreciarse.

III. Estructura de los derechos sociales. Aspectos críticos

El tratamiento técnico de los DESC en la Carta vigente es deficitario: algunos quedan completamente entregados al desarrollo legislativo, sin explicitarse un núcleo esencial; los mecanismos de exigibilidad son diversos; el Estado asume un papel reducido o difícilmente identificable en cuanto al mandato constitucional específico (deber asegurar, proteger, promover, etc.); entre otros[27].

Este tratamiento poco satisfactorio, junto a los elementos identificados en la introducción, contribuyen a generar debates políticos apasionados,

[27] Gómez (2015), p. 94. Véase también Aldunate (2008).

no racionales, inflando las expectativas acerca de los mismos. A menor exigencia técnica acerca de lo que en realidad debe quedar regulado como un derecho social en la Constitución, aumenta la percepción de la simpleza de incorporar más y nuevos derechos sociales.

Aumentar esta vara resulta, entonces, crucial no por prurito intelectual o academicista, sino, muy por el contrario, para ser muy prácticos respecto de dotar de racionalidad al proyecto de nueva Constitución.

1. Naturaleza jurídica
Dimensiones prestacionales y no prestacionales.

Existen diversas concepciones acerca de los derechos fundamentales[28]. No existe intención de zanjar este debate ni de tomar una posición al respecto. No es necesario para los objetivos de este artículo. Tampoco lo es tomar una posición normativa respecto de los derechos sociales, aunque, por supuesto, se tiene[29].

Sin perjuicio de lo anterior, para efectos de contar con una definición operacional, mínima, siguiendo a Alexy, los derechos sociales fundamentales o derechos prestacionales en sentido estricto, se pueden definir como los derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtener también de los particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la seguridad social, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos prestacionales en sentido estricto, y que tienen como característica

[28] Por ejemplo, Luigi Ferrajoli conceptualiza los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, definiéndolos como todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotado del estatus de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar. Se entiende por derecho subjetivo "cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status, la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas". Ferrajoli (2016), p. 686.

[29] La posibilidad de llevar a cabo proyectos de vida autónomos, diversos, en condiciones de igual consideración y respeto, tanto de manera individual como en su expresión asociativa, supone un conjunto de libertades fundamentales que la materialicen y posibiliten. Con todo, el ejercicio de estas libertades tiene, naturalmente, un límite fáctico o material que debe ser superado. Es aquí donde los derechos sociales pueden representar un papel importante: generando las condiciones materiales mínimas para posibilitar el ejercicio de tales esferas de autonomía. Por lo demás, ello está a la base de un concepto de igual ciudadanía y autonomía pública. Sobre los derechos sociales como elemento de un equilibrio virtuoso entre autonomía privada y autonomía pública, véase Habermas (2010), p. 469 y ss.

estar expresamente estatuidos en la Carta Fundamental[30]. Ello para diferenciarlos de derechos prestacionales adscritos por vía interpretativa, también denominados interpretaciones sociales de los derechos de libertad e igualdad, desarrollados por la jurisprudencia de un tribunal constitucional y/o a la luz de una cláusula de Estado social de derecho[31].

En consecuencia, se pueden identificar los siguientes criterios para hacer una taxonomía inicial de derechos sociales prestacionales (estatuidos o adscritos interpretativamente), como dicotomía:

1) normas que confieren derechos subjetivos o normas que obligan al Estado sólo objetivamente;
2) normas vinculantes (infracción es declarada por un juez y/o juez constitucional) o no vinculantes (enunciados programáticos) y
3) fundamentar derechos y deberes definitivos o solo *prima facie* (como reglas o principios)[32].

De estos criterios se puede desarrollar una serie de subcategorías de derechos sociales en un continuo que va desde el más fuerte y protegido derecho prestacional subjetivo definitivo (por ejemplo, en la C*PR* vigente, el derecho a la educación básica y media gratuita) hasta un deber objetivo *prima facie* del Estado a otorgar prestaciones (por ejemplo, en la C*PR* vigente, en materia de incremento del patrimonio cultural de la nación).

Ahora bien, la correcta identificación de la dimensión prestacional o no prestacional involucrada en la consagración de cada uno de los derechos sociales en particular es una cuestión medular. En efecto, al precisar las diferencias entre las dimensiones prestacionales y no prestacionales de estos derechos, se logra entender de mejor forma su estructura normativa y las consecuencias que se derivan de la misma.

Muchos de los llamados derechos sociales suelen tratarse a primera vista como prestacionales, esto es, un conjunto de posiciones a prestaciones fácticas. Pero ello esconde las potenciales prestaciones normativas involu-

[30] Alexy (2017), p. 443. Para Luigi Ferrajoli, los derechos sociales, si bien consisten primordialmente en expectativas positivas de prestación, incluyen también expectativas negativas de no lesión: "Es claro que las expectativas negativas incluidas en estos derechos no plantean particulares problemas de garantía, primaria ni secundaria. Sus garantías primarias son garantías negativas que consisten en prohibiciones, cuyas violaciones integran actos inválidos o actos ilícitos, sancionables o reparables mediante las garantías secundarias o jurisdiccionales, al igual que las de los derechos de libertad. Los mayores problemas relativos a los derechos sociales son, en cambio, los generados por su forma lógica de expectativas positivas universales y por las garantías positivas que éstas requieren". Ferrajoli (2016a), pp. 384-385.

[31] Alexy (2017), pp. 443-444.

[32] *Op. cit.*, p. 445.

cradas, especialmente los derechos de protección y los derechos a la organización y al procedimiento, también denominados derecho a regulaciones[33].

En efecto, siguiendo a Alexy, por derechos de protección se entienden los derechos del titular de un derecho fundamental frente al Estado para que este lo proteja de intervenciones de terceros. Puede importar la protección por medio de normas del derecho penal, de normas del derecho de responsabilidad civil, de normas procesales, de acciones administrativas, de una actuación fáctica, entre otras. Son, en consecuencia, derechos a que el Estado organice y maneje el orden jurídico de una determina manera en lo que se refiere a la relación recíproca de sujetos jurídicos de igual jerarquía[34].

Por su parte, por derechos a la organización y al procedimiento se debe entender el derecho a que se establezcan determinadas normas procedimentales (sentido débil) o una determinada interpretación y aplicación de normas procedimentales (sentido fuerte). Suelen estar asociados a una interpretación exigente del debido proceso (tutela judicial efectiva), y puede materializarse en competencias de derecho privado, procedimientos judiciales y administrativos (procedimiento en sentido estricto), la organización en sentido estricto y la formación de la voluntad estatal[35].

Por ejemplo, un derecho a la asistencia social que, en lo esencial, se agota en el derecho a prestaciones fácticas (*e.g.*, derecho a prestaciones básicas uniformes o a una renta), es diferente en su estructura al más complejo derecho al ambiente libre de contaminación o sano[36]. Otros ejemplos que

[33] Véase Abramovich y Courtis (2004), p. 30 y ss. Para Biglino (2020), p. 66, examinando el caso español, los derechos sociales no prestacionales, imponen a los poderes públicos: "a llevar a cabo una intervención en las relaciones sociales que no tienen coste económico directo para las arcas públicas, sino que exige una regulación destinada a limitar el desequilibrio entre las partes de una determinada relación jurídica, como sucede, por ejemplo, en las relaciones laborales, cuando se impone a los poderes públicos garantizar el descanso necesario de los trabajadores, mediante la limitación de la jornada laboral o las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40.2 CE); en las relaciones entre consumidores y ofertantes de bienes y servicios, cuando se impone a los poderes públicos la protección de la seguridad, salud y legítimos intereses económicos de los primeros (art. 51.1 CE), y en las relaciones familiares [artículo 39 de la CE]".

[34] Alexy (2017), p. 399. Véase también Grimm (2016), p. 176 y ss.

[35] Alexy (2017) p. 416 y ss. Véase también Grimm (2016), p. 179 y ss.

[36] Este último podría importar (i) un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el ambiente (derecho a defensa); (ii) un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que dañen el ambiente (derecho de protección); (iii) un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho en procedimientos relevantes para el ambiente (derecho al procedimiento) y (iv) un derecho a que el propio Estado emprenda medidas fácticas, tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica). Véase Alexy (2017), p. 392.

demuestran esta complejidad son el derecho al trabajo[37], o el derecho a la salud[38].

2. Identificación del derecho y titularidad

La Constitución puede optar por diferentes formas de consagrar el derecho social, como también diversas titularidades.

En el primer caso, se puede distinguir entre interpretaciones en sentido fuerte, de optimización o como directriz a los poderes públicos. Así, por ejemplo, una interpretación en sentido fuerte está contenida en el enunciado "derecho a la vivienda". La Constitución establece el derecho imponiendo un deber de cumplimiento absoluto para los poderes públicos[39], pudiendo incluir, además, la tutela judicial directa.

Por su parte, un derecho de optimización podría estar expresado bajo la fórmula "derecho a vivir en una vivienda digna y/o adecuada". En este

[37] Entre los diversos derechos especiales que se pueden concebir bajo este se encuentran: la libre elección de profesión, libertad de elección de un puesto de trabajo (derecho a un puesto de trabajo), a un salario justo, a condiciones de trabajo adecuadas, a la protección para determinados grupos de personas (*i.e.*, las mujeres), al descanso, al subsidio al desempleo, el derecho de huelga, entre otros. En consecuencia, se trata de un derecho compuesto por derechos de protección y a la organización/procedimiento, esto es, derechos a prestaciones normativas más que a prestaciones fácticas (más bien asociadas a un salario justo específico o a un subsidio al desempleo). Alexy (2017), p. 392. Por otro lado, para Ferrajoli (2016a), p. 391 entre las garantías involucradas en materia de satisfacer el derecho al trabajo pueden considerarse como garantías negativas de conservación, por ejemplo, la prohibición de despedido sin justa causa y la obligación de readmitir al trabajador injustamente despedido. Bajo el aspecto positivo, no puede entenderse una oferta de un puesto de trabajo o políticas y reglas dirigidas a garantizar el empleo, "sino sólo a promoverlo", por ejemplo, reducción de la jornada laboral, la anticipación de la edad de jubilación, el refuerzo de las oficinas públicas de empleo, acciones positivas orientadas a garantizar igualdad de oportunidades, especialmente el trabajo femenino, promover nuevas formas de autonomía del trabajo. Todo ello hace que, a su juicio, "el derecho al trabajo seguirá siendo, por eso [garantías débiles], sustancialmente un derecho débil". Ferrajoli (2016a), p. 392.

[38] Ferrajoli (2016a), p. 397 ha señalado en esta materia que, dada su naturaleza compleja y molecular, requiere de una multiplicidad de garantías, correspondiente a las dimensiones negativas y positivas involucras. Así, sostiene que, además del derecho a ser tratado adecuadamente en caso de enfermedad, se extiende al derecho a servicios idóneos de prevención mediante los estudios y determinaciones que sean precisos como el derecho a obtener todas las informaciones relativas respecto del propio estado de salud, a participar en las decisiones terapéuticas indicadas en relación con las primeras, eligiendo entre todas las posibles y prestando en cualquier caso el consentimiento, o el derecho a resarcimiento por eventuales daños injustos. Asimismo, se entiende formar parte de este derecho el derecho a morir con dignidad.

[39] Por ejemplo, la Constitución de México en el artículo 4° párrafo séptimo dispone: "Toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo".

caso, la Constitución establece el derecho, pero fija un margen de apreciación a los poderes públicos para su cumplimiento, que podría partir desde un estándar mínimo legislativo o de política pública[40].

Finalmente, un derecho entendido como directriz tomaría la siguiente forma: "El Estado velará por el acceso la vivienda de todos sus habitantes".[41] La Constitución no establece un derecho específico, sino que consagra deberes a los poderes públicos.

Por otro lado, a la hora de definir las titularidades de derechos fundamentales, la Constitución puede utilizar diferentes nomenclaturas (con alcance diferenciados también). No necesariamente tiene una conexión directa con la legitimación activa para la garantía jurisdiccional del mismo. Esto abre la discusión no solo en materia de derechos sociales, sino respecto de los todos los derechos fundamentales.

Si bien los modelos de titularidad básicos de derechos fundamentales se basan en categorías o estatus como los de persona, habitante o nacional, se puede pensar en titularidades específicas respecto de distintos derechos sociales, por ejemplo, el trabajador, el sindicato, el grupo negociador, los enfermos, etcétera[42],

Por lo demás, basta pensar en la práctica constitucional chilena reciente para considerar la complejidad de esta cuestión. Más allá de que la Constitución asegura a todas *las personas*... los derechos del artículo 19, consideran en su texto, o en la evolución de la práctica constitucional –especialmente de la jurisprudencia constitucional–, otras fórmulas (personas jurídicas, personas o entes morales sin personalidad jurídica, entre otros)[43].

---

[40]Así, por ejemplo, la Constitución de Sudáfrica en su artículo 26 señala: 1. Toda persona tiene derecho al acceso a una vivienda adecuada. 2. El Estado debe adoptar una legislación razonable y otras medidas, con sus medios disponibles, para conseguir la realización progresiva de este derecho. 3. Nadie puede ser desahuciado de su casa, o su casa puede ser demolida, sin una orden de un tribunal de justicia considerando todas las circunstancias relevantes. Ninguna legislación puede permitir desahucios arbitrarios.

[41] Por ejemplo, la Constitución de España, en su artículo 47 dispone: "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos".

[42] Así, por ejemplo, la Constitución italiana dispone en el artículo 36: "El trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su familia y a sí mismo una existencia libre y digna".

[43] Así, en primer lugar, se reconoce el estatus de persona jurídica en el derecho de fundar TV a universidades y entidades (artículo 19 n.° 12), partidos políticos

3. Contenido esencial

Cada derecho fundamental posee un contenido esencial inafectable o indisponible por el legislador y los demás órganos estatales[44]. Para Eduardo Aldunate, se asocia con la posibilidad de distinguir un núcleo básico que hace identificable a un derecho fundamental como tal. El objeto protegido no es el derecho subjetivo de cada individuo, si no la configuración objetiva de cada derecho[45].

El Tribunal Constitucional chileno interpretando el artículo 19 n.° 26 de la C*PR* asocia el contenido esencial de un derecho al que este se hace impracticable cuando sus facultades no pueden ejecutarse o el derecho se dificulta más allá de lo razonable cuando las limitaciones se convierten en intolerables para su titular, o se impide su libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban más de lo razonable o lo priven de tutela jurídica[46].

4. Supuestos de hecho y límites de los derechos fundamentales

Los supuestos de hecho de un derecho específico tienen relación con los cualificadores internos del mismo y que contribuyen a definir su ámbito de protección[47]. En el caso de los derechos civiles esta definición o cualificación

(artículo 19 n.° 15), organizaciones sindicales (artículo 19 n.° 19), o en STC Aborto 3 causales se consagra una objeción de conciencia institucional. Luego, se reconoce a personas o entes morales sin personalidad jurídica. Por ejemplo, el artículo 19 n.° 4 protege honra de la familia o en STC Reforma laboral se reconoce a los grupos negociadores para efectos de la negociación colectiva. Finalmente, se puede destacar el caso de colectivos, que, aunque no están reconocidos en el texto constitucional, se pueden encontrar, por ejemplo, en el Convenio 169 OIT que consagra el derecho a consulta a pueblos indígenas generando una dinámica nueva.

[44] Un clásico en esta materia es Häberle (2003).

[45] Así, una persona concreta puede ser privada de su casa sin que se entienda se atenta contra el contenido esencial del derecho de propiedad; y una regulación puede ser estimada inconstitucional porque atenta contra un atributo constitutivo del dominio (*e.g.*, derecho de goce), aunque, incluso, en la práctica, nadie vaya a verse afectado. Véase Aldunate (2008), p. 47 y ss. Para Cea (2019), p. 665 y ss., se trata de un núcleo o médula asegurada, sustraída de cualquier regulación o injerencia normativa, reconocida en beneficio de todas las personas, sin consideración de momento, mérito o circunstancia. Es ese núcleo esencial lo que caracteriza, objetivamente, a un derecho y lo distingue de otros. Se trata así de su reconocibilidad como tal, rasgo que no puede ser desfigurado ni suprimido por la ley u otra disposición jurídica.

[46] Véase, por ejemplo, STC, rol n.° 226, considerando 38°.

[47] Véase, por ejemplo, Barak (2017), p. 56 y ss.

suele ser más precisa[48]. Con los derechos sociales la Constitución chilena no ha logrado precisiones equivalentes[49].

En este punto conviene hacer dos precisiones conceptuales útiles. En primer lugar, el ámbito de protección de un derecho fundamental, definido por el supuesto de hecho subyacente, es importante para diferenciar lo que serían escasísimos derechos fundamentales de naturaleza absoluta como la prohibición de la tortura –lo que significa que el supuesto de hecho es garantizado en toda su extensión, transformando, en consecuencia, por ese hecho, un derecho en absoluto–, del resto de los derechos fundamentales que, esencialmente son relativos, esto es, el supuesto de hecho define el ámbito de protección.

Por otro lado, se debe diferenciar claramente –aunque no siempre es tan simple– el supuesto de hecho de un derecho fundamental de los límites internos de un derecho –que se verá con mayor detalle a continuación–. Los límites determinan las circunstancias en las cuales el derecho fundamental –de acuerdo con su determinado supuesto de hecho– puede ser limitado de manera justificada (y proporcionada) tanto en el ámbito constitucional como –y especialmente– en el infraconstitucional (reserva de ley).

En otras palabras, los derechos absolutos son una rareza y, como regla general los derechos son relativos. Lo anterior, en parte, porque los supuestos de hecho restringen el ámbito de protección de los derechos fundamentales, y, enseguida, por la existencia de límites y restricciones a estos.

Estos límites pueden ser tanto internos como externos.

Desde la perspectiva de los límites internos, se trata de aquellos que derivan del propio derecho a continuación del enunciado y la definición de su contenido esencial, también denominadas restricciones inmanentes o que habilitan al legislador para delimitar este[50].

---

[48] Por ejemplo, se garantiza el derecho a reunión sin permiso previo, pero no en términos absolutos y generales, sino que cuando se ejerza "pacíficamente" y "sin armas". La libertad de expresión es sin censura previa (y con un esquema de responsabilidad *ex post* calificada) "en cualquier forma y por cualquier medio", dando una especial amplitud al supuesto de hecho.

[49] Con todo, un buen ejemplo en esta materia, esto es, algún grado de precisión en los supuestos de hechos se encuentra en el artículo 19 n.° 10 inciso 5 de la *CPR* que, en materia de derecho a la educación, dispone: "La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad".

[50] Ejemplo de lo primero, que los sindicatos no puedan intervenir en actividades político partidistas (artículo 19 n.° 19 inciso 3 de la *CPR*); ejemplo de lo segundo, la habilitación legislativa para prohibir trabajos que se opongan a la moral, seguridad o salubridad pública o al interés nacional (artículo 19 n.° 16 inciso 4 de la *CPR*), la habilitación legal para establecer cotizaciones obligatorias (artículo 19 n.° 18 inciso 3 de la *CPR*) o establecer modalidades de

Desde la perspectiva de los límites externos, se consideran, en sentido estricto, aquellos impuestos por otras normas constitucionales o infraconstitucionales (la ley con autorización constitucional). El caso paradigmático son las limitaciones y restricciones de derechos específicos con ocasión de decretarse los estados de excepción constitucional. En sentido amplio, se habla de "límites generales" de los derechos sobre la base de categorías tales como: el bien común, la buena fe, la proscripción del abuso del derecho y el respeto a los derechos de terceros[51].

En el sistema constitucional chileno también debe considerarse de existencia de reglas limitativas de los límites o metalímites. Es el caso, por ejemplo, de la regla contenida en el artículo 19 n.° 26, tomada desde la Carta Fundamental alemana, en cuanto, la Constitución asegura a todas las personas:

> "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

También debe tenerse a la vista que el artículo 5 inciso 2 de la *CPR*, en cuanto esta regla establece como límite a la soberanía los derechos que emanan de la naturaleza humana y los garantizados por tratados internacionales (de derechos humanos) ratificados y vigentes.

5. Deberes o mandatos al Estado/legislador/ poderes públicos

Un aspecto central de la estructura de los derechos fundamentales es su carácter vinculante como criterio normativo para el control de constitucionalidad de las leyes, y de otros actos normativos (tratados internacionales y reglamentos). También el deber de respeto o no transgresión a los derechos respectivos.

Pero, en lo que importa, la Constitución dispone la "concretización", "actualización" o "realización" de los derechos fundamentales, lo que es especialmente cierto en materia de derechos sociales, que, por regla general, requiere un desarrollo normativo infraconstitucional (legislador)[52].

---

ejercicio del derecho como el requisito de título universitario para el ejercicio de determinadas profesiones (artículo 19 n.° 16 inciso 4 de la *CPR*).

[51] Aldunate (2008), p. 252 y ss.

[52] *Op. cit.*, p. 186.

En la carta de derechos vigente se encuentran diversos mandatos, encargos, deberes o autorizaciones/habilitaciones al Estado y al legislador[53].

La doctrina ha intentado ofrecer categorizaciones o taxonomías respecto de los mandatos al Estado/Legislador, los que pueden traducirse en deberes de respeto, entendidos como no interferencia del Estado en el acceso del bien jurídico protegido; de protección, esto es, impedir que terceros obstaculicen o impidan acceso a esos bienes; de garantía, asegurando al titular al acceso del bien cuando no pueda hacerlo por sí mismo; y de promoción, debiendo desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien[54].

Se trata de una cuestión de importantes consecuencias. El modelo contemporáneo de vinculatoriedad y eficacia directa de la Constitución –que, por lo demás, encuentra fundamento en los artículos 6° y 7° de la Carta–, y de control constitucional de la actividad legislativa reemplaza un modelo de mandatos al Estado/legislador como meras disposiciones programáticas no exigibles.

6. *Inconstitucionalidad por omisión*

Una consecuencia de que la Constitución imponga deberes o mandatos al Estado y/o al legislador consiste en las consecuencias del incumplimiento del mismo. El concepto de omisión legislativa en esta materia implica algo más que la mera constatación de una falta de actuación legislativa allí donde está constitucionalmente prescrita; conlleva, además, el postulado de que puede ser objeto de reproche de inconstitucionalidad.

El problema nuclear es la complejidad del estándar del control, especialmente si recae en un órgano jurisdiccional[55]. Cuando se examina la constitucionalidad de la ley, el parámetro de control de una norma legal es la propia Constitución. Sin embargo, en el ámbito del control de una omisión legislativa se trata de evaluar un comportamiento.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha señalado en esta materia:

---

[53] Ejemplos de ello, en materia de derechos sociales, son el mandato amplísimo al legislador del artículo 19 n.° 18 inciso 2 de la *CPR* ("Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho [seguridad social] serán de quórum calificado"), artículo 19 n.° 18 n.° 3 de la *CPR* ("La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias") o el artículo 19 n.° 16 inciso 5 de la *CPR* ("La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en una solución justa y pacífica").

[54] Abramovich y Courtis (2004), pp. 30-31.

[55] Sobre esta cuestión, los mecanismos de control y sus limitaciones, véase también Ferrajoli (2016a), p. 388.

> "Por último es también necesario advertir que, 'en la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta' (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4), de manera que esa inconstitucionalidad por omisión 'sólo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella' (STC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 4), lo que es patente que no ocurre en este caso. En suma la regulación examinada responde a una lícita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 en relación con el art. 13 CE"[56].

En la práctica constitucional chilena reciente, el Tribunal Constitucional ha optado por un control débil, mediante "mensajes", "llamados" o "recados" al Poder Legislativo para que ejerza su competencia. La alternativa fuerte es que el propio tribunal (o la Corte Suprema) se arrogara una competencia sustitutiva[57].

7. Efectos vertical y horizontal de los derechos fundamentales

La regla general respecto de los derechos fundamentales es su efecto o eficacia vertical: mandatos o límites respecto del poder estatal, garantizando esferas de no interferencia o de promoción de valores o derechos fundamentales para asegurar la dignidad humana y la autonomía personal.

Excepcionalmente, y siendo una cuestión controvertida en la doctrina y jurisprudencia comparada[58], a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Isapre I, STC, rol n.° 976[59], se ha afirmado entre nosotros que a la satisfacción de los derechos sociales quedan obligados también los particulares, y no solo el Estado[60].

---

[56] STCE, rol n.° 139/2016, de 21 de julio, FJ 10.

[57] Aldunate (2008), pp. 187-88.

[58] Véase, por ejemplo, Ferreres Comella (2003), pp. 41-52.

[59] Véase especialmente considerandos 34° a 37°.

[60] Para una visión crítica sobre una interpretación expansiva en este ámbito véase Aldunate (2008). Por el contrario, una defensa temprana de esta posición puede encontrarse en Cea (2004), pp. 43-72. Debe notarse que el entonces ministro Cea fue el redactor de dicha sentencia.

Esta interrogante crece en la medida que los derechos sociales son derechos fundamentales plenos como se ha visto –al menos bajo su conceptualización como derechos públicos subjetivos–. Con todo, no parece que algún país con sistema constitucional serio crea que los particulares deben proveer a los derechos prestacionales de los demás, o sea, que ellos pueden transgredir esos derechos, independiente de la tributación y otras formas de contribución.

8. Reglas relativas a la provisión del derecho social (incorporación del sector privado y la sociedad civil)

Se trata de uno de los debates más controversiales del proceso constituyente, uno marcado por excesos ideológicos; por un lado, quienes buscan entregar al mercado, "la solución privada a los problemas públicos", por otro, quienes promueven "el régimen de lo público". Estos excesos han marcado en los últimos años las posiciones esquina en debates fundamentales de política pública como educación, salud o seguridad social, y en la dimensión constitucional de los mismos. En estos ámbitos es donde la crítica a la imposición de un modelo neoliberal a la Constitución vigente ha tomado más fuerza[61].

Pero más allá de esta discusión, existen diversas técnicas para enfrentar esta cuestión. En efecto, entre los modelos posible se pueden encontrar:

i) la configuración legal abierta, esto es, la ley definirá si el derecho social debe proveerse por una institución pública o privada;
ii) reglas cerradas respecto de financiamiento y provisión de los bienes, garantizando modelo mixto o libertad de elección, lo que no obsta a ciertas calificaciones (por ejemplo, la ley podrá establecer cotizaciones obligatorias, las que podrán tener un componente solidario) o
iii) reglas abiertas de financiamiento y provisión de los bienes, con directrices que no infrinjan los supuestos y no obstante poder consagrarse el deber preferente del Estado en el ámbito público respectivo. Asimismo, es todavía posible pensar
iv) un estatuto especial, diferenciado respecto de cada uno de los derechos sociales, en que el constituyente podrá inclinarse por uno de estos modelos, en atención a sus particularidades[62].

[61] Véase Atria, Salgado y Wilenmann (2014). En la posición opuesta se encuentra a Fermandois (2014), pp. 213-242, quien "evalúa la jurisprudencia más visible del Tribunal Constitucional en ciertos principios y derechos que resultan emblemáticos para juzgar su contenido dogmático (subsidiariedad, propiedad, educación, trabajo, salud y justicia tributaria), concluyendo que es escasa la evidencia existente en sede control preventivo eventual, que respalde o soporte la afirmación que la Carta Fundamental de 1980 es de inspiración neoliberal".

[62] Ello es posible observar hoy en la Constitución vigente. Por ejemplo, el artículo 19 n.° 9 que consagra el derecho de protección a la salud, señala en su inciso final: "Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado". Por otro

A la base de esta discusión está, por un lado, el debate doctrinario (a ratos ideológicos) acerca de la conveniencia o no de la participación del sector privado (con lucro) y la sociedad civil (sin lucro) en la provisión o co-producción de bienes sociales valiosos, que permiten, para sus partidarios el pluralismo, la subsidiariedad y la solidaridad y, para sus detractores el que, al igual como ocurre hoy, se *comoditicen* derechos sociales que debiesen quedar fuera del mercado y bajo el régimen de lo público.

Por otro lado, también este debate opera como una segunda frontera que se pensaba consolidada, pero que, a la luz de los debates recientes, pareciera que no: considerar bajo el concepto de derechos sociales bienes y servicios que hoy quedan incluidos en el modelo de servicios públicos regulados.

Por ejemplo, Diego Gil ha reformulado la manera de pensar el derecho a la vivienda adecuada en el contexto de la práctica constitucional chilena y de una nueva Constitución, iluminando respuestas innovadoras en la tensión estatal-privada referida. Así, siguiendo los estándares desarrollados en el derecho internacional de los DD.HH., señala que el derecho a la vivienda, en primer lugar,

> "no significa necesariamente que las personas deban tener acceso a una casa o departamento en propiedad. En otras palabras, garantizar el derecho a la vivienda no es lo mismo que garantizar el acceso al dominio de una habitación"[63].

Lo anterior es especialmente relevante dado que la política de vivienda en Chile ha tendido a asimilarse a convertir a los beneficiarios en propietarios, "lo que contrasta con las políticas de la mayoría de los países desarrollados que subsidian el arriendo en vez de la propiedad"[64].

Más importante aún, también sobre lo base de los criterios desarrollados por el derecho internacional de los DD.HH., el derecho a la vivienda, por un lado, no obliga al Estado a constituirse en el principal constructor de viviendas para la población y, por el otro, incluso la obligación del Estado de consagrar un marco institucional que garantice el acceso a la vivienda para todos aquellos que no pueden acceder a esta por sus propios medios,

> "puede depender significativamente de la acción del mercado. De hecho se ha mencionado que el enfoque de mercado puede ser una de las estrategias institucionales para garantizar el acceso a la vivienda"[65].

---

lado, el artículo 19 n.° 18 sobre seguridad social dispone en su inciso 3, que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, y en lo que importa, "sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas".

[63] Gil (2020), p. 866. Se ha omitido cita interior.

[64] *Ibid*.

[65] Gil (2020), pp. 866-867. Con todo, Diego Gil ha desarrollado las consecuencias negativas del enfoque de mercado en términos de segregación urbana. Gil (2016).

IV. Implementación o exigibilidad de los derechos sociales. Justiciabilidad y modelos alternativos

Existen diversos modelos de implementación o exigibilidad de los derechos sociales. Como se verá, la práctica constitucional chilena da cuenta de una evolución en esta materia bajo el amparo de la Constitución vigente, desde un modelo originalista, que trata los derechos sociales como meras aspiraciones sociales, no justiciables, y hasta el más reciente proyecto de nueva Constitución de la expresidenta Michelle Bachelet, que, por el contrario, buscó ampliar el catálogo de derechos sociales con amplia justiciabilidad[66]. Entre ambos extremos han surgido posiciones intermedias en medio del debate constituyente, en buena medida inspirada en una rica literatura comparada[67]. Y, si bien algunas de las propuestas han apuntado en la dirección correcta, siguen quedando en el camino interrogantes y lagunas de diseño que se deben resolver antes de inclinarse en una u otra dirección. Poner énfasis en esta última dimensión es el objetivo principal de esta sección.

1. Evolución de la práctica constitucional: del modelo originalista de meras aspiraciones sociales no justiciables a la justiciabilidad total del proyecto Bachelet

La opción que tomó la Carta vigente, especialmente en su interpretación originalista a la luz de las discusiones en la CENC, fue que los derechos sociales son meras aspiraciones o declaraciones programáticas que dependen de la capacidad económica del Estado. Dado que los derechos civiles y políticos,

[66] Varios defensores del modelo de justiciabilidad descansan en la (extendida) idea de que el litigio (estratégico) de los derechos sociales es un vehículo idóneo para avanzar la transformación social. Uno de los clásicos en esta materia desde una perspectiva comparada es Epp (2013). En sentido contrario, el texto canónico es el de Rosenberg (1991), quien examina críticamente la casi unánime posición en la academia estadounidense que fueron sentencias judiciales, icónicamente Brown o Roe de la Corte Suprema, las que impulsaron los cambios sociales relevantes en Estados Unidos y no el proceso democrático-legislativo. Por supuesto, la obra de Alexander Bickel está a la base de una reflexión crítica en esta materia. A la famosa (aunque no siempre bien comprendida) crítica contramayoritaria de la revisión judicial de las leyes a comienzos de la década de 1960, en Bickel (1986), se suman las menos conocidas entre nosotros, de la primera parte de la década de 1970 (una de ellas póstuma tras su temprana muerte a fines de 1974), Bickel (1975) y (1978), examinando críticamente el legado de la denominada Corte Warren y la posibilidad de transformación social vía judicial.

[67] Véase, por ejemplo, Landau (2012), pp. 190-247; Jung, Hirschl & Rosevar (2014), pp. 1043-1093; Chilton y Versteeg (2016) y (2018), pp. 293-335; Weis (2017) y (2018) y Dixon (2018), pp. 767-818.

como regla general, quedaron garantizados por el recurso de protección ante los tribunales superiores de justicia (cortes de apelaciones en primera instancia; Corte Suprema en segunda), como también los derechos de libertad contenidos en los derechos sociales (por ejemplo, libertad de elección del sistema público o privado de salud, de acuerdo con el artículo 19 n.° 9 inciso final de la *CPR*), tempranamente se generó una crítica desde el constitucionalismo progresista acerca de la existencia de dos clases de derechos fundamentales, criticándose el tratamiento conceptual, regulatorio y de exigibilidad de los derechos sociales que, en consecuencia, quedaban en una posición desmejorada.

La práctica constitucional fue modificando este orden de cosas. La Corte Suprema, por ejemplo, dio un nuevo estatus al derecho a la protección de la salud, vinculándolo al derecho a la vida; el derecho a la educación se fue haciendo exigible a través del derecho de propiedad, la prohibición de juzgamiento por comisiones especiales o como inherente a la libertad de enseñanza; entre otros.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en Isapre I (STC, rol n.° 976-07) declaró que los derechos sociales son derechos fundamentales, de la misma naturaleza que los civiles y políticos, que a su base está el principio constitucional de la dignidad humana, que los aseguradores privados deben hacer todo cuanto está a su alcance para garantizar este derecho de sus afiliados, imponiendo deberes positivos a los particulares, entre otros[68].

Más aún, en dicha sentencia vinculó el derecho de protección a la salud con los principios de seguridad social como derecho social, al igual que en la STC, rol n.° 1710-10[69]. En idéntico sentido lo hizo al pronunciarse respecto del derecho a la seguridad social (artículo 19 n.° 18 de la *CPR*), y sus tradicionales cuatro principios basales (solidaridad, uniformidad, integridad y universalidad)[70], sin perjuicio que su manifestación expresa fue eliminada de la Constitución[71].

En paralelo, la práctica constitucional fue dando cuenta de que, en diversos ámbitos, pero especialmente salud, seguridad social y educación, el desarrollo de tales derechos sociales se hacía por la vía legislativa y las po-

[68] Véase STC, rol n.° 976-07, considerando 26° y ss.

[69] STC, rol n.° 1710-10, considerandos 129° y 131°.

[70] Véase, por ejemplo, STC, rol n.° 1287-08, considerando 25°. De manera más reciente STC, rol n.° 7442-19, considerando 23°. Alejandro Silva Bascuñán sostiene que este principio, en el contexto de la seguridad social, importa que "toda la comunidad ha de realizar un esfuerzo para contribuir a la seguridad social, especialmente en auxilio de quienes estén en una postura social más desfavorable". Silva (2010), p. 382.

[71] En efecto: "Que, por último, la supresión, en el texto del artículo 19, Nº 18º, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional Nº 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, ya que de lo contrario perdería su identidad específica". STC, rol n.° 1287-08, considerando 30°.

líticas públicas. Paradigmas de ello, las leyes AUGE (y el modelo GES) o la Ley Ricarte Soto; la inclusión del pilar solidario al DL m.° 3500; la reforma escolar de 2015 (fin al lucro, a la selección, al copago, etc.) o la gratuidad universitaria (primero mediante glosa presupuestaria y luego en la Ley de Educación Superior); respectivamente.

Bajo este contexto, una de las innovaciones más importantes que introduce el proyecto de Nueva Constitución de la expresidenta Michelle Bachelet tiene relación con la incorporación de una serie de derechos, principalmente derechos sociales.

La innovación comienza desde el encabezado del artículo 19 nuevo propuesto, por cuanto se dispone que:

> "Esta Constitución, a través de los órganos y autoridades en ella establecidos, asegura y garantiza a todas las personas como derecho directamente aplicable…".

Desde la perspectiva de los nuevos DESC (y modificaciones relevantes a los existentes), se encuentran derechos de niños, niñas y adolescentes a la integridad y desarrollo moral (artículo 19 n.° 3); derecho de vivir en vivienda dotada de condiciones materiales y acceso a servicios (artículo 19 n.° 12); derecho a la educación superior gratuita (artículo 19 n.° 14 inciso 5); libertad de enseñanza como derecho inherente a la educación (artículo 19 n.° 15); derecho a la participación en los asuntos públicos (artículo 19 n.° 18); derecho al trabajo, titularidad sindical y negociación colectiva (artíiculo 19 n.° 23); derecho a la seguridad social, con garantía de prestaciones necesarias para llevar una vida digna en el caso de jubilación (artículo 19 n.° 25) y derechos culturales y lingüísticos de pueblos indígenas y a su patrimonio cultural (artículo 19 n.° 32).

Es importante destacar que, uno de los puntos fundamentales de esta propuesta es la tutela efectiva de los derechos (artículo 20). Este proyecto contiene un mecanismo de protección a los derechos, de carácter universal, sin distinciones, materializando la posibilidad de que cualquier persona que estime lesionado los derechos establecidos, podrá recurrir a la justicia ordinaria para conseguir la efectiva protección. La apelación la conocerá el Tribunal Constitucional. Se trata de un giro importante respecto de la Constitución vigente, basado en el recurso de protección, selectivo en cuanto a la garantía de algunos derechos, y entregados al conocimiento y resolución de los tribunales superiores de justicia.

Así, la tesis de los derechos sociales con tutela jurisdiccional directa parecía imponerse[72].

[72] Se trata de una tesis fuerte que, por lo demás, tiene apoyo transversal entre constitucionalistas conservadores (que quieren preservar el recurso de protección), y progresistas (siempre y cuando el recurso de protección o su equivalente funcional alcance también a los derechos

2. Modelos y propuestas alternativas en medio del debate sobre nueva Constitución

Bajo este contexto, los modelos alternativos en materia de exigibilidad de derechos sociales no han logrado instalarse con fuerza en el debate público. Con todo, se pueden destacar cuatro planteamientos:

- En primer lugar, se ha propuesto un modelo de exigibilidad de derechos sociales basado en el modelo de objetivos sociales imperativos, principios o mandatos para los poderes públicos, de configuración legislativa y sin tutela judicial directa (Suiza)[73], o de directivas (Irlanda).
- Un segundo modelo es el de los principios rectores del orden económico y social español, o el modelo alemán de metas solidarias, basadas en el principio de solidaridad, en mandatos al legislador y a la administración y sin una tutela judicial directa, bajo una lógica robusta de Estado social. Aunque, en este último caso, algunas propuestas lo asocian con el principio de subsidiariedad para garantizar la participación del sector privado en la provisión de derechos sociales[74].
- Asimismo, sobre la base del modelo de revisión judicial débil asociado al constitucionalismo del *Commonwealth*, se ha propuesto un

sociales, a la vez que preservando la posibilidad de canalizar el litigio estratégico social que, especialmente la Corte Suprema ha redibujado el estatus de los derechos sociales). Véase, por los primeros, la intervención de Arturo Fermandois en Sierra (2015), pp. 152-153, donde sostuvo: "Yo discrepo aquí de conclusiones que se han tomado en el sentido de que los derechos sociales fueron menospreciados por la Constitución de 1980. La Constitución intentó, en una época en que el poder económico chileno estaba en otros niveles, un derecho constitucional responsable y no demagógico, y por eso eliminó la protección de esta acción constitucional. Hoy estamos en otro mundo. Me han preguntado si aumentaría la justiciabilidad de los derechos sociales y, tal vez en discrepancia con gente de nuestro sector, yo sí la aumentaría". Por los segundos, véase Nogueira (2014), p. 38: "La ausencia de garantía jurisdiccional mediante la acción constitucional de protección de algunos derechos sociales en nuestro ordenamiento jurídico o de ciertos atributos de los mismos, es producto de una decisión política discrecional del constituyente autocrático de 1980 y su ideología neoliberal, ya que no existe razón de peso alguna para sostener que actos u omisiones antijurídicas o arbitrarias del Estado, sus órganos o de particulares, no merezcan ser objeto de justiciabilidad mediante el ejercicio de la jurisdicción [...] Tal determinación debe ser corregida ya sea ampliando el recurso de protección a los derechos sociales o la creación de una acción legal de tutela de derechos sociales [...]".

[73] Véase el artículo 41 en el capítulo 3: Objetivos sociales. En este ámbito son ilustrativas las intervenciones de Rodrigo Correa y José Francisco García en Sierra (2015), pp. 143 y 158, respectivamente. Sobre este modelo asociado al minimalismo constitucional véase, en general, García (2014), pp. 267-302.

[74] Véase, por ejemplo, Shalper (2020).

mecanismo de exigibilidad híbrido legislativo/jurisdiccional de los DESC, consistente en "dos pasos". Primero, consagrar en la Constitución un mandato al legislador para que respecto de derechos sociales específicos (se proponen vivienda, salud y pensiones), se lo habilite para que en un plazo máximo de tres años adopten leyes que protejan y promuevan estos derechos, las que deberán ser revisadas cada diez años por una comisión parlamentaria *ad hoc*. Luego, si en un plazo de doce meses desde la entrada en vigencia el Congreso no ha legislado en estas materias, la (nueva) corte constitucional se pronunciará respecto de las medidas adecuadas para hacer exigibles tales mandatos. Ello, además, supone considerar que los principios guías para la adopción de legislación y revisión de la corte serán los de dignidad humana, libertad, igualdad, sobre la base de políticas razonables, inclusivas y fiscalmente responsables[75].

- Finalmente, el denominado "régimen de lo público" propone reemplazar la conceptualización de derechos sociales como derechos públicos subjetivos eminentemente individuales y que garantizan mínimos, por un modelo universal de derechos sociales, bajo los principios de seguridad social, centrados en un sistema de seguros y prestadores públicos que, de manera excepcional, podrían autorizar la participación de privados (en la forma de sociedad civil o cooperativas sin lucro)[76]. La intención es un cambio de paradigma de los derechos sociales concebidos ahora como derechos de ciudadanía y vienen a ser el "criterio de distribución de los bienes disponibles". El objetivo es consagrar canales institucionales que den, o pretendan dar, satisfacción al principio de igualdad, como criterio imperante al momento de distribuir[77].

Lo interesante de estos planteamientos es que, aunque tienen en común el que se apartan conceptualmente del modelo tradicional de concebir los derechos sociales como derechos públicos subjetivos, adquiriendo una

[75] Véase Dixon y Verdugo (2021).

[76] Véase, por ejemplo, Salgado (2015), pp. 401-432.

[77] Por ejemplo, Atria, Salgado y Wilenmann (2014), pp. 60-61 señalan: "al hablar de derechos sociales, como el derecho a la educación o a la salud, estamos hablando de formas institucionales de organización de la educación o de la protección de la salud que realicen la idea de que el interés que cada uno tiene en recibir educación o prestaciones de salud tiene igual importancia, lo que implica afirmar la igualdad de todos, pero al mismo tiempo es compatible con el reconocimiento de ciertas desigualdades. Que la educación o la salud sean un derecho no implica que todos han de recibir lo mismo, sino que el criterio de distribución de las prestaciones respectivas ha de ser un criterio que descanse en el reconocimiento de la igualdad de todos".

naturaleza jurídica diferente y no estar basados en una tutela judicial directa, tienen consecuencias institucionales muy diversas.

3. La cuestión técnica de fondo

La judicialización de los derechos sociales supone enfrentar diversas problemáticas de gran complejidad.

Primero, si estos derechos podrán erigirse en un límite a las políticas públicas y a la actividad de administración o de ejecución de las leyes sobre esas materias. Ello implica enfrentar el tema del recurso de protección, principalmente, como se tratará. Pero no exclusivamente, pues la Carta contempla también una seria de acciones específicas, semejantes a la protección y que tienen consagración en ella, como la acción por pérdida o desconocimiento de la nacionalidad (una perfecta inutilidad), el reclamo por ilegalidad del acto de expropiación, la acción de nulidad de derecho público y el amparo económico.

Asimismo, la posición y función de la inaplicabilidad e inconstitucionalidad en la tutela de derechos prestacionales (no debe olvidarse que el derrumbe de la ley de salud en materia de reajustabilidad de los contratos lo impulso el TC al decretar inconstitucional las tablas de factores).

Junto con lo anterior, existe un riesgo serio de "sobreconstitucionalizar" aspectos de la vida económica y social, propios de las políticas públicas, en la forma de derechos. Se trata de ámbitos que quedan excluidos de la política democrática y que usualmente, son la base de las diferencias de los programas políticos de las diversas coaliciones[78]. Ello implica reemplazar la deliberación

[78] El planteamiento de Ignacio de Otto, de un "Estado Democrático y una Constitución abierta", entendida esta última como un marco de diferentes opciones democráticas, en oposición a la Constitución como un programa (una "Constitución Económica", "Social", etc.) que debe ser desarrollado, como un marco cerrado y no abierto al legislador entre varias opciones, y la distinción entre normas de programación final y condicional (pp. 43-44), es especialmente ilustrativa. Así, sostiene: "La pretensión de reinterpretar la Constitución como un programa plantea dificultades insuperables para el Estado democrático-liberal y en definitiva para la supremacía de la Constitución misma en el ordenamiento jurídico [...] las dificultades técnicas de las normas de programación final y las de aquellas que remiten a principios y valores, además de incrementar antidemocráticamente la discrecionalidad del juez frente al legislador, ponen en peligro al propio Estado de Derecho al introducir un elemento de incertidumbre respecto de lo que es conforme o contrario a la Constitución [...] La Constitución, sin embargo, es normativa en todos sus extremos, todos sus preceptos son normas jurídicas y los riesgos antes aludidos no pueden afrontarse lícitamente mediante la negación, sino mediante una consideración de la Constitución que tome como punto de partida el principio democrático como base del ordenamiento constitucional mismo. Ese principio obliga a reducir al mínimo el contenido vinculante de la Constitución en aquello que no sea necesario para el aseguramiento de la democracia

democrática, entregando estas decisiones a los jueces. Evitar que el control judicial se transforme en un control político busca precisamente resucitar la política representativa como un instrumento válido de cambio social, de la política como deliberación y elección de cambios sociales, económicos y valóricos[79].

Por lo demás, los tribunales no son un foro adecuado para realizar planificaciones de política pública, revisar aspectos técnicos de legislaciones sectoriales o para crear derechos de contenido patrimonial[80]. Además, son los jueces los que controlan el presupuesto público ante los ciudadanos, tomando decisiones sobre qué recursos priorizar y niveles de satisfacción de bienes, como si fueran una autoridad electa, responsable y que rinde cuenta ante la ciudadanía por tales decisiones[81].

Y es que el camino de la litigación para exigir derechos sociales versus el de políticas sociales, importa que, en definitiva, se restringen sus beneficios a quienes tienen la capacidad e información suficiente para acceder a este[82]. La distribución equitativa y justa de derechos sociales requiere una perspectiva compleja que los jueces no están en condición de planificar ni implementar. La misma requiere una mirada al sistema tributario y de políticas públicas que debiera ser de responsabilidad de los legisladores.

Todas estas complejidades deben llevarnos como comunidad política a evaluar los diversos modelos de implementación y exigibilidad de los derechos sociales.

misma. Frente a la idea de que la Constitución prefigura un orden que los poderes del Estado han de 'realizar' o 'desarrollar', el propio respeto a la Constitución como norma exige partir del principio inverso de que la Constitución ha de mantenerse abierta a configuraciones distintas. Esta exigencia, de la que nacen serias dudas acerca de las posibilidades de constitucionalizar el Estado social –ya no digamos una política económica– ha de atenderse en primer lugar en la elaboración misma de la Constitución, en la que no es prácticamente recomendable introducir mandatos positivos de política social y económica [...]. La Constitución se compone así de normas fragmentarias en el sentido de que los preceptos que contiene son compatibles con diversas regulaciones legislativas que no están regidas por la necesidad de complementa o desarrollar la norma constitucional, sino por el imperativo de contradecirla". De Otto (2012), pp. 46-47.

[79] Véase García y Verdugo (2013).

[80] Véase Waldron (2006). El marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general, sumado a que la discusión procesal genera problemas de desigualdad hacia las personas afectadas por el mismo incumplimiento que no participan del juicio. Asimismo, el Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados o bien para dictar la reglamentación omitida. Abramovich y Courtis (2004), p. 42.

[81] Gómez (2015), p. 94.

[82] Por lo demás, los jueces tienen herramientas limitadas para proteger derechos sociales. Incluso en los países donde más desarrollos jurisprudenciales ha habido, se han observado problemas relevantes. Ver, por ejemplo, el caso de Colombia en Landau (2012).

Con todo, la tesis de que se judicialice o no la tutela de los derechos prestacionales vía protección es una falsa discusión si no se resuelve la cuestión de la naturaleza jurídica de la protección; ¿es un sustituto del contencioso administrativo o es una acción de tutela constitucional? Si es un contencioso administrativo para el control de la legalidad, entonces la posición que adquiera la ley al momento de definir el contenido de los derechos prestacionales, es central y la jurisdicción competente también. Si es una acción de tutela constitucional de derechos fundamentales, debe redactase de otra manera y definirse con propiedad la relación entre contenido esencial y ley de desarrollo o complemento.

Tal como está hoy parece que la pregunta carece de relevancia porque, como lo demuestra la práctica constitucional[83], se pueden crear y se crean acciones similares a la protección por ley (laboral, de salud, contratación pública –incluso se creó una jurisdiccional especial). Se hace rebajando la dignidad de los derechos fundamentales porque quedan entregados a tribunales ordinarios de primera instancia o a jurisdicciones especiales creadas por ley, todas las cuales arrastran la competencia desde la protección y en última instancia a la Corte Suprema. En el futuro se pueden crear más. Carece de importancia, entonces, la pregunta de la "judicialización" de los derechos prestacionales si no se resuelve la cuestión de constitución / ley, en materia de tutela y de derechos. Lo anterior pone en evidencia la indefinición actual acerca de la competencia del recurso de protección: ¿es un sucedáneo de la jurisdicción, un equivalente jurisdiccional o un sustituto de ella?, y, también, ello supone definir el ámbito propio –al menos en algunos criterios– de lo que es "materia" constitucional y litigio constitucional, propiamente tal (aunque esto sea difuso), si cabe.

Por último, si es una acción para la tutela de derechos –y no un control de legalidad– debe establecerse una relación institucional estrecha con el Tribunal Constitucional, pensando en alguna forma de unificación de la jurisprudencia. Ya algunas propuestas de reforma lo han sugerido: el tribunal debiera hacerse cargo residualmente de la tutela de derechos en última instancia. Y algo parecido se ha propuesto respecto de la sentencia lesiva de derechos que los desconoce. Pero todo esto es materia de una revisión profunda del recurso de protección, a la luz de más de treinta años de jurisprudencia.

El control constitucional vía recurso de inconstitucionalidad o de inaplicabilidad en el TC está directamente relacionado con el contenido esencial

[83] Véase Gómez (2005), p. 19 y ss. (el capítulo "La Constitución y la tutela de derechos fundamentales a través del recurso de protección"), donde se aborda directamente la cuestión de cómo la jurisprudencia ha entendido el recurso y lo que llama el autor, la "vulgarización del derecho constitucional".

(cualquiera que termine siendo, en definitiva), ley de complemento, de desarrollo o de regulación. Parece que si se reduce o desaparece el contenido regulado por la constitución del derecho (contenido esencial que no es lo mismo que esencia) se atenúa o puede desaparecer el control constitucional del TC sobre todos los derechos prestacionales.

Según como quede regulado esto, entonces el control de la ley no tiene parámetro contra la cual condicionarla y, por lo mismo, dado el principio de deferencia hacia el legislador (que se vio de manera reciente en retiros de fondos AFP), no hay control constitucional o este es meramente formal (salvo por infracción a la igualdad y no discriminación, lo que en principio se vuelve muy difícil, como lo demuestran algunos países europeos).

No basta con decir, entonces, "conforme a la ley" si no hay un contenido esencial mínimo.

V. El papel de los principios interpretativos

1. Cláusula de Estado social de derecho

Es posible advertir, al menos, dos modelos interpretativos relevantes a la hora de incorporar una cláusula de Estado social (y democrático) de derecho. Dichos modelos son el "europeo", asociados principalmente a las tradiciones alemana y española, y el "latinoamericano", que ha sido desarrollado en Colombia.

Así, una interpretación europea de la cláusula de Estado social da cuenta de la búsqueda de una cierta neutralidad entre la opción constitucional y las concretizaciones legislativas de la misma, sin perjuicio de lo cual, como se verá, a la base se encuentra la idea de garantizar ciertos mínimos sociales exigentes por la vía legislativa, como condición de promoción de los derechos-libertades. Por lo demás, como señala Javier Pérez Royo, la mayoría de los Estados democráticos europeos del siglo XX han sido Estados sociales y, sin embargo, solo algunos lo son, además, por imperativo constitucional[84].

En el caso del constitucionalismo alemán, la idea rectora del Estado social alemán es la de una intervención estatal activa para garantizar los presupuestos materiales para el ejercicio de las libertades públicas[85], y, como

[84] Pérez Royo (2010), p. 150.

[85] Para Grimm (2016), p. 25, la Constitución alemana "en vez de enumerar derechos económicos y sociales, abrazó una declaración general de Estado Social. Con todo, para el Tribunal Constitucional Federal Alemán ello sirve como fundamento de un entendimiento socialmente rico de los derechos fundamentales liberales". Por su parte, para Uwe Volkmann: "La idea rectora

lúcidamente ha señalado Jürgen Habermas, no erosionándolas o debilitándolas[86]. Por lo demás, para Ernst Böckenforde esta ha sido la interpretación estable del Tribunal Constitucional[87]. Se trata de un Estado social que busca asegurar un nivel mínimo de garantías sociales, dejando amplio margen al legislador, actuando como directriz interpretativa o para el ejercicio de potestades discrecionales[88]. Con todo, el Estado social, es objeto de examen y evaluación permanente a la luz de los principios de la democracia constitu-

del Estado Social, que se desprende del diverso conjunto de interpretaciones y propuestas de legitimación de que ha sido objeto, es la exigencia de una intervención estatal activa en garantía de la libertad e igualdad reales. Al igual que sucede con la ampliación del programa normativo de los derechos fundamentales mediante una dimensión protectora y promotora, el Estado social se sirve así del reconocimiento de que la libertad y la igualdad no se instalan automáticamente, como consecuencia de una autorregulación social en forma de mercado, sino que, por el contrario, deben ser antes generadas y aseguradas por mecanismos compensatorios y partiendo de la idea de justicia, por ejemplo, mediante la creación de presupuestos materiales para el ejercicio de la libertad, la garantía de una participación suficiente en los bienes sociales básicos (trabajo, educación, protección de la salud, participación democrática, ingresos y patrimonio, etc.) y la moderación de las desigualdades sociales". Volkmann (2013), pp. 287-288. Sobre la conexión entre dignidad humana y derechos sociales véase Barak (2014), p. 225 y ss.

[86] En este sentido: "El paternalismo del Estado social ha suscitado la inquietante cuestión de si el nuevo paradigma es en realidad compatible con el principio de libertad jurídica [...]. Un Estado Social que se cuida de la existencia de los individuos repartiéndoles oportunidades vitales, es decir, que, con el derecho al trabajo, a la seguridad, a la salud, a la vivienda, a un mínimo de recursos, a la educación, al tiempo libre y a las bases naturales de la vida, empieza garantizando a cada cual la base material para una existencia humana digna, correría manifiestamente el peligro de mermar con esos sus penetrantes procedimientos y métodos precisamente la autonomía por mor de la cual se le ha encargado la función de cumplir los presupuestos fácticos que son menester para que los sujetos tengan igualdad de oportunidades a la hora de hacer uso de sus libertades negativas". Habermas (2010), p. 489. En el mismo sentido véase también Höffe (2007), p. 46 y ss.

[87] En efecto, a su juicio la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha "mantenido de forma continuada que el reconocimiento del Estado social en la Ley Fundamental contiene en primer término un mandato constitucional al legislador que obliga a este a atender a la justicia y al equilibrio sociales en el marco de la Constitución; y que, más allá de esto, en cuanto fin del Estado, representa un principio de interpretación de la Constitución y la ley. Ahora bien, de él no puede derivarse ningún derecho o institución que vincule constitucionalmente de forma directa – es decir, sin *interpositio legislatoris*–. El principio del Estado social necesita que su contenido sea precisado por el legislador y la Administración y, en esta tarea, ambos están sujetos a las garantías constitucionales del Estado de Derecho". Böckenforde (2000), p. 38.

[88] Con todo: "esto no significa que todos estos debates estén resueltos ya de antemano por la Constitución. Por el contrario, su fuerza directriz en este ámbito resulta más bien limitada, como se pone de manifiesto especialmente para el postulado del Estado social con las formulas usuales conforme a las cuales asegura solo un nivel mínimo de garantías sociales básicas, deja al legislador un amplio margen de actuación, actúa solo como directriz interpretativa o para el ejercicio de potestades discrecionales, etc.". Volkmann (2013), p. 282

cional y el Estado de derecho, al imponer un modelo complejo y expansivo de Estado administrador[89].

Esta última dimensión –la concreción del Estado social en un Estado administrador complejo y expansivo, y, en ocasiones, en tensión con los principios del Estado de derecho–, también ha sido examinada entre las voces más lúcidas del publicismo español. Considerando que en la Constitución española los derechos sociales son consagrados entre los llamados principios rectores de la política económica y social, y sin menoscabar la importancia del Estado social español como evolución del Estado de derecho, y la posibilidad de realizar los valores de la dignidad humana, la autonomía y la igualdad entendida como igualdad de acceso a condiciones materiales básicas y "no a un uniformismo igualitario"[90], José Esteve Pardo ha puesto el énfasis en replantear los mecanismos, instrumentos y técnicas del Estado social.

En este sentido, ha propuesto pasar desde un modelo tradicional de Estado prestacional a uno garante, que opera bajo un modelo que descansa en la provisión de bienes sociales en asociación público-privado o, desde la perspectiva del Estado regulador, interviene de manera estratégica e inteligente, entendiendo la regulación de una manera moderna, utilizando la autorregu-

[89] Véase Habermas (2010), p. 515 y ss. Para Ernst Böckenforde, el Estado social de derecho (a la alemana) "invade en dos aspectos el edificio constitucional del Estado de Derecho. El primero de ellos es el de la renuncia al concepto de la ley como norma general para el ámbito de la administración prestacional, en el que se admiten las llamadas 'leyes-medidas', de naturaleza jurídica especial en tanto dirigen y regulan directamente situaciones concretas. Estas 'leyes-medidas' son un instrumento necesario para el legislador que interviene en la economía y la sociedad configurando, dirigiendo o promoviendo objetivos propios del Estado social. Quizá puedan entenderse aún en un sentido formal como normas abstractas-generales, pero en ellas se pierda la generalidad propia del concepto de la ley del Estado de Derecho en lo que se refiere a la materia y al contenido. El otro aspecto se refiere a la separación por principio de la soberanía fiscal y la garantía de la propiedad [...] La tesis mantenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la de que la carga de los impuestos y tributos especiales no afecta en principio a la garantía de la propiedad del Estado de Derecho, es el precio inevitable que hay que pagar por garantizar la seguridad social y la promoción del progreso social que, legitimado por el mandato constitucional del principio del Estado social, se espera del Estado [...] Esta compuerta abierta a la activación del 'Estado fiscal' es una condición necesaria de la posibilidad del Estado Social de Derecho [...] La pretensión de una ilimitada potestad fiscal del Estado que responsa a los objetivos de una redistribución social puede rebajar y vaciar la garantía de la propiedad, del mismo modo que la creación de un sistema de seguridad social puede afectar la garantía de la libertad propia del Estado de Derecho. *En ambos casos es decisiva la cuestión de la medida correcta: solo descubriendo y concretando jurídicamente esta medida correcta puede garantizarse una vinculación a Derecho y una delimitación recíproca entre la actividad social del estado y la intangibilidad del Estado de Derecho, que es lo que se enuncia en el concepto del Estado social de Derecho*". Böckenforde (2000), pp. 38-40 [citas internas omitidas y la cursiva es nuestra].

[90] Esteve (2015), p. 13.

lación privada como mecanismo complementario, el desarrollo científico y tecnológico privado al servicio de la excelencia, eficacia y eficiencia pública, la gestión de riesgos por entidades privadas, entre otros[91].

Por otra parte, bajo la práctica constitucional de Colombia, queda de manifiesto el efecto expansivo que busca esta cláusula, especialmente a la hora de interpretar los derechos sociales por parte de los jueces constitucionales. Ilustra el punto la sentencia rol n.° 565-2017, en que la Corte Constitucional, conociendo del decreto ley 884 del 26 de mayo de 2017,

> "Por el cual se expiden normas tendientes a la implementación del Plan Nacional de Electrificación Rural en el marco del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera",

señaló:

> "La Corte ha entendido que la valoración constitucional de los servicios públicos se basa esencialmente en las obligaciones del Estado que se desprenden de la garantía de los Derechos Económicos Sociales y Culturales. En armonía con ello, se ha resaltado la connotación eminentemente social de la prestación de tales servicios, cuya correcta ejecución se torna de la mayor relevancia constitucional dado que, por una parte, de la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos p.ej. de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc. y, por otra, el Constituyente ha optado por una forma estatal, el Estado social de derecho, destinada a corregir la deuda social existente en el país con los sectores sociales más desfavorecidos mediante un sistema político que busca la progresiva inclusión de todos en los beneficios del progreso"[92].

En consecuencia, las interpretaciones y prácticas constitucionales europeas (alemana y española) y la colombiana, en apariencia enmarcadas bajo la misma idea de Estado social, terminan siendo el vehículo para dos concepciones completamente diferentes del papel de los derechos sociales.

---

[91] Esteve (2015), p. 47 y ss. Una preocupación similar ha manifestado Ferrajoli (2016a), p. 382, quien señala: "El resultado ha sido un estado social de tipo tendencialmente paternalista y asistencial, íntegramente desarrollado en el marco del poder ejecutivo, como articulación de las funcionales discrecionales de gobierno, y no *sub especie* de exclusiva y rígida sujeción a la ley, que es lo propio de las funciones de garantía. Hasta el punto de que a veces se ha hablado de una oposición, o, en todo caso, de una tensión irresuelta entre estado social y estado de derecho". Ello, además, lo lleva a plantear las tensiones entre el Estado social resultante y el Estado constitucional de derecho. Ferrajoli (2016a), p. 383.

[92] Corte Constitucional de Colombia, rol n.° 565-2017, considerando 11.4°.

2. Tratados Internacionales de DD.HH., incorporación y jerarquía. Principios de progresividad y no regresividad

2.1. Incorporación y jerarquía de los tratados internacionales de DD.HH.

La cuestión de los derechos sociales requiere, también, decidir qué hacer con las obligaciones internacionales de Chile en estas materias y si el catálogo de derechos de la carta debe estar mediatizado o influido por esas definiciones.

Bajo este contexto, las cuestiones más relevantes en esta materia son, en primer lugar, la forma de incorporación de los tratados internacionales de DD.HH. al ordenamiento interno. En esta materia, las alternativas son variadas. A modo de ejemplo, desde una perspectiva formal, se debe analizar si se realiza de manera automática o requiere ley posterior, dependiendo del efecto automático o no de la ratificación.

Por otro lado, desde la perspectiva de las técnicas de incorporación, se encuentra la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de los instrumentos internacionales de DD.HH., por ejemplo, España en el artículo 10.2 de la Constitución[93]; o Colombia, en el artículo 93 de la Constitución[94]; el reconocimiento expreso, sin importar una declaración sobre el rango de los mismos, sea en el preámbulo o en la parte general de la Constitución, por ejemplo, Chile, en su artículo 5° inciso 2 de la *CPR* o Brasil en su artículo 5-2º[95]; o cláusulas abiertas que reconocen los derechos humanos no enumerados, por ejemplo, Argentina, en su artículo 33[96], Uruguay en su artículo 72[97] o Perú, en el artículo 3[98].

---

[93] "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

[94] "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

[95] "Los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte".

[96] "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

[97] "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".

[98] "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

Una segunda cuestión de importancia tiene relación con la jerarquía de la incorporación de los tratados al ordenamiento chileno. Desde la perspectiva doctrinaria se encuentran diversas posiciones:

i) supraconstitucional;
ii) constitucional;
iii) supralegal/infraconstitucional (tesis del Tribunal Constitucional chileno) y
iv) legal[99].

Finalmente, se debe tener en cuenta cuáles son los tratados internacionales de DD.HH. suscritos y vigentes en Chile. A la fecha el país ha suscrito y ratificado todos los tratados internacionales sustanciales en el marco de Naciones Unidas. Las excepciones serían dos acuerdos que establecen mecanismos para la implementación de quejas individuales de víctimas de violaciones de DD.HH.: el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1999) y el Protocolo Facultativo del PIDESC (2008). Por otra parte, en el marco de los tratados suscritos al amparo del Sistema Interamericano de DD.HH. Chile ha suscrito todos, pero tres se encuentran pendientes de ratificación. Asimismo, cabe destacar que existen recomendaciones de carácter constitucional de órganos parte de tratados internacionales de DD.HH., con foco en el reconocimiento de pueblos indígenas y sus derechos.

La manera en que se resuelvan las cuestiones antes examinadas tiene importantes consecuencias desde la perspectiva del impacto relativo del derecho internacional de los DD.HH. en el sistema chileno de fuentes y práctica constitucional. Por ejemplo, el derecho a la vivienda adecuada, bajo los estándares de diversas instancias y documentos internacionales, se entiende que

[99] Las constituciones en nuestro continente han tomado diversas opciones. Por ejemplo, la de Perú, en su disposición final y transitoria, cuarta señala: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". La de Costa Rica, en su art. 7° señala: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes". Asimismo, la de Ecuador en su artículo 425 manifiesta: "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos". Finalmente, la de Colombia en su artículo 93 señala: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

incorpora como mínimo: la seguridad de la tendencia de una vivienda, lo que involucra protección frente al desalojo forzoso y toda otra intervención arbitraria sobre esa tenencia; la disponibilidad de servicios básicos como acceso a agua potable, alcantarillado, electricidad, etc.; el acceso a la vivienda a un costo razonable que no comprometa el acceso a otros derechos fundamentales; la habitabilidad, que se refiere a que la vivienda cumpla con estándares mínimos de calidad de modo que constituya un espacio seguro y adecuado para el desarrollo de una persona o familia; el acceso y la consideración de las necesidades especiales de grupos desaventajados; la ubicación de la vivienda en una zona conectada con oportunidades laborales, servicios de salud, escuelas, etc. y el respeto por la identidad cultural de quienes acceden a una vivienda[100].

2.2. Principios de progresividad y no regresividad

El artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), dispone:

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

La noción de progresividad abarca dos sentidos complementarios. Por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta *gradualidad* y, por el otro, una idea de *progreso*, asociada a la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos[101].

Asimismo, a la progresividad se asocia la obligación mínima del Estado de *no regresividad*, esto es, la prohibición de adoptar políticas y medidas, que, por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo o, bien, en cada mejora "progresiva"[102].

Si se vuelve a la sentencia rol n.° 565-2017, la Corte Constitucional de Colombia, utiliza el derecho internacional de los DD.HH. para vincular,

[100] Gil (2020), pp. 865-866.

[101] Abramovich y Courtis (2004), p. 93. Véase también Courtis (2006).

[102] Abramovich y Courtis (2004), p. 94.

por un lado, la disponibilidad y acceso a los servicios públicos con, por el otro, el derecho a la vivienda adecuada del PIDESC. Lo dijo así:

> "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha referido a la necesidad de garantizar los servicios para hacer efectivo el derecho a la 'vivienda adecuada', de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, especialmente, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, intérprete autorizado del PIDESC, en su Observación General Nº 4 estableció que el concepto de 'adecuación', propio de la vivienda digna, está determinado por aspectos como, por un lado, la 'disponibilidad de servicios', aludiendo al 'acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia'; y por otro, la 'adecuación cultural', en referencia al acceso a, por ejemplo, los servicios tecnológicos modernos. Siendo, entonces, la prestación de los servicios públicos, en perspectiva de la vivienda digna, una manifestación de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado se encuentra abocado a propender por su plena realización, en cumplimiento, principalmente, de la obligación de progresividad y prohibición de regresividad derivadas del artículo 2 del PIDESC. De manera que la satisfacción plena de cada uno de estos derechos se logre a través de la disposición de 'hasta el máximo de los recursos disponibles por los medios apropiados', pues, como fue dispuesto en los Principios de Limburgo de 1986, relativos a la aplicación del PIDESC, los Estados se encuentran investidos con la exigencia internacional de actuar tan rápidamente como les sea posible en dirección a la completa efectividad de las garantías sociales"[103].

En consecuencia, interpretaciones expansivas de los principios de progresividad y no regresividad muestran las tensiones y conflictos que pueden desembocar en un sistema constitucional que no se toma en serio el amplio impacto que pueden tener estos principios en su aplicación a diversos sectores.

3. Principio de responsabilidad fiscal

Ya se ha sostenido en la introducción que uno de los desafíos relevantes de este debate consiste en sofisticar la arquitectura organizacional que sustenta

[103] Corte Constitucional de Colombia, rol n.° 565-2017, considerando 11.7°.

los derechos sociales, estableciendo límites externos institucionales –ya no de los derechos propiamente tales en cuanto estructura normativa, sino de su exigibilidad–.

De lo anterior se desprende la importancia de una cláusula general de responsabilidad fiscal o una específica acerca de que todo gasto ocasionado a propósito de un derecho social debe estar financiado con cargo a alguna glosa presupuestaria e, incluso, establecer un límite máximo como porcentaje de la Ley de Presupuesto en el que se puede incurrir respecto de gastos no contemplados en la Ley de Presupuesto (por ejemplo: 2% adicional)[104].

Por lo demás, una cláusula como la anterior se enmarca en un debate más amplio sobre los diversos mecanismos (y jurisprudencia) que han surgido en la última década en el ámbito del constitucionalismo comparado para hacer efectivo el principio de responsabilidad fiscal, o alguna de sus dimensiones constitutivas[105].

[104] Sobre esta cuestión véase, por ejemplo, Ferrajoli (2016a), p. 388.

[105] Desde la perspectiva del derecho comparado, se encuentran diversos modelos, más o menos intensos de consagración de reglas constitucionales en esta materia. La Constitución alemana, más que establecer el proceso para el endeudamiento contiene ciertas normas para evitar tal situación. Artículo 109a [Situaciones de crisis presupuestaria], señala: (1) Para evitar situaciones de crisis presupuestaria, una ley federal, que requiere la aprobación del Bundesrat, regula 1. La supervisión continuada de la economía presupuestaria de la Federación y los Länder a través de un órgano comunitario (Consejo de Estabilidad) 2. Los supuestos y el procedimiento para la comprobación de una situación amenazante de crisis presupuestaria, 3. Los principios para la creación y ejecución de programas de saneamiento para evitar situaciones de crisis presupuestaria (2) El Consejo de Estabilidad se encargará a partir del año 2020 de supervisar el cumplimiento de los supuestos del artículo 109 apartado 3 por parte de la Federación y de los Länder. La supervisión se guiará por los supuestos y procedimientos de los actos jurídicos resultantes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en lo que concierne al respeto de la disciplina presupuestaria. (3) Las resoluciones del Consejo de Estabilidad y los expedientes de deliberación en los que se basan deben publicarse. También incorpora un límite constitucional para tomar créditos en el 115, que le exige una ley federal. La Constitución Española, por su parte, en el artículo 135.1 dispone que todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria. Luego regula de manera detallada el que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros. Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario (art. 135.2 CE); establece reglas de deuda pública y contratación de créditos (art. 135.3 CE); la atenuación de estos límites en ciertas hipótesis de catástrofes naturales o crisis económica (art. 135.4 CE); entre otras. En consecuencia, la versión española establece un conjunto de reglas intensas en materia de responsabilidad fiscal, especialmente buscando evitar el déficit estructural, las que pueden ser objeto de propuestas en la Convención Constitucional. También establece reglas similares a las nuestras vigentes en materia de endeudamiento fiscal y de las empresas

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la sentencia del Tribunal Constitucional español que se pronunció respecto de un decreto ley que reducía prestaciones en el ámbito sanitario, sobre la base de garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. La larga cita que a continuación se realiza, se justifica a la hora de examinar la complejidad del razonamiento, especialmente integrando y ponderando los distintos principios involucrados. Así, sostuvo:

> "Es cierto que, desde la óptica del principio de universalidad, resulta claro el contraste resultante que se produce entre la nueva regulación de la condición de asegurado y la limitación de la cobertura que resulta de las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012 y el marco normativo preexistente. Supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, ya hemos señalado que la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas (en el mismo sentido, el ya citado ATC 96/2011, FJ 6). La pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE se ha articulado de acuerdo con las previsiones legales existentes en cada momento, sin que hasta el momento haya significado el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias. La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circuns-

del Estado. La Constitución Francesa dispone en el artículo 34, sobre materias de ley, que las leyes de presupuestos de seguridad social deben determinar sus "condiciones generales de equilibrio financiero". Más interesante es la regla del inciso subsiguiente, que trata las leyes de programación, leyes que tienen las orientaciones plurianuales de las finanzas públicas, la cual somete a estas leyes de programación a suscribir (*inscribirse dentro* sería la traducción literal) al objetivo de equilibrio de las cuentas de las administraciones públicas. Finalmente, el artículo 150 de la Constitución de Colombia, al establecer las funciones del Congreso al elaborar las leyes, deja bajo reserva legal materias de endeudamiento público, tales como la de conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales (n.° 9) u organizar el crédito público (n.° 19ª). Incluye una regla de que el gobierno deberá rendir periódicamente informes al Congreso cuando este lo autoriza a celebrar contratos, negociar empréstitos o enajenar bienes nacionales.

> tancias concurrentes (en un sentido similar, para el sistema de Seguridad Social, SSTC 41/2013, de 14 de febrero, y 49/2015, de 5 de marzo). Este Tribunal se ha pronunciado reiteradamente sobre los condicionantes económicos y, en concreto, respecto del modelo de la Seguridad Social (art. 41 CE; SSTC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, o 78/2004, de 29 de abril, FJ 3). Además, ha señalado que "la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema" (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6)"[106].

En fin, constitucionalizar un principio de responsabilidad fiscal o similar es un debate que ha comenzado a ser relevante en los últimos años en Chile[107]. En este sentido, se debe recordar que el proyecto de nueva Constitución de la expresidenta Michelle Bachelet incorpora en el artículo 3 inciso 1, entre las disposiciones fundamentales del orden constitucional, el principio de responsabilidad fiscal en los siguientes términos:

> "El Estado está al servicio de las personas y su finalidad es el bien común, para lo cual debe crear las condiciones necesarias para el desarrollo integral y sostenible de la comunidad y de sus integrantes, respetando plenamente, y con responsabilidad fiscal, los derechos y garantías que esta Constitución consagra".

Se trataría, en consecuencia, de un principio general orientador al legislador y al juez constitucional.

VI. Conclusiones

El debate en materia de consagración de derechos sociales en la nueva Constitución no solo ha sido intenso (y creado importantes expectativas ciudadanas), sino especialmente ideológico. Que sea ideológico quiere decir que los argumentos pertenecen a un sistema cerrado de ideas que se presenta absoluto, rígido y como todo o nada. Llega a ser tan intenso este debate que alcanza hasta el tipo de Estado en que se debe coexistir: en uno socialista o de derechos sociales constitucionalmente reconocidos de forma universal o en

[106] STCE, rol n.° 139/2016, de 21 de julio, FJ 8.

[107] Véase, por ejemplo, Medina, Silva, Soto y Valdés (2019), pp. 153-182.

uno liberal o de mercado, en que todos los bienes se distribuyen en función del mérito, el esfuerzo personal y el libre emprendimiento.

En efecto, la forma en que la nueva Constitución enfoque los derechos sociales no puede ser un debate entre quienes prefieren un Estado de bienestar o uno subsidiario. La Constitución no debe establecer modelos de sociedad, sino que debe permitir el desarrollo de políticas públicas inteligentes, lo que requiere de matices que principios gruesos como la "solidaridad" o la "subsidiariedad" no pueden (y no deben) resolver por sí solos.

Así, este artículo ha buscado poner luz a estos debates maniqueos, para hacer ver que tanto la literatura constitucional seria como los modelos constitucionales comparados, demuestran que hay una gama amplia de relaciones entre Constitución y derechos sociales. Se ha querido ofrecer un punto de vista técnico que permita advertir las posibilidades que ofrecen la teoría y la experiencia comparada, de modo de desmitificar y determinar cuáles son las críticas y genuinos problemas que estos derechos acarrean, y sus relaciones inevitables con una democracia constitucional en forma.

Bibliografía

Abramovich y Courtis (2004).

Amar, Akhil (2012). *America's Unwritten Constitution*. Basic Books.

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

Alexy, Robert (2017). *Teoría de derechos fundamentales*. Madrid. Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Atria, Fernando, Constanza Salgado y Javier Wilenmann (2014): *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público*. Santiago: LOM Ediciones.

Barak, Aharon (2014). *Human Dignity. The constitutional value and the constitutional right*. Cambridge University Press.

Barak, Aharon (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra.

Bickel, Alexander (1975). *The morality of consent*. Yale University Press.

Bickel, Alexander (1978). *The Supreme Court and the idea of progress*. Yale University Press.

Bickel, Alexander (1986). *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*. 2ª ed. Yale University Press.

Biglino, Paloma (2020: "Principios rectores, legislador y Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 11.

Böckenforde, Ernst W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Trotta.

Calabresi, Guido & Philip Bobbitt (1978). *Tragic choices*. W. W. Norton & Company.

Cea, José Luis (2004). "Una visión de la teoría neo constitucional". *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.° 8.

Cea, José Luis (2019). *Derecho constitucional chileno*. 3ª ed. Santiago: Ediciones UC, tomo ii.

Chilton, Adam & Mila Versteeg (2016). "Rights without resources: the impact of constitutional social rights on social spending". *Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper*, No. 781. October.

Chilton, Adam & Mila Versteeg (2018). "Courts' Limited Ability to Protect Constitutional Rights". *The University of Chicago Law Review*, vol. 85.

Courtis, Christian (comp.) (2006). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Editores del puerto.

De Otto, Ignacio (2012). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel.

Dixon, Rosalind (2017). "The core case for weak-form judicial review". *Cardozo Law Review*, vol. 38.

Dixon, Rosalind (2018). "Constitutional Rights as bribes". *Connecticut Law Review*, Vol. 50, No. 3.

Dixon, Rosalind y Sergio Verdugo (2021). "Social Rights and Constitutional Reform in Chile: Towards Hybrid Legislative and Judicial Enforcement". *Estudios Públicos*, vol. 162.

Ely, John Hart (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press.

Epp, Charles (2013). *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Siglo XXI editores.

Esteve Pardo, José (2015). *Estado garante. Idea y realidad*. Instituto Nacional de Administración Pública.

Fermandois, Arturo (2014). "El mito de la Constitución neoliberal: derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en José Francisco García (coord.). ¿Nueva *Constitución o reforma? Nuestra propuesta: Evolución constitucional*. Thomson Reuters-Legal Publishing.

Ferrajoli, Luigi (2016). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. 1. Teoría del derecho*. 2ª ed. Trotta.

Ferrajoli, Luigi (2016a). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Vol. 2. Teoría de la democracia*. 2ª ed. Trotta.

Ferreres Comella, Víctor (2003). "La eficacia de los derechos constitucionales frente a particulares", en SELA. *Los derechos fundamentales*. Editores del Puerto.

García, José Francisco (2014). "Minimalismo e incrementalismo constitucional". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.° 1.

García, José Francisco y Sergio Verdugo (2013). *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* Santiago: Ediciones LyD.

Gardbaum, Stephen (2013). *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*. Cambridge University Press.

Gil, Diego (2016). "Derecho a la vivienda, integración urbana y minimalismo regulatorio en Chile", en SELA. *La desigualdad*. Libraria.

Gil, Diego (2020). "Derecho a la vivienda", en Pablo Contreras y Constanza Salgado (eds.). *Curso de derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.

Gómez, Gastón (2005): *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Ediciones de la Universidad Diego Portales.

Gómez, Gastón (2015). "Derechos constitucionales. Relación", en Lucas Sierra (ed.) *Diálogos constitucionales*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Grimm, Dieter (2016). *Constitutionalism. Past, Present and Future*. Oxford University Press.

Grosman, Lucas (2008). *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Libraria.

Häberle, Peter (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Dykinson.

Habermas, Jürgen (2003). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso.* Trotta, 2010.

Hayek, Frierich (1976). *Law. Legislation and Liberty. Vol. 2 The Mirage of Social Justice.* The University of Chicago Press.

Höffe, Otfried (2007). *Democracy in an Age of Globalisation*. Springer.

Holmes, Stephen & Cass R. Sunstein (1999). *The cost of rights. Why liberty depends on taxes.* W.W. Norton & co.

Jiménez, Javier (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*. Trotta.

Jung, Courtney, Ran Hirschl & Evan Rosevear (2014). "Economic and Social Rights in National Constitutions". *The American Journal of Comparative Law,* vol. 62.

Kennedy, Duncan (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo XXI editores.

Kennedy, Duncan (2012). *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. Siglo XXI editores.

Khaitan, Tarunabh (2019). "Constitutional Directives: Morally-Committed Political Constitutionalism". *Modern Law Review*, vol. 82, No. 4.

Kronman, Anthony (1985). "Alexander Bickel's Philosophy of Prudence". *Yale Law Journal*, vol. 94, No. 7.

Landau, David (2012). "The reality of social rights enforcement". *Harvard International Law Journal*, vol. 53, n.° 1.

Medina, Juan Pablo, Ernesto Silva, Sebastián Soto y Rodrigo Valdés (2019). "Institucionalidad y política fiscal en Chile: hacia un nuevo ecosistema de responsabilidad fiscal", en Centro de Políticas Públicas (ed.). *Propuestas para Chile. Concurso de políticas públicas UC 2019*. Santiago: PUC.

Nagel, Thomas (1996). *Igualdad y parcialidad*. Paidós.

Nino, Carlos (2013). *Fundamentos de derecho constitucional*. Astrea.

Nogueira, Humberto (2014). "Los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución chilena vigente". *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, vol. 16, n.° 16.

Peña, Carlos (1996): *Práctica constitucional y derechos fundamentales.* Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

Peña, Carlos (2020). *El desafío constitucional*. Santiago: Taurus.

Pereira-Menaut, Antonio (2015). *Derecho constitucional español*. Andavira.

Pérez Luño, Antonio (2016). *Los derechos fundamentales*. Tecnos.

Pérez Royo, Javier (2010). *Curso de derecho constitucional*. Marcial Pons.

Ponce Solé, Julio (2017). "Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público español". *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 111.

Rodríguez-Arana, Jaime (2015). "Dimensiones del estado Social y derechos fundamentales sociales". *Revista de Investigacoes Constitutionais, Curitiba*, vol. 2, n.° 2.

Rosenberg, Gerald (1991). *The Hollow Hope. Can courts bring about social change?*. Chicago: University of Chicago Press.

Rosenkrantz, Carlos (2002). *La pobreza, la ley y la constitución*. Disponible en https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=yls_sela

Rosenkrantz, Carlos (2006). "La autoridad del derecho y la injusticia económica y social". *Discusiones*, n.° 6.

Salgado, Constanza (2015). "Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, n.° 1.

Sierra, Lucas (ed.) (2015): *Diálogos constitucionales. La academia y la cuestión constitucional en Chile*. Santiago: Centro de Estudios Públicos.

Shalper, Diego (2020). *Derechos sociales: una visión alternativa*. Disponible en https://ideapais.cl/2020/08/27/derechos-sociales-una-vision-alternativa/

Silva Bascuñán, Alejandro (2010). *Tratado de derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo xiii.

Sunstein, Cass (2006). *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. Basic Books.

Tribe, Laurence H. (2008): *The Invisible Constitution*. Oxford University Press.

Tushnet, Marh (2008). *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press.

Waldron, Jeremy (2006). "The core of the case against judicial review". *Yale Law Journal*, vol. 115.

Weis, Lael (2017). "Constitutional Directive Principle". *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, No. 4.

Weis, Lael (2018). "Environmental constitutionalism: aspiration or transformation". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, No. 3.

Verdugo, Sergio (2021). "Los derechos sociales y el debate constituyente chileno". *Actualidad Jurídica*, n.° 43. S.antiago.

Volkmann, Uwe (2013). *Elementos de una teoría de la Constitución alemana*. Marcial Pons.

LA POTESTAD DICTAMINANTE DE LA CONTRALORÍA Y LAS ATRIBUCIONES JURISDICCIONALES DE LOS TRIBUNALES

THE COMPTROLLER GENERAL'S POWER TO ISSUE RULINGS AND THE COURTS' JURISDICTIONAL POWERS

Enrique Navarro Beltrán[*]

Resumen: En el presente artículo revisaremos los límites de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República y, especialmente, la circunstancia de que no debe inmiscuirse en las atribuciones propias de los tribunales de justicia.

Palabras claves: Potestad dictaminante de la Contraloría General de la República, funciones jurisdiccionales de los tribunales, derogación de las leyes.

Abstract: This article reviews the limits of the ruling power of the Comptroller General of the Republic and, especially, the circumstance that it should not interfere with the attributions of the courts of justice.

Keywords: Dictating power of the Comptroller General of the Republic, Jurisdictional functions of the courts, Repeal of the laws.

Una de las materias que más ha generado debate en los últimos años tiene relación con la facultad de la Contraloría General de la República (CGR) de emitir dictámenes y sus límites, especialmente, en relación con las atribuciones propias de los tribunales de justicia.

[*] Abogado Universidad de Chile, profesor de Derecho Constitucional Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae.

En particular, analizaremos si corresponde, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, que a través de un dictamen se consideren derogadas determinadas leyes y, por lo mismo, si dicho acto administrativo se inmiscuye o no en las atribuciones propias de los tribunales de justicia, sea la propia Corte Suprema (CS) o el Tribunal Constitucional (TC).

Para analizar lo anterior precisamos, en primer lugar, los fundamentos constitucionales y legales de la potestad dictaminante de la CGR. De igual manera, los límites que tiene la facultad, en especial, respecto de las funciones jurisdiccionales de los tribunales de justicia. Adicionalmente, aludiremos a la posibilidad de ser impugnados en sede judicial. A su vez, abordaremos el significado de la derogación de las leyes y cómo esto último es una competencia exclusiva de los jueces o, en su caso, del propio legislador.

I. La potestad dictaminante de la Contraloría

1. Fundamento constitucional y legal

La potestad dictaminante de la Contraloría General de la República tiene a juicio de la Corte Suprema un fundamento constitucional en el artículo 98, al indicar:

> "Que estas normas, con base constitucional en el artículo 98 de la Carta Fundamental, confieren a la Contraloría General de la República facultades para interpretar las normas y de este modo ejercer el control de legalidad que prevé dicho precepto"[1].

La facultad de cualquier afectado por un acto ilegal dictado por un servicio público para solicitar dictamen a la Contraloría General de la República encuentra fundamento constitucional en el artículo 19 n.° 14 de la *Constitución Política de la República* (*CPR*), que autoriza a cualquier persona a

> "presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes".

En armonía con lo anterior, en el ámbito legal, el artículo 8 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado n.°18575, en su artículo 8°, indica:

[1] CS, rol n.° 4533/2009.

> "los órganos de la administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones o, a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o cuando se haga uso del derecho de petición o reclamo".

Materializando la garantía constitucional aludida, el artículo 5° de la Ley Orgánica de la Contraloría señala, dentro de las facultades del Contralor General de la República, la posibilidad de que emita dictámenes "a petición de parte o de jefaturas de servicios o de otras autoridades".

Lo señalado se encuentra ratificado por la Corte Suprema, al señalar:

> "que la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República tiene su fundamento en el derecho de petición [...]. Por su parte, el artículo 8 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración Nº 18.595 prescribe en su inciso 1º que 'Los Órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la Ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites'. Ahora bien, dentro de la normativa orgánica de la recurrida, el artículo 7 de la Ley Nº 10.336 dispone que 'El contralor tendrá las atribuciones y deberes que respecto de él o de la Contraloría señalen esta Ley y demás disposiciones vigentes o que se dicten'. 'El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su incumbencia y que él determine en forma definitiva'.'En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de Jefatura de Servicios o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes' "[2].

Se trata, en definitiva, de una prerrogativa para

> "interpretar la preceptiva legal que incide en el ámbito administrativo, plasmada en informes jurídicos vinculantes para toda la Administración del Estado sometida a su fiscalización, conforme a los artículos 5, 6, 9 y 19 de la Ley Nº 10.336"[3].

De acuerdo con lo sostenido por el TC, un estudio de la revisión de los antecedentes de la norma constitucional

> "da cuenta de que primó la necesidad de mantener radicada en la Contraloría General de la República la competencia para informar –en forma exclusiva y obligatoria– acerca de la extensa legislación administrativa vigente, a fin de evitar la dispersión de interpretaciones y la incerteza que

[2] CS, rol n.º 16.864/2018.

[3] CS, rol n.º 22023/2018, 4.12.2018.

ello podría traer consigo. Lo cual, además, se estimó como una medida relevante para asegurar la 'correcta aplicación' de esas leyes y reglamentos por las autoridades concernidas, especialmente cuando a través de su ejercicio abusivo pudieran llegar a dictarse actos administrativos lesivos pare los funcionarios o los privados"[4].

Del mismo modo, se ha fallado que la potestad dictaminante

"ha venido cumpliendo una función relevante como mecanismo de control de la actuación de los órganos de la Administración del Estado, sin perjuicio de lo cual debe sujetarse, rigurosamente, a los términos con que ha sido atribuida por la Constitución y la ley orgánica constitucional respectiva, correspondiendo velar por esta sujeción al Poder Judicial"[5].

Así, si el dictamen contralor es jurídicamente irreprochable,

"sólo el Poder Legislador podría retomar su potestad normativa para cambiar la jurisprudencia administrativa, total o parcialmente, sobre la base de una diferente apreciación interpretativa de las normas involucradas"[6],

pero que se encuentran sujetos a control judicial, por cuanto

"no existen actos estatales exentos de revisión jurisdiccional. Sea en virtud del derecho a defensa jurídica, asegurado en el artículo 19, N° 3, incisos primero y segundo, de la Carta Fundamental, sea porque entre las bases generales de la Administración del Estado el artículo 38, inciso segundo, del texto supremo prevé que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, por ambos y otros preceptos esenciales a la vez, es que cualquier acto de la autoridad puede ser objetado en sede judicial, respecto a su plena conformidad a Derecho"[7].

2. Definición

Cabe recordar que el excontralor Arturo Aylwin ha expresado sobre esta facultad:

"El órgano contralor tiene amplias atribuciones para impartir instrucciones o emitir dictámenes a requerimiento de los ministros de Estado,

[4] TC, rol n.° 6900/2'19, c. 5.
[5] TC, rol n.° 8998/2020, c. 13.
[6] TC rol n.° 3.283/2016, c. 17.
[7] TC, roles n.°s 415/2004, c. 13 y 2009/2011, c. 31. Igualmente, rol n.° 3.283/2016, c. 15.

> jefes superiores de servicio u otras autoridades. También puede hacerlo a petición de funcionarios o de particulares cuando, habiéndole solicitado éstos a la administración activa, no se hubiere emitido pronunciamiento alguno o se haya denegado el derecho pretendido"[8].

Precisamente por lo mismo, se ha sostenido que

> "otro medio de fiscalización que se reserva Contraloría es la emisión de dictámenes, al amparo de atribuciones generales que en tal sentido le acuerdan los artículos 6, 9 y 19 de su ley orgánica..."[9].

Como consecuencia de lo señalado, el ex Contralor General de la República Enrique Silva Cimma, ha sostenido al efecto que el control de legalidad

> "puede ser previo o a posteriori. En el primer supuesto, se trata de que el acto sea controlado antes de su ejecución y, por lo tanto, de que no llegue a ejecutarse si es ilegal. En lo segundo, se aprueba o tacha el acto una vez ejercitado y, por lo tanto, en este último evento se procurará o su anulación o la reparación de los daños que el acto ilegal causó en la administración como a terceros, según corresponda"[10].

Ciertamente, la potestad dictaminante tiene fundamento en la propia Carta Fundamental, al conferirle a la Contraloría el control de legalidad de los actos de la administración[11]. Especialmente relevancia adquiere en materia municipal dado que dichos actos están exentos de toma de razón[12].

El dictamen corresponde, sin duda, a un acto administrativo, tal como también lo ha reconocido el propio órgano contralor[13].

Doctrinariamente ha sido conceptualizado por algunos como un juicio fundado que, respetando el precedente, constituye la jurisprudencia ad-

[8] Aylwin (2001), p. 608.

[9] Aróstica (1991), p. 159.

[10] Silva (1996), vol. III, p. 46.

[11] Véise nota 1.

[12] Por lo mismo, se ha expresado que "si bien las resoluciones municipales se encuentran exentas del trámite de toma de razón y sólo están afectas a registro, por lo que los decretos alcaldicios relativos a personal rigen 'in actum', esto es, desde la fecha de su dictación y posterior notificación al afectado, la exención de la toma de razón que beneficia a los actos municipales no significa que éstos queden al margen del control de legalidad, ya que el Órgano Contralor puede emitir dictámenes sobre todas las materias sujetas a su control, conforme lo reconocen los artículos 98 y 99 de la Constitución Política de la República, artículos 1, 5, 6 y 9 de la Ley N° 10.336 y artículos 51 y 52 de la Ley N° 18.695, sobre Municipalidades". Rol n° 5959/2010, 1.09.2010.

[13] CGR, dictamen 45191/2004.

ministrativa que permite unificar con igualdad la interpretación de la legislación administrativa[14].

Sin embargo, tradicionalmente se ha expresado que el dictamen no es jurídicamente otra cosa que la manifestación de la opinión del Contralor sobre una cuestión[15].

El actual Contralor precisa que se trata de un informe en derecho o interpretación jurídica emanada de la CGR sobre materias que son de su competencia. A través del dictamen,

> "el Contralor resuelve consultas jurídicas formuladas por los propios órganos de la Administración del Estado, por un funcionario o por un particular";

haciendo presente que los aludidos informes

> "constituyen verdaderas interpretaciones de la ley, respecto de la forma en que ésta debe ser entendida, son instrucciones para los jefes de servicios y fiscales, y, por tanto, vinculantes"[16].

Para Eduardo Soto Kloss se trata de:

a) actos administrativos que emite la CGR unilateralmente;
b) pueden ser ilegales o arbitrarios;
c) pueden agraviar y de modo directo a los sujetos a quienes conciernan, sea funcionarios o particulares y, finalmente,
d) son plenamente recurribles ante la jurisdicción ordinaria y en especial a través del recurso de protección[17].

II. Efecto de los dictámenes y limitaciones

1. Obligatoriedad a los funcionarios

El dictamen es

> "un acto de consulta formulado por los Ministerios o Jefaturas de Servicios en materias de competencia de la Contraloría General o un acto de respuesta a peticiones de particulares o funcionarios que reclamen el reconocimiento de derechos que les sean desconocidos por la administración y siempre que las situaciones que los afecten importen una

[14] De la Cruz (2019), p. 21.
[15] Argandoña (1981), p. 239.
[16] Bermudez (2011), p. 403.
[17] Soto (2012), p. 695.

violación de normas cuyo cumplimiento corresponda fiscalizar al organismo contralor"[18].

Estos dictámenes son obligatorios para los funcionarios públicos afectados, según lo indica el artículo 9 de la Ley Orgánica aludida. Así, por ejemplo, se ha señalado por la judicatura en el ámbito municipal[19].

Así lo ha precisado la doctrina, al expresar que el organismo contralor

> "realiza control jurídico mediante la emisión de dictámenes que, cuando inciden en las materias administrativas que específicamente señala el artículo 6º de su ley orgánica, constituyen la jurisprudencia administrativa y por ende, tienen carácter vinculante para la administración (Ley n.º 10336, artículo 5º, inciso 3º, y 19)"[20].

Tal opinión es reafirmada por otro destacado autor, al hacer presente que

> "tales dictámenes vinculan a quienes los solicitan, y a quienes deban aplicarlos (art.9 y 6 y 17 y 19 LOCGR), y no sólo a ellos sino también a quienes siendo particulares se relacionan con la administración, la cual se encuentra vinculada por aquella jurisprudencia contralora constituida por esos dictámenes"[21].

De este modo, como han señalado nuestros tribunales superiores de justicia, el control jurídico de la CGR se lleva a efecto

> "por medio del pronunciamiento que debe hacer sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y resoluciones de los jefes de servicios, a través de la emisión de dictámenes jurídicos que, en materia administrativa, deben observar las reparticiones públicas que los soliciten, y mediante la fiscalización en el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo"[22].

La obligatoriedad de los dictámenes ha sido ratificada en la reciente jurisprudencia, al expresar que aquellos

---

[18] Aylwin (1996), p. 320.

[19] Véase CS, rol n.° 7890/2010, 10.12.2010, donde se expresa: "la Municipalidad recurrida se encuentra obligada a cumplir el Dictamen Nº 38.280 de la Contraloría General de la República en virtud de lo dispuesto en los artículos 98 de la Carta Fundamental y 10 y 6º de la Ley Nº 10.336, en relación con los artículos 51 y 52 de la Ley Nº 18.695".

[20] Aylwin (1996), p. 172.

[21] Soto (1982), p. 377.

[22] CA de Santiago, 4 de abril de 2007, rol n.º 5711-2006, confirmado por CS, rol n.º 2008-2007

> "tienen fuerza obligatoria para los organismos de la Administración Estatal afectos a su control, según lo señala el artículo 9° de la Ley N° 10.336, y pueden ser expedidos justamente a petición de los organismos sujetos a su fiscalización como expresamente lo indica el inciso 5° de la norma indicada"[23].

Como expresa la doctrina procesal, el dictamen tiene una naturaleza administrativa, de carácter vinculante solo para los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública, esto es, para la Administración del Estado, pero no revisten semejante fuerza respecto de los afectados en sus derechos los que pueden acudir a los tribunales de justicia en protección de sus derechos[24].

2. Límites a la potestad dictaminante

En lo tocante a las limitaciones respecto de la potestad dictaminante, el legislador ha previsto dos situaciones en las que no resulta procedente, como son los asuntos litigiosos y aquellos que se encuentran sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia[25].

En tal sentido, se ha señalado que el estudio de la legalidad de una resolución exenta de un servicio público y que daba inicio a un procedimiento fijación de tarifas "no es por su naturaleza, de carácter litigioso, esto es, de aquellos asuntos propensos a mover un litigio o pleito"[26]. Del mismo modo, tampoco se estima como sometida al conocimiento de los tribunales, desde que

> "no versan sobre ella las medidas cautelares prejudiciales y "no se pidió tampoco declaración de nulidad o ilegalidad ni se acreditó que existiera en tramitación demanda o recurso presentado ante tribunal alguno"[27].

Por último, se ha resuelto en recursos de protección en que no ha sido parte la Contraloría General, pero se ha pretendido hacer valer la obligatoriedad de los dictámenes, que estos no tienen tal carácter para los tribunales y solo pueden ser considerados como antecedentes ilustrativos[28].

---

[23] CS, rol n.° 2199-2018.

[24] Maturana (2017).

[25] De acuerdo con el artículo 6, inciso 3° de la LOC de la CGR: "La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor".

[26] CA de Santiago, rol n.° 8317-2005, confirmado por la CS, rol n.° 2199-2006.

[27] *Ibid*.

[28] CA de Santiago, recurso de protección, rol n.° 89-89, en sentencia de fecha 19 de mayo de 1989. Tal recurso se declaró sin lugar, resolviendo en su considerando 5°: "que los dictá-

III. Impugnación judicial de los dictámenes

En general se ha estimado que los dictámenes pueden ser impugnados por la vía de recursos de protección.

1. Procedencia del recurso de protección

Así, la Corte Suprema ha confirmado una sentencia de Corte de la Apelaciones de Santiago recaída en una protección, en cuyo considerando séptimo dispone:

> "Que tampoco es efectivo que no puede recurrirse de protección en contra de un dictamen de la Contraloría, porque ésta los emite de acuerdo con sus facultades. En efecto, aunque, al emitir un dictamen, la Contraloría lo hace dentro de sus atribuciones y aun de sus obligaciones, en la forma no puede considerarse este acto arbitrario o ilegal, pero su contenido puede serlo y, al igual que una resolución pronunciada por un juez competente, pero contrariando una disposición legal, puede y debe ser enmendada por la autoridad superior, así un dictamen de la Contraloría por la autoridad judicial competente, en este caso la Corte de Apelaciones respectiva"[29].

En el mismo sentido y de manera categórica, ese tribunal de justicia ha declarado respecto de la Contraloría General de la República:

> "el artículo 20 de la Constitución es claro para incluir como tal a todo aquel que sea autor de un acto u omisión ilegal y arbitrario que provoque amenaza, perturbación o privación del legítimo ejercicio de los derechos que señala, de tal manera que, al no estar expresamente excluido el Organismo Contralor, no debe existir duda en cuanto a que puede ser sujeto pasivo de este recurso"[30].

Lo señalado ha sido reiterado en recientes sentencias de la Corte Suprema:

> "distinto es el control judicial de la función dictaminadora de la Contraloría General de la República, aspecto que no conduce a desconocer las

menes de la Contraloría agregados a esta causa si bien significan un aporte valioso en relación con el fondo del problema planteado en el recurso, esto es, la legalidad o ilegalidad con que se habría tomado el acuerdo que dio origen a las sociedades en cuestión, es lo cierto que tal problema escapa al objeto de la protección solicitada, tal como se dijo anteriormente; además, tales dictámenes no obligan a este Tribunal y a lo sumo podrían ser considerados como antecedentes ilustrativos en relación con la cuestión que nos preocupa".

[29] CA de Santiago, 16 de enero de 1989, en recurso de protección, rol n.º 427-88.

[30] CA de Santiago, 13 de septiembre de 1989.

> potestades de las que se encuentra investido el órgano fiscalizador, sino a esclarecer si en el uso de tal facultad se ha incurrido en ilegalidades o arbitrariedades que conculcan alguna de las garantías del artículo 20 de la Constitución"[31].

En este mismo sentido, el expresidente de la Corte Suprema Urbano Marín señala:

> "Aunque con arreglo al inciso primero del artículo 8º de la Ley Nº 10.336, las resoluciones definitivas que dentro de su competencia dicte el Contralor –entre las cuales pueden comprenderse los dictámenes de orden jurídico– no serán susceptibles de recurso alguno ante otra autoridad, esos informes del Organismo pueden ser revisados por los Tribunales. Porque, como se apuntó antes, ellos configuran actos administrativos y pueden ser materia del recurso de protección que establece el artículo 20 de la Constitución Política para amparar el legítimo ejercicio de la mayoría de los derechos fundamentales que asegura a todas las personas el artículo 19 del mismo texto"[32].

Sobre la materia, la Corte Suprema ha sentenciado que los dictámenes de la Contraloría General de la República obligan a la Administración; por ello, al afectado no le cabe ya actuar ante la autoridad administrativa contra tal pronunciamiento, sino ante los órganos jurisdiccionales por medio de las acciones procesales pertinentes. Y si se trata de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, será apto el recurso de protección, sin perjuicio de que queda siempre a salvo la posibilidad de recurrir a otras acciones que establezcan las leyes, desde que el recurso referido constituye solo un medio para que la acción de la justicia sea más operante y eficaz[33].

La misma doctrina continúa confirmando invariablemente el máximo tribunal de justicia, al disponer:

> "un dictamen de la Contraloría General de la República puede ser corregido por la autoridad judicial competente, en la especie, por la vía del recurso de protección"[34].

---

[31] CS, rol n.° 2779/2019. En el mismo sentido, rol n.º 20.504-2018.

[32] Marín (2012), p. 153.

[33] CS, 3 de octubre de 1989, en *Revista de Jurisprudencia*, n.º 86, Santiago, sec. 5, p. 186.

[34] CS, 5 de noviembre de 1990, *R.G.J*. n. º 129, p. 111. Se indica en la referida sentencia: "Que del referido sentido y tenor literal del artículo 20 de la Constitución Política de la República, así como de la historia fidedigna de su establecimiento, resulta inconcuso que el recurso de protección –con arreglo al indudable sentido y alcance que impone la interpretación de su contenido literal- tiene por finalidad precisamente asegurar que cada uno y todos los funcionarios y las autoridades, individuales o colegiados, del Estado –sin distinción de nivel,

En otra sentencia de la Corte de Apelaciones, en su parte resolutiva manifiesta que corresponde a los tribunales de justicia conocer de las disputas entre partes y de acuerdo con lo consagrado en el artículo 4º del C*ódigo Orgánico de Tribunales* el conocimiento de todos aquellos asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la república cualquiera que sea la naturaleza o calidad de las personas que intervengan con excepción de la Contraloría General respecto de los juicios de cuentas[35].

Del mismo modo, la Corte de Apelaciones, conociendo de un recurso de protección interpuesto por un particular afectado en una licitación pública por infringir la Contraloría General de la República las bases de la licitación mediante pronunciamiento hecho en un determinado dictamen, aquel tribunal resolvió que, si bien reconoce que las normas constitucionales y legales le otorgan una competencia y "funciones primordiales" de velar por el control de juridicidad de los actos de la Administración, sin embargo,

jerarquía y naturaleza alguna– y cada persona o grupo de personas particulares, en el ejercicio de sus facultades y derechos –constitucionales, legales o reglamentarios– se encuadren en sus actos u omisiones al imperio del derecho en lo concerniente al ejercicio de los derechos y garantías establecidos en los citados números del artículo 19 antes mencionado, de manera tal que con ellos ninguna persona o autoridad, en sus manifestaciones de voluntad o en su dejar de hacer respecto de ellos, cause a otro privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de esos derechos y garantías. En la jurisprudencia, los Tribunales Superiores han declarado admisible recursos de protección interpuestos de conformidad con el artículo 20 de la Constitución Política, en contra de actos de Ministros de Estados, de jefes de servicios nacionales, regionales o provinciales, de la Administración descentralizada, tanto de servicios o instituciones semifiscales, de empresas estatales o municipales; o de organismos autónomos, como las universidades o las municipalidades". Al efecto Eduardo Soto Kloss ha precisado que la acción puede dirigirse contra "persona natural o jurídica, particular o autoridad, cualquiera sea ésta, si la administración, el juez, el legislador o el Contralor". Soto (1982), p. 309.

[35] CA de Santiago, 2 de agosto de 1990, recurso de protección rol n.º 177-90, confirmada por sentencia de 5 de noviembre de 1990 de la Corte Suprema. En dicha sentencia se precisa: "Que el recurso de protección contempla el artículo 20 de la Constitución Política del Estado ampara al que por causa de acto u omisiones arbitrarios o ilegales sufre privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos establecidos en los números que indica su art. 19, disposición amplia que faculta a cualquier persona, para interponer el recurso ante la Corte de Apelaciones contra actos u omisiones también de cualquier persona natural o jurídica, lo que concuerda con el principio general de que compete a los Tribunales de Justicia conocer de las disputas entre partes y consagrado en el art. 4º del Código Orgánico de Tribunales al disponer que corresponde a dichos Tribunales el conocimiento de todos aquellos asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República cualquiera que sea la naturaleza o calidad de las personas que intervengan con la sola salvedad respecto de la Contraloría General de la República de las causas de cuentas que le corresponde conocer". Concluyéndose que por lo anterior: "un Dictamen de la Contraloría General de la República puede ser corregido por la autoridad judicial competente, o sea, en este caso, por la Corte de Apelaciones de Santiago".

sobre la base del principio de jurisdicción y el propio artículo 73 de la *Constitución Política*,

> "el proceder expuesto en el recurso no puede ni ha de substraerse de manera alguna a ese control superior que de todos los asuntos temporales y por mandato de la Constitución corresponde exclusivamente y privativamente a los tribunales de justicia, si el examen de la situación particular de que se trate lo haga exigible de modo manifiesto[…]"[36].

Cuestión que ha sido ratificada recientemente por la Corte Suprema que ha indicado:

> "conforme al inciso primero del artículo 76 de la Carta Magna "la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la Ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos". Precisado lo anterior, es un hecho pacífico en el pleito que en el Dictamen N° 22.856 la recurrida procedió a interpretar las cláusulas del contrato de prestación de servicios profesionales a honorarios celebrado con fecha 15 de mayo de 2015 entre Elena Beckdorf Henderson y la Agencia Chilena de Cooperación Internacional para el Desarrollo, relacionando dichas estipulaciones con lo prevenido en el artículo 11 del Estatuto Administrativo, con los preceptos pertinentes de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, y con algunos dictámenes del órgano de control atingentes a la materia controvertida. Empero, al proceder de este modo, y considerando que la recurrente no ostenta la calidad de funcionario público, es manifiesto que la recurrida se ha arrogado funciones jurisdiccionales de las que no se encuentra investida, toda vez que la facultad dictaminadora que le confiere el artículo 6° de la Ley N° 10.336 no se extiende, desde luego, a la solución de controversias jurídicas que, por su propia naturaleza, deben ser conocidas y resueltas por la judicatura ordinaria"[37].

En palabras del presidente de la Sala Constitucional, Sergio Muñoz G., un dictamen puede ser efectivamente impugnado ante los tribunales de justicia mediante el recurso de protección de garantías constitucionales. De ahí que

> "el ejercicio de la función jurisdiccional de modo alguno interfiera con la potestad dictaminante, pues, mientras la primera atañe a un conflicto

[36] CA de Santiago, 28 de mayo de 1996, rol n.° 1.175-96.
[37] CS, rol n.° 2779/2019.

> concreto que ha sido promovido ante los tribunales de justicia, sin consideración de la clase de persona o sujeto que intervenga, la segunda es una decisión e interpretación jurídica vinculante solo para ciertos sujetos, en tanto no haya sido alterada o revertida por la propia Contraloría o por los tribunales de justicia".

Así las cosas:

> "el elemento central de la distinción en cuestión, es el efecto relativo de las sentencias, en relación con el asunto controvertido entre sujetos determinados sometido al conocimiento de los tribunales, éstos interpretan el derecho y lo aplican (subsunción en la norma) resolviendo en un sentido determinado, decisión que es válida solo para las partes"[38].

Siguiendo al mismo autor, la función jurisdiccional, graficada como aplicación del derecho al conflicto concreto,

> "implica que el sentido y alcance que se dota a la norma en la sentencia, produce sus efectos para ese solo caso, sin una pretensión de generalidad ni alcance distinto".

Mientras tanto, la potestad dictaminante

> "no surge como resultado de un juicio, ni de un proceso en que se abra a la posibilidad de que 'las partes' prueben o intervengan en la defensa de sus derechos, sino que simplemente la Contraloría se pronuncia o informa a la luz de lo que expongan los interesados y de los antecedentes de que disponga"[39].

En palabras de Manuel Daniel Argandoña, la potestad de dictaminar no es un juicio, solamente

> "es el ejercicio de una potestad de dictaminar que la ley otorga a un órgano que en este caso no es jurisdiccional, sino de control administrativo; no hay, por eso, un proceso en el cual se abra, ampliamente, la posibilidad de que 'las partes' prueben o intervengan activamente en la defensa de sus derechos. La Contraloría se pronuncia o informa o dictamina a la luz de lo que exponga el peticionario y de los antecedentes que el servicio proporcione"[40].

[38] Muñoz (2017).
[39] *Ibid.*
[40] Argandoña (1976), p. 66.

2. Doctrina administrativa

En fin, conviene tener presente lo afirmado por dos destacados juristas chilenos, en el ámbito del derecho constitucional y el derecho administrativo, quienes al informar en derecho en materias sometidas a su conocimiento han señalado que:

> "De la letra, el origen y la historia del su establecimiento, se desprende claramente que el recurso de protección regulado en el citado artículo 20 de la Constitución Política puede impetrarse contra todo acto u omisión ilegal o arbitrario que cause amenaza, perturbación o privación de algunos de los derechos cautelados, quien quiera sea su autor. La disposición es amplísima en este sentido y la Contraloría General de la República no está excluida como eventual sujeto pasivo de dicho recurso. Un dictamen de la Contraloría General de la República, en cuanto puede declarar o negar derechos con efectos directos y lesivos para terceros, dada su condición de vinculante para la Administración del Estado, es impugnable jurisdiccionalmente; y constituye indudablemente, en ese caso, aún si le negare su carácter de decisión, una amenaza cierta de lesión de derechos, de los que puede reclamarse por vía del recurso de protección"[41].

3. No se pueden afectar derechos adquiridos

La jurisprudencia ha calificado como arbitraria la conducta de la CGR y atentatoria del derecho de propiedad toda vez que "ha afectado su derecho de dominio sobre la asignación profesional que con efecto retroactivo Gendarmería le ha pagado"[42]. En otras palabras, si ya se habían cumplido las condiciones legales para recibir la asignación, se consideró injusto el exigir que se devuelva lo percibido con anterioridad al dictamen de Contraloría que reconoce el derecho.

4. Deben cumplirse los principios de un justo y racional proceso

La jurisprudencia de la Sala Constitucional ha sido consistente en cuanto a señalar que el órgano contralor no puede apartarse del principio de imparcialidad, ordenando la invalidación de un acto administrativo dictado por la

[41] Silva y Argandoña (1988), pp. 100-101.

[42] CA de Santiago, rol 6552-2006, confirmado por la CS en rol n.° 770-2007.

Administración, puesto que semejante actuar importaría desconocer garantías esenciales del administrado, entre ellos, el derecho a un debido proceso administrativo, emanado de una autoridad imparcial, sin un resultado predeterminado[43].

Así, el órgano contralor se encuentra impedido de exigir la invalidación, en tanto, esa determinación corresponde exclusivamente a la autoridad administrativa que sustancia el procedimiento. Sobre el particular la Corte Suprema ha señalado:

> "tal orden claramente vulnera lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley N°19.880, del cual se colige que Contraloría únicamente puede instruir el inicio de un procedimiento de invalidación, que deberá ser realizado por el órgano administrativo, en este caso Dipreca, como lo ha señalado con anterioridad esta Corte Rol N°47.610-2016"[44].

En el marco de dicho procedimiento, el afectado podrá hacer valer sus derechos esenciales afectados[45].

IV. Límites al actuar de la Contraloría, en relación con las potestades de los tribunales de justicia

1. A la CGR le corresponde efectuar un control formal y en modo alguno la jerarquía de las normas

En cuanto al control de legalidad, se ha señalado por cierta jurisprudencia que dicho control sería más bien de carácter formal. Así se expresa:

> "El parecer de esta Corte es que el control de legalidad de los actos de la administración que la Contraloría está autorizada a realizar es de carácter meramente formal, sin que se estime pertinente que, ejerciendo dicho control, pueda revisar la jerarquización de los fines de las normas y procedimientos sometidos a su dictamen, pues dicha tarea es propia del legislador y de la misma administración, en el ejercicio de sus funciones de gobierno, pero a través de las entidades especializadas en cada área del quehacer público. En último término, frente a posiciones discordantes entre partes, son los tribunales de la República, esto es, los órganos

[43] CS, roles n^{os} 3027/2018, 47610/2016 y 41751/2017.
[44] CS roles n.^{os} 41.751/2017, 3028/2018 y 44.326/2017.
[45] CS, rol n.º 3027/2018, 28.06.2018.

> jurisdiccionales, los llamados naturalmente a intervenir y resolver cada caso. No parece adecuado pensar que el órgano contralor pueda entrar a calificar la legalidad de fondo de todos los asuntos que pasan por su revisión, pues ello lo transformaría en un supra organismo que tendría siempre la última decisión sobre cualquier materia vinculada al derecho público, aun cuando estuvieren involucrados intereses de particulares"[46].

2. Lo contencioso administrativo es competencia de los tribunales de justicia

De forma tal que no le corresponde actuar como órgano contencioso administrativo, lo que es propio de la competencia de los tribunales de justicia. En suma:

> "la Contraloría no constituye un ente que pueda tener intervención y facultad de decidir en lo contencioso administrativo, pues dicha materia, en ausencia de tribunales especializados, que serían los llamados especial y naturalmente a conocer de este tipo de asuntos, queda en manos de los Tribunales ordinarios de justicia, lo cual se realiza en la práctica bajo la forma de diversos procedimientos: por ejemplo el juicio ordinario para el caso de ejercerse la acción de nulidad de derecho público, o bajo la forma de los diversos reclamos de ilegalidad establecidos en también diversas leyes y que abarcan, igualmente, variados aspectos, o en fin, a través de las también diversas reclamaciones administrativas de que disponen los particulares, todo lo cual no es del caso detallar con mayor profundidad, pues lo dicho tiende simplemente a dejar sentado que la Contraloría General de la República no constituye un órgano jurisdiccional que pueda resolver materias que afectan a intereses ya consolidados de particulares o empresas".

La propia Corte Suprema ha reconocido al recurso de protección como instrumento válido[47].

Por lo mismo, se ha cuestionado por algunos autores la utilización de los dictámenes como una forma de decisión de conflictos entre particulares y la Administración, esto es, como una respuesta a particulares que concurren a la Contraloría[48]. Ello ha motivado, precisamente, que se resalta que la potestad dictaminante jamás podrá tener por propósito resolver conflictos

[46] CA de Santiago, rol n.° 5711-2006, cons. 11°, confirmado por la CS, rol n.° 2008-2007.
[47] CS, rol n.° 4241/2016.
[48] Letelier (2005), p. 304.

entre partes, que es lo propio de los tribunales de justicia[49]. Eduardo Aldunate también expresa que, en términos jurídicos, la CGR

> "se alza con pretensiones de superior jerárquico del respectivo órgano al no limitarse a emitir un pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de su proceder, sino que al ordenarle un modo concreto de actuar, esto es, al ejercer una facultad o poder de instrucción que el ordenamiento no le otorga"[50].

3. *La CGR no debe intervenir en materias propias de los tribunales de justicia*

Dicha jurisprudencia –más reciente– de algún modo pone en duda la tesis finalista del órgano contralor, particularmente frente a peticiones de terceros, en cuanto ello pueda importar ejercicio de facultades propias de los tribunales. En efecto:

> "Que un parecer contrario al expresado conduciría a un estado de incerteza jurídica, con fuerte impacto en lo económico, puesto que siempre estaría latente la posibilidad de que, frente a determinada actuación de algún instituto u órgano de la administración del Estado, cualquier persona que se sintiere afectada o que incluso invocara derechos genéricos, podría recurrir a la Contraloría General de la República, la que tendría la última palabra en todos los casos en que interviniere, como ya se adelantó, y por razones no sólo de forma, sino que también sustantivas, de tal suerte que los particulares nunca tendrían la posibilidad de concretar asuntos o negocios cuya autorización dependa de alguna autoridad administrativa, en tanto dicha entidad de control no se pronunciare sobre cada uno de tales asuntos. Ello incluso podría obligar a quienes quisieren hacer uso de algún beneficio o autorización concedida por cualquier entidad administrativa a indagar, de modo previo a la concreción de cualquier obra o negocio, el parecer del órgano contralor, lo cual no parece pertinente, porque ello importaría extender el control burocrático de dicha institución a niveles jurídicamente insoportables".

Se concluye:

> "Que, lo anteriormente indicado, además, se llevaría a cabo mediante la utilización de procedimientos, por parte de la entidad recurrida, que

[49] Roman (2017), p. 411.
[50] Aldunate (2005), p. 28.

> no se avienen con la correcta defensa de los intereses que cada uno de los involucrados en el asunto de que se trate pueda llevar a cabo. Es así como en este sentido, se advierte que la actividad fiscalizadora que ha llevado a cabo la Contraloría en el caso que se analiza, viene a constituir una suerte de sustituto de la actividad jurisdiccional, sede esta última en la que naturalmente se deben resolver conflictos entre partes, como se dijo anteriormente. Aceptar el criterio que esta Corte rechaza importaría que la normativa de fondo y los procedimientos pertinentes quedarían expuestos a una constante relativización, lo cual resulta incompatible con una actividad regulatoria, ya que la existencia de tales procedimientos garantiza que las decisiones de la autoridad se adopten con la transparencia y publicidad que requieren las actuaciones administrativas, particularmente cuando, como en el presente caso, han de tener impacto económico. En suma, este Tribunal no comparte la tesis finalista, en virtud de la cual el órgano contralor de la República ha emitido un juicio sobre el fondo del asunto, puesto que, reconociendo que tiene facultades para pronunciarse sobre consultas de particulares, no puede realizar una acción invasiva de las atribuciones de otros órganos de la administración del Estado"[51].

Ello ha sido reiterado en otros fallos[52].

En concordancia con lo anterior, en el marco de un dictamen que interpreta cláusulas contractuales, se ha sentenciado:

> "al proceder de este modo, y considerando que la recurrente no ostenta la calidad de funcionario público, es manifiesto que la recurrida se ha arrogado funciones jurisdiccionales de las que no se encuentra investida, toda vez que la facultad dictaminadora que le confiere el artículo 6° de la Ley N° 10.336 no se extiende, desde luego, a la solución de controversias jurídicas que, por su propia naturaleza, deben ser conocidas y resueltas por la judicatura ordinaria"[53].

En definitiva, le está vedada a la CGR arrogarse facultades propias de los tribunales de justicia, debiendo limitarse a exteriorizar la interpretación que los órganos de la Administración del Estado deben dar a la regulación de una cierta institución[54].

[51] CA de Santiago, rol n.° 5711-2006, *op. cit.*

[52] En el mismo sentido véanse los roles n.° 2224-2006, de 27 julio de 2006; n.° 4617-2006 de 2 de octubre 2006 y n.° 4614-2006 de 5 de octubre de 2006.

[53] CS, rol n.° 2779/2019, 6.06.2019.

[54] CS, rol n.° 8863/2018, 26.11.2018.

4. Amplio respeto al principio de juridicidad

En todo caso, como lo ha señalado la Corte Suprema, la CGR

> "en su actuación debe respetar la Constitución y la ley y se encuentra sometida al principio de legalidad, correspondiendo a los tribunales de justicia verificar y ejercer el control jurisdiccional de sus actos a través de las acciones contencioso administrativas que se interpongan".

Incluso, hace presente que el órgano contralor

> "debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo"

por cuanto la jurisprudencia, "con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo", integrando así el denominado "bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor"[55]. De esta forma, como también lo ha puntualizado la misma Corte Suprema, en principio, no puede quedar excluida la Contraloría del recurso de protección[56].

En suma, como ha señalado el TC, todo dictamen puede ser impugnado en sede judicial, debiendo sujetarse al principio de juridicidad, que le impide arrogarse prerrogativas radicadas en los demás poderes del Estado, entre ellos, la prohibición de ejercer funciones judiciales; a lo que debe agregarse que los conflictos de derechos entre privados deben ser resueltos por los tribunales de la república[57].

En el mismo sentido, ha sentenciado que, siendo la CGR parte de la Administración del Estado (artículo 1°, inciso segundo, de la Ley n.° 18575), es indudable que sus actos son recurribles ante los tribunales, incluyendo sus dictámenes o declaraciones de juicio (artículo 3°, inciso sexto, de la Ley n.° 19880); esto es, aquellos actos en que dicha entidad fiscalizadora informa –con alcance general y efectos retroactivos– acerca de las leyes y reglamentos que rigen a la Administración (artículos 5°, inciso tercero, 6°, inciso primero, y 9° incisos quinto y sexto, de la Ley n.° 10336)[58].

---

[55] CS, rol. n.º 2791/2012, 3.07.2012.

[56] CS, rol n.º 10499/2001, 12.01.2012. En efecto, afirma la Corte que, a través del tiempo, se han interpuesto recursos de protección en contra de las siguientes actuaciones de la Contraloría General de la República: dictámenes, resoluciones recaídas en sumarios administrativos sustanciados por órganos de la Administración o por la propia Contraloría, para obtener que se tome razón de un acto o cuestionando la toma de razón realizada, y por último del trámite de registro, existiendo muy pocos casos que se refieran a otras materias.

[57] TC, rol n.º 6900/2019.

[58] TC, rol n.º 3283/2016.

En todo caso, de acuerdo con lo sentenciado por la Corte Suprema, la CGR al emitir la potestad dictaminante debe tener en consideración la igualdad ante la ley, la buena fe y la seguridad jurídica[59].

5. No le corresponde analizar el mérito u oportunidad

De acuerdo con lo establecido en la LOC de la CGR y, en particular, el artículo 21 B[60], la función de control que ejerce dicha entidad

> "debe desarrollarse dentro de los márgenes que apunten al examen de la regularidad adjetiva del procedimiento sancionatorio, en oposición al escrutinio del mérito de la decisión final adoptada, caracterizada esta última por convicción que, conforme a los elementos reunidos en el expediente sancionatorio, se forma el órgano llamado a decidir acerca del sentido en que ha de emitirse la resolución que zanja la investigación"[61].

De este modo, no resulta ajustado a la normativa al

> "prevalecer en relación con la ponderación de los elementos reunidos en el sumario y la procedencia de la imputación formulada en el mismo, de modo improcedente, un parecer alternativo a aquel plasmado por la autoridad administrativa competente para resolver"[62].

Así las cosas, la función de control

> "debe desarrollarse dentro de los márgenes que apunten al examen de la regularidad adjetiva del procedimiento sancionatorio, en oposición al escrutinio del mérito de la decisión final adoptada, caracterizada esta última por la convicción que, conforme a los elementos reunidos en el expediente sancionatorio, se forma el órgano llamado a decidir acerca del sentido en que ha de emitirse la resolución que zanja la investigación".

De este modo,

> "cuando la Contraloría procede del modo en que lo ha hecho en la especie, hace prevalecer en relación con la ponderación de los elementos reunidos en el sumario y la procedencia de la imputación formulada en el mismo, de modo improcedente, un parecer alternativo a aquel plasmado por la autoridad administrativa competente para resolver"[63].

[59] CS, rol n.° 41254/2019, 10.06.2020.

[60] "La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas".

[61] CS, rol n.° 16442/2018, 18.12.2018.

[62] *Ibid*.

[63] C.S., rol n.° 39.183/2019, 19.06.2020.

No cabe, por tanto, una evaluación de mérito y jurídica[64] como ocurriría en caso de que se pretendiera que la decisión de la autoridad administrativa se ajuste a la apreciación que sobre los hechos pudo formarse la entidad de control, sin invocar vicios de legalidad que afecten la regularidad de la investigación desarrollada[65].

V. La derogación de una normativa es materia que corresponde a los tribunales de justicia o, en su caso, al propio legislador

Tal como explicaremos la determinación de la derogación de un determinado cuerpo normativo legal es competencia de los tribunales de justicia o, en su caso, del legislador.

1. La derogación de una norma legal debe ser declarada por un tribunal

En primer lugar, la derogación de una ley es una labor esencialmente radicada en los tribunales de justicia, en consideración a sus facultades constitucionales jurisdiccionales a que alude el artículo 76 de la *CPR*.

En tal sentido, la determinación de la ley vigente en un caso a la vez que la determinación de los preceptos derogados es facultad propia de los tribunales de justicia que integran el Poder Judicial[66]. En palabras de Eduardo García de Enterría, los jueces son los llamados a expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad, "lo que les impone operar necesariamente con sus principios, depurando y afinando su alcance"[67]. Por lo mismo, corresponde al órgano judicial determinar casuísticamente la incompatibilidad entre reglas sucesivas[68].

Así lo ha decidido la propia Corte Suprema al cuestionar la actuación del ente contralor, al dejar de aplicar un principio vigente en la legislación, en cuanto a que el cambio de la normativa no puede perjudicar a los trabajadores disminuyendo sus remuneraciones[69]. En igual sentido, cuando se

[64] CS, rol n.º 30298/2020, 17.08.2020.
[65] CS, rol n.º 39183/2019, 18.06.2020.
[66] Villaverde y otros (1997).
[67] García de Enterria (1997), pp. 51-52.
[68] Diez-Picazo (1990), p. 331.
[69] CS, rol n.º 1300/2019, 14.05.2019.

inaplica una norma plenamente vigente[70], o un acto administrativo válido[71], o una norma reglamentaria[72]. No debe olvidarse que la CGR siempre se encuentra sujeta como se ha señalado al principio de juridicidad[73] y debe cautelar por la seguridad jurídica[74], no estando autorizada para efectuar sin la debida fundamentación saltos lógicos imposibles de soslayar[75] o no ser consistente con dictámenes anteriores[76]. En definitiva, la jerarquía de las normas y su vigencia es una materia propia de los tribunales de justicia[77].

Como lo ha señalado de manera reiterada el TC, "es facultad privativa de los jueces de la instancia determinar las leyes con arreglo a las cuales deben pronunciar sus fallos" y, por lo mismo, "adentrarse en cuestiones sobre vigencia por sucesión de leyes en el tiempo"[78].

O, en otros términos, un conflicto normativo de sucesión de leyes en el tiempo es un tipo de controversia que

> "corresponde dilucidar a los jueces del fondo, por tratarse de un conflicto de aplicación de normas legales que debe resolverse en conformidad a las normas pertinentes de ese rango[79].

Así, frente a un conflicto de leyes, determinar cuál de ellas corresponde aplicar es una atribución exclusiva del juez de fondo[80].

Como ha señalado la Corte Suprema:

> "La tarea del tribunal ordinario, en lo que respecta al derecho aplicable importa múltiples cometidos, entre ellos se encuentra el determinar el derecho aplicable al caso; derecho que corresponde analizar a la luz de todo el ordenamiento jurídico, al no tener restringido el ámbito a considerar. El segundo lugar, ante una divergencia incompatible entre distintas normas que integren el ordenamiento jurídico, le corresponde atender la forma en que tendrá aplicación cada una de tales disposiciones en relación con los hechos del pleito, examinando en detalle la posible

[70] CS, rol n.° 32.615/2018, 1.07.2019.
[71] CS, rol n.° 39.649/2020, 18.06.2019.
[72] CS, rol n.° 2784/2019, 22.07.2019.
[73] CS, rol n.° 38.853/2019, 3.04.2020.
[74] CS, rol n.° 41.254/2020, 10.06.2019.
[75] CS, rol n.° 20.701/2020, 7.10.2020.
[76] CS, rol n.° 2784/2019,22.07.2019.
[77] CS, rol n.° 26588/2018, 29.11.2018.
[78] TC, roles n°s 503/2006, c. 9; 513/2006, c. 7; 796/2007, c. 27, y 976/2007, c. 16. En el mismo sentido, roles n.°s 1532/2010, c. 7 y 2815/2015, c. 8.
[79] TC, roles n.°s 513, 790, 976, 1448, 1521, 1532, 1863, 2321, 2626 y 2673.
[80] Rol n.° 2451/2013-INA. Antes, roles n.°s 513/2006, 810/2008, 980/2007, 1141/2009, 1295/2009 y 1925/2011.

> compatibilidad de los preceptos y ante la eventualidad de una falta de congruencia, de la que se desprenden soluciones disímiles y contrapuestas, da un paso más, escalando un nuevo peldaño en el análisis, puesto que le corresponde resolver sobre las consecuencias que esa determinación origina a las normas en conflicto, la que estará determinada por un reproche negativo y de falta de legitimidad, que impone una privación de efectos, que en cuanto a la aplicación de las leyes en el tiempo, implica que la norma posterior, deroga a la norma anterior"[81].

Así las cosas:

> "en el sistema de fuentes del derecho en nuestro ordenamiento jurídico se ha entregado a los tribunales ordinarios determinar la vigencia de las disposiciones legales, en los casos actuales de que conocen, por integrar el marco normativo de aplicación, resultando indispensable que efectúe la labor de determinación de la posible derogación tácita de tales normativas"[82].

En definitiva, son los tribunales de justicia los llamados a determinar, en el marco de un justo y racional proceso, la vigencia de una ley o, en su caso, su derogación.

2. La derogación de una ley puede ser consecuencia de una sentencia dictada por el TC

En segundo lugar, después de la reforma constitucional de 2005, la derogación de una ley puede ser declarada por el TC, como consecuencia de una sentencia dictada en el marco de una acción de inconstitucionalidad de las leyes.

El artículo 94 de la *CPR*, inciso 3°, señala que el precepto legal, cuya inconstitucionalidad ha sido declarada, "se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo".

El propósito fue no alterar situaciones jurídicas consolidadas o amparadas por sentencia o resolución que produzca efectos de cosa juzgada. Al producirse la declaración de inconstitucionalidad y derogarse, por tanto, el precepto legal, el TC entiende que la norma ha desaparecido del ordenamiento jurídico[83].

La jurisprudencia constitucional ha recordado que se entiende que la disposición ha perdido vigencia. De este modo:

---

[81] CS, rol n.º 1018/2009, 28 de septiembre de 2010.

[82] *Ibid*.

[83] Navarro (2018).

> "no se trata, entonces, de una derogación propiamente tal, la que siempre se producirá en mérito de la dictación de otra ley, en tanto declaración de la voluntad soberana que proviene de los órganos legislativos. No puede, por consiguiente, igualarse jurídicamente la legitimidad que brinda una ley posteriormente derogada con la legitimidad de que está dotada aquella situación cubierta por el efecto irretroactivo de la norma declarada inconstitucional. Además, no parece posible que un precepto invalidado por esta Magistratura –puesto que la declaración de inconstitucionalidad lo priva de efectos desde la publicación de la sentencia respectiva en el Diario Oficial- pueda seguir rigiendo hacia el futuro bajo la premisa de haberse encontrado vigente al momento de perfeccionarse la antedicha relación contractual"[84].

Finalmente, cabe tener presente que una decisión de inconstitucionalidad se consignó que:

> "de lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación sui generis, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro[85].

3. El legislador naturalmente también puede derogar normas

También el legislador se encuentra facultado obviamente para derogar otra ley o dejarla sin vigencia, ya sea de manera expresa o tácita, como lo indica el artículo 52 del *Código Civil*. Evidentemente, como se ha recordado por la doctrina, no es necesario de manera explícito el efecto derogatorio[86]. También existe la llamada derogación orgánica, al modificarse de manera institucional una normativa. En términos kelsenianos, la derogación consiste en la eliminación de la validez de una norma por otra. En definitiva, un precepto legal puede ser derogado como consecuencia de la dictación de una nueva ley que cese su validez, sea de modo expreso, tácito u orgánicamente.

El jurista italiano Norberto Bobbio denomina a las contradicciones normativas como "antinomia"[87], y las define como la situación jurídica de

[84] TC, rol n.° 1552/2010, 28.10.10.

[85] Sentencia rol n.° 1.710/2010, de 6 de agosto de 2010, cons. 27.

[86] Bascuñán (2000), p. 234.

[87] Bobbio (1991), p. 216 y ss.

dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico y tienen un mismo ámbito de validez. Este autor asume que el deber de coherencia del ordenamiento está dirigido a los creadores de normas, afirmando sobre el particular:

> "[...] 'No debéis crear normas que sean incompatibles con otras normas del sistema', mientras que referido a los aplicadores asumiría esta otra forma: Si encontráis antinomias debéis eliminarlas"[88].

Para resolver las antinomias legales, se pueden aplicar diversos criterios de interpretación y aplicación de las leyes como son, por ejemplo, la *lex superior*, la *lex specialis*, la *lex posterior*, la *interpretación abrogante o correctiva*, etc., y que tienen por objetivo ayudar al juez a eliminar las contradicciones que puedan presentarse al interior de una regulación[89]. Justamente, la derogación, tanto expresa como tácita –es una expresión de resolución de antinomias legales, sustentado en el principio de *lex posterior*.

Tal como se ha señalado, en nuestro país, la derogación se encuentra regulada en el artículo 52 y siguientes de *Código Civil*. La derogación, ha sido definida como el fin o término de eficacia de una norma legal por una norma legal posterior. En este sentido la doctrina señala:

> "La derogación es la cesación de la eficacia de una ley por virtud de otra ley posterior. Imposta privar a la primera de su fuerza obligatoria, reemplazando o no sus disposiciones por otras"[90].

La derogación es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Así, el ejercicio de la derogación expresa corresponde exclusivamente al legislador o a la autoridad administrativa dotada de competencia infralegal, para determinar la derogación de una ley. La derogación tácita se encuentra definida en el inciso tercero del referido artículo que señala: "Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior".

Sobre el concepto de derogación tácita, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que:

> "para que exista derogación tácita se requiere que exista contradicción o incompatibilidad entre las disposiciones de la nueva ley y las de la antigua. Existe incompatibilidad cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin violar la otra. El fundamento de la derogación

[88] Bobbio (1991), p. 210.
[89] *Op. cit.*, p. 191.
[90] Alessandri y Somarriva (1971), pp. 152-153. Asimismo, Cfr. Silva (1996), p. 89.

> tácita se encuentra en el entendido que el legislador, al dictar la nueva norma en contradicción con la anterior, ha querido modificar o suprimir la primera, debiendo primar entonces esta última voluntad sobre la materia en cuestión[91].

En definitiva, ello se produce cuando la nueva ley contiene disposiciones que no son susceptibles de conciliar con aquellas contenidas en la ley anterior siendo indispensable que se produzca una antinomia entre las normas[92].

De este modo, la derogación tácita es aquella que concilia dos normas en contradicción, optándose por la norma posterior, entendiendo que el legislador ha querido suprimirla o modificarla, pero ha omitido señalarlo expresamente. En este sentido, la aplicación del criterio temporal opera según el aforismo latino *lex posteriori derogat lex priori*. Resulta interesante destacar que para que exista derogación tácita debe existir incompatibilidad plena y total entre preceptos los legales cuyos presupuestos *a priori* coinciden, es decir, contradicción entre ellos debe ser absoluta y no una simple discrepancia[93]. En este sentido, la doctrina nacional ha señalado: "Es tácita [la derogación], cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior"[94].

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha reiterado los criterios doctrinales, señalando que la derogación tácita solo opera cuando existe una incompatibilidad o contradicción absoluta entre las dos normas que tratan la misma materia:

> "para que exista derogación tácita se requiere que exista contradicción o incompatibilidad entre las disposiciones de la nueva ley y las de la antigua. Existe incompatibilidad cuando resulta lógicamente imposible aplicar una norma sin violar la otra. El fundamento de la derogación tácita se encuentra en el entendido que el legislador, al dictar la nueva norma en contradicción con la anterior, ha querido modificar o suprimir la primera, debiendo primar entonces esta última voluntad sobre la materia en cuestión"[95].

4. Facultad privativa de los tribunales

Ciertamente que, además, en caso de conflicto de leyes, son los tribunales de justicia los llamados a determinar cuál es la legislación que corresponde a

[91] CS, rol n.° 1595/2013.
[92] CS, rol n.° 26588/2018, 29.11.2018.
[93] Ducci (2009), p. 66.
[94] Cordero y Aldunate (2013), p. 46.
[95] CS, rol n.° 1595/2013.

aplicar; sin perjuicio de la facultad otorgada el año 2005 al TC para derogar una ley como consecuencia de la dictación de una sentencia de inconstitucionalidad.

La doctrina comparada, incluso, ha resaltado la facultad de los tribunales de justicia de declarar derogados determinados preceptos, incluso, por ser contrarios a la *CPR*.

Así, para Ignacio de Otto, la derogación

> "se extiende a todas las disposiciones anteriores que contradigan lo dispuesto en la Constitución y ello sin atención a su rango, lo que significa que quedan derogadas tanto las normas constitucionales anteriores como cualesquiera otras, sean leyes o normas de rango inferior a la ley. Además, se produce cualesquiera que sea la índole de la materia regulada, esto es, sin distinción alguna entre normas organizativas, derechos fundamentales y materias no políticas; siempre que haya contradicción con la norma constitucional, la norma anterior queda derogada con la entrada en vigor de la Constitución";

de modo que, en definitiva

> "cualquier juez inaplicará sin más las normas anteriores a la Constitución que considere derogadas por ésta y que no es necesario que acuda al Tribunal Constitucional"[96].

Por su parte, Luis María Diez-Picazo indica que las

> "relaciones entre derogación y declaración de inconstitucionalidad han sido tema de frecuente atención doctrinal, si bien el interés se ha centrado preferentemente en los rasgos distintivos de la segunda. Que existen diferencias entre ambos institutos es evidente. Así, mientras la declaración de inconstitucionalidad es producto del principio de jerarquía normativa, la derogación lo es de la inagotabilidad de la potestad legislativa; mientras la declaración de inconstitucionalidad deriva de un juicio de validez normativa, la derogación procede de un juicio de oportunidad política; en fin, mientras la declaración de inconstitucionalidad 'al menos, en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada' corresponde en exclusiva al Tribunal Constitucional, la derogación es realizada por la ley y, en consecuencia, puede y debe ser aplicada por cualquier Juez"[97].

[96] De Otto (1987), p. 79.
[97] Diez-Picazo (1990), p. 260.

VI. Lo propio de los tribunales y de la CGR

Así, podemos determinar que conforme al artículo 76 de la CPR y lo sentenciado por el TC, la jurisdicción es una función pública privativa de los tribunales de justicia, emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5°, 6° y 7° de la Constitución, y entrega su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley, que son las autoridades que esta Constitución establece, y cuyo ejercicio constituye un poder-deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y, a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley. De este modo, la solución unirme y ajustada de la ley y, por ende, la determinación de su derogación es exclusiva de los tribunales de la república[98].

Luego, considerando que la CGR tiene una potestad dictaminante que, conforme con el artículo 6° de la Ley n.° 10336 se refiere exclusivamente al

> "derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen";

es posible afirmar que la determinación de si una norma se encuentra derogada escapa del ámbito competencial de la autoridad administrativa.

En efecto, la doctrina señala:

> "Los jueces deben definir cuáles son las normas aplicables al caso que han de decidir. En este ejercicio pueden enfrentarse a dos situaciones: a) el Derecho determina unívocamente qué debe hacer el juez; b) el Derecho no determina unívocamente qué debe hacer el juez. Esto último siguiendo a Bulygin puede ocurrir por tres motivos: 1) el Derecho no resuelve el caso genérico porque no hay ninguna norma que se refiera a ese caso (laguna normativa), 2) el Derecho resuelve el caso genérico de forma inconsistente, mediante dos o más normas incompatibles (antinomia), 3) aunque el caso genérico esté solucionado, no es posible subsumir el caso individual en ese caso genérico, debido a la vaguedad o textura abierta de los conceptos que caracterizan el caso genérico (laguna de reconocimiento)"[99].

[98] TC, roles n.°s 205/1995 y 554/2006.

[99] Henríquez (2013), p. 459.

Lo dicho es una de las bases del Estado liberal y de distinguir las competencias entre autoridades judiciales y legislativas:

> "En su labor jurisdiccional, solo a los jueces les corresponde decidir cuáles son las normas que, en un caso concreto, corresponde aplicar. El poder para obligar a toda la sociedad, mediante norma generales, en la teoría liberal, solo puede descansar en el legislador, esto por ser, en teoría, el legítimo representante del pueblo, quien en definitiva, a través del parlamento, estaría ejerciendo la soberanía. Si no se cumple con estas bases, entonces todo el sistema argumentativo liberal, en el que se apoya la completa institucionalidad del Estado moderno cae, ya que el legislador no es el único con capacidad de obligar a toda la sociedad, por lo tanto, el principio de representación popular, además de ser inaplicable en la práctica, pierde su sustento teórico y la legitimidad de las instituciones del Estado desaparece. Por ello es que, al momento de realizar el razonamiento jurídico, para determinar que normas están o no en contradicción con la norma nueva, los jueces deben estar en posición de obligar solo a quienes están, en ese momento, sometidos a su jurisdicción, pues la facultad de obligar, en general, a toda la sociedad, debe pertenecer al legislador, quien es, precisamente, elegido para realizar esa labor, mientras que los jueces son elegidos para solucionar solo conflictos particulares"[100].

En efecto, su competencia o habilitación constitucional y legal es determinar la correcta aplicación de las leyes y reglamentos del derecho público, la alusión sobre la vigencia de la norma solo se puede determinar, por un lado, con la derogación expresa –ejercida por el legislador– o por medio de un juicio de mera certeza que dije la vigencia de una norma, asegurando la debida bilateralidad de los afectados o interesados. Lo señalado es la interpretación coherente y sistémica del ordenamiento jurídico nacional; de lo contrario, la CGR podría avocarse competencias no solo de los tribunales de justicia, sino, que además del TC. Lo anterior, porque muchas –adicionalmente– normas que resultan "inconstitucionales" en abstracto o en un caso concreto, son previas al texto constitucional, surgiendo la llamada derogación tácita o inconstitucionalidad sobreviniente.

Así, no es posible atribuir dicha competencia a un órgano administrativo, cuando el propio Constituyente ha optado por otorgar a los tribunales de justicia y el TC la determinación o resolución de conflictos entre normas o normas legales con texto constitucional.

Por lo demás, no debe olvidarse que, como hemos señalado, la potestad dictaminante se trata de una facultad acotada y judicialmente controlable[101].

[100] Abarca (2011), p. 150.

[101] TC, rol n.º 8998/2020; c. 17.

E, incluso, como lo ha reconocido la propia CGR, su ejercicio no permite llenar vacíos legales[102] y menos crear excepciones no previstas en la ley[103].

VII. Conclusiones

1. Los dictámenes son actos administrativos que emite la CGR unilateralmente, cuyo propósito es la interpretación de normas legales administrativas que pueden agraviar de modo directo a los sujetos a quienes conciernan, sea funcionarios o particulares; siendo, por tanto, plenamente recurribles ante la jurisdicción ordinaria y, en especial, a través del recurso de protección.
2. En lo tocante a las limitaciones respecto de la potestad dictaminante, el legislador ha previsto dos situaciones en las que no resulta procedente como son los asuntos litigiosos y aquellos que se encuentran sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia.
3. En relación con los efectos de los dictámenes, estos en modo alguno pueden afectar derechos adquiridos por particulares, los que se encuentran tutelados con el recurso de protección, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la ***CPR***. Del mismo modo, deben dictarse, como todo acto administrativo, en el marco de un debido proceso, respetando los principios básicos de imparcialidad, independencia y sujeción a la normativa constitucional y legal.
4. Tal como ha señalado la Corte Suprema, la CGR en el ejercicio de su potestad dictaminante debe realizar un control de legalidad esencialmente formal, sin que pueda revisar la jerarquización de los fines de las normas y de los procedimientos, siendo ello tarea del legislador y de la administración; sin perjuicio de las facultades de los tribunales de justicia para resolver los conflictos existentes entre las partes.
5. En concordancia con lo anterior, se ha recordado por la Corte Suprema que la CGR no constituye un ente que pueda tener intervención y decisiones en lo contencioso administrativo, materia que corresponde resolver a los tribunales ordinarios de justicia y en el marco de un justo y racional proceso. Por ende, la CGR no está establecida como un órgano jurisdiccional que pueda resolver materias que afectan intereses ya consolidados de particulares.

[102] CGR, dictamen n.° 10873, de 1994.
[103] CGR, dictamen n.° 7474, de 1995.

6. En el mismo sentido, de acuerdo con lo señalado por el TC, todo dictamen puede ser impugnado en sede judicial, debiendo sujetarse al principio de juridicidad, que le impide arrogarse prerrogativas radicadas en los demás poderes del Estado, entre ellos, la prohibición de ejercer funciones judiciales; a lo que debe agregarse que los conflictos de derechos entre privados deben ser resueltos por los tribunales de la república.
7. Del mismo modo, la Corte Suprema ha insistido que no es adecuado recurrir a la CGR invocando derechos genéricos, de suerte que los particulares quedarían sujetos a la interpretación que en cada caso estimara para el ejercicio de determinadas actividades económicas, excediendo así sus atribuciones.
8. Conforme a lo establecido en el artículo 76 de la CPR, la jurisdicción es una función pública privativa de los tribunales de justicia, emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5º, 6º y 7º de la Constitución, y entrega su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley, que son las autoridades que la Constitución establece, y cuyo ejercicio constituye un poder-deber que permite al Estado, a través de ellos, garantizar la vigencia efectiva del derecho y, a las partes afectadas por un conflicto, su solución uniforme y ajustada a la ley.
9. En tal sentido, la derogación de todo un cuerpo normativo de preceptos legales puede ser declarado por un tribunal de justicia, en el marco de un procedimiento ordinario, cumpliendo por ciertos las garantías de un justo y racional proceso. En efecto, es facultad privativa de los jueces de la instancia determinar las leyes con arreglo a las cuales corresponde resolver una cuestión y su plana vigencia o derogación.
10. Del mismo modo, la derogación de una ley puede ser decretada por el propio legislador, pudiendo ella ser expresa o tácita, además de la denominada orgánica.
11. Se trata, por tanto, de una competencia que se encuentra expresamente entregada a los colegisladores, esto es, al Presidente de la República y al Congreso Nacional, en cumplimiento de lo mandatado por la *Constitución Política de la República*.
12. No debe olvidarse que, como consecuencia de la reforma constitucional de 2005, el TC también se encuentra facultado para derogar determinados preceptos legales que han sido previamente inaplicados, mediante una sentencia dictada en una acción de inconstitucionalidad.
13. En suma, como hemos explicado, los dictámenes son informes que emite la CGR, a petición de un funcionario o afectado, en los que

se determina el sentido y alcance de determinadas disposiciones administrativas. Dicha potestad no resulta procedente frente a asuntos litigiosos y respecto de aquellos que se encuentran sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia; pudiendo ser impugnados –usualmente a través del recurso de protección– cuando se emiten de manera ilegal o arbitraria, afectando derechos fundamentales.

14. De esta forma, dicha potestad no puede inmiscuirse en las atribuciones propias de los tribunales de justicia, llamados a resolver las controversias que se susciten en relación con la aplicación de las normas, en virtud de la jurisdicción como facultad exclusiva radicada en la judicatura por expreso mandato constitucional. Tampoco puede declarar derogadas disposiciones que se encuentran plenamente vigentes, no habiendo sido dejadas sin efecto por el legislador y que, por el contrario, se les ha reconocido expresamente su validez.

Bibliografía

Abarca Antimán, Cristian Alberto (2011). *Facultad del Tribunal Constitucional de declarar derogados preceptos legales contrarios a la Constitución*, memoria de prueba. Santiago: Universidad de Chile.

Aldunate, Eduardo (2005). "La evolución de la función de control de la CGR". *Revista de Derecho*, n.° 26. Santiago.

Alessandri, Arturo y Manuel Somarriva (1971). *Parte general y los sujetos de derecho*. 4ª ed. Santiago: Editorial Nacimiento, primera parte.

Argandoña, Manuel Daniel (1976). "Sobre lo contencioso administrativo", en Osvaldo Oelckers y otros. *Lo contencioso administrativo*. Valparaíso: Ediciones de Valparaíso.

Argandoña, Manuel Daniel (1981). "Control jurisdiccional sobre las decisiones de la Contraloría General de la República". *Revista de Derecho Público*, n.° 29-30. Santiago.

Aróstica Maldonado, Iván (1991). "El trámite de toma de razón de los actos administrativos", *Revista de Derecho Público*, n.° 49. Santiago.

Aylwin Azocar, Arturo (2001). *Algunas reflexiones sobre la Contraloría General de la República, en 20 años de la Constitución chilena*. Santiago: Ed. E. Navarro B.

Aylwin Azócar, Patricio (1996). *Derecho administrativo*. Santiago.

Bascuñán Rodríguez, Antonio (2000). "Sobre la distinción entre derogación expresa y derogación tácita". *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso.

Bermudez Soto, Jorge (2011). *Derecho administrativo general*. Santiago: Editorial LegalPublishing.

Bobbio, Norberto (1991). *Teoría general del derecho*, Madrid.

Cordero, Eduardo y Eduardo Aldunate (2013). *Estudios sobre el sistema de fuentes en el derecho chileno.* Editorial Legal Publishing-Thomson Reuters.

Cruz Millar, Alicia de la (2019). *Contraloría General de la República: ¿jurisdicción contenciosa administrativa?* Santiago: DER Ediciones.

De Ottto, Ignacio (1987). *Derecho constitucional, sistema de fuentes*. Madrid: Editorial Ariel.

Diez-Picazo, Luis María (1990). *La derogación de las Leyes.* Madrid: Editorial Civita.

Ducci Claro, Carlos (2009). *Derecho civil, parte general*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

García de Enterria, Eduardo (1997). *El derecho, la ley y el juez*, Madrid: Editorial Aranzadi.

Henríquez Viñas, Miriam Lorena (2013). "Los jueces y la resolución de antinomias desde la perspectiva de las fuentes del derecho constitucional chileno". *Estudios Constitucionales*, año 11, n.° 1. Santiago.

Letelier, Raúl (2005). "Contraloría General de la República en la Constitución chilena". *Revista Chilena del Derecho,* vol. 34, n.º 3. Santiago.

Marín, Urbano (2012). *CGR: 85 Años De Vida Institucional (1927-2012)*. Santiago: Servicios Gráficos de la Contraloría General de la República.

Maturana M., Cristian (2017). "Contiendas de competencia entre la CGR y los tribunales", presentación ante el Senado.

Muñoz G., Sergio (2017). "Presentación ante el Senado, en contienda de competencia entre los tribunales y la Contraloría General de la República", 23 de enero.

Navarro B., Enrique (2018). *Las acciones constitucionales económicas ante la jurisprudencia*. Santiago: Ediciones UFT.

Roman C., Cristian (2017). *Dictámenes de la CGR. Sentencias destacadas*. Santiago.

Silva Bascuñán Alejandro y Manuel Daniel Argandoña (1988). *Informe en derecho: "La Procedencia de un Recurso de Protección en contra de la Contraloría General de la República"*.

Silva Cimma, Enrique (1996). *Derecho administrativo chileno y comparado, introducción y fuentes*. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Soto Kloss, Eduardo (2012). *Derecho administrativo. Temas fundamentales*. Santiago: Editorial LegalPublishinG-Thomson Reuters.

Soto Kloss, Eduardo (1982). *El recurso de protección*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Villaverde M., Ignacio y otros (1997). *Derecho constitucional. Materiales de práctica*. Oviedo: Universidad de Oviedo.

EL CONCEPTO DE FAMILIA COMO PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO ANTE SU AUSENCIA EN LOS TEXTOS CONSTITUCIONALES DE 1823 A 1980

THE CONCEPT OF FAMILY AS A GENERAL PRINCIPLE OF LAW BEFORE ITS ABSENCE IN THE CONSTITUTIONAL TEXTS FROM 1823 TO 1980

María Laura Ducci Arceu[*]

Resumen: El concepto de familia cobra hoy en nuestro país, singular importancia a causa de la dinámica legislativa en torno al tema y la visibilidad alcanzada por grupos minoritarios que han sido objeto de discriminación. La discusión se ha dado especialmente en el ámbito constitucional y la doctrina que contiene al respecto en su normativa. Para iluminar la discusión nos parece interesante comprender por qué ninguna de nuestras Constituciones anteriores, se pronunció con respecto a la familia y su protección. Nos parece que la institución señalada operó como un principio general de derecho sustentado en un monolítico acuerdo social. Cuando este se quiebra aparece la necesidad de protección y por tanto de regulación.

Palabras clave: Familia, ensayos constitucionales, principios generales, constitución.

Abstract: The concept of family today has much importance because of the legislative dynamics on the subject and the visibility that minorities have

[*] Abogada. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: marialauraducci@udd.cl

En este trabajo ayudó Felipe Valenzuela Quirós, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos y doctrina relativa a la familia.

reached due to discrimination. The discussion has been done specially in the ambit of Constitutional Law and the jurisprudence related to its norms. To illuminate the discussion we find it interesting to comprehend why did none of our earlier constitutions ever pronounced itself on family and its protection. It seems to us that this institution operated as a general principle of law based on a monolithic social agreement. When it breaks, the necessity to protect it, and to regulate it, appears.

Keywords: Family, constitutional essais, general principles, constitution.

Introducción

La familia es institución, concepto, fundamento, necesidad intrínseca del ser humano. La imposibilidad de realizarse en familia debe ser una de las mayores esclavitudes del ser humano[1]. Es más que una agrupación o forma de organizarse, trasciende con mucho una institucionalidad jurídica, social o religiosa. Incluso, está más allá de un concepto moral en el sentido aspiracional, es decir, la familia para ser tal no requiere aspirar y cumplir determinadas estructuras, lo que no significa que cada sociedad y cada época no funcionara dentro de un sistema familiar distinto o específico. La familia en última instancia, es probablemente la expresión más pura de la libertad humana[2].

La Constitución chilena actual se formula expresamente sobre la familia, especialmente en el artículo 1° del capítulo de las Bases de la Institucionalidad, reconociendo que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad[3]. Pero curiosamente ello no fue así anteriormente en ninguna de las Cartas o ensayos constitucionales de nuestra historia. ¿A qué obedece ese silencio?

Nos parece interesante dilucidar este punto para hacer un contrapunto con el espíritu contemporáneo en aspectos valóricos y visibilizar el cambio operado en nuestra sociedad. A propósito de un eventual cambio constitucional, tener claridad en este aspecto será fundamental en el nuevo diseño de una constitución.

El concepto de familia no ha representado ningún papel en nuestra vida constitucional hasta la Carta de 1980. Sin embargo, ello no implica que no se encontrara formando parte del sistema jurídico de alguna forma y, por

[1] Sobre el particular, véase Yepes y Aranguren (2003), p. 215 y ss.

[2] Consúltese Cea (2004), tomo i, .p. 162 y ss.

[3] Ciertos autores comparten la idea de este valor constitucional, Yepes y Aranguren (2003), p. 223.

cierto, de los cimientos fundacionales de la república. Nosotros conciliamos estas dos afirmaciones en el concepto de Principio General de Derecho.

En efecto, hipotéticamente la institución familiar y las convicciones de la nación, existían como estructura confundida con la existencia misma de la sociedad y del Estado. La familia desde la época de la Colonia, es, en primer término, destinataria de cuotas de poder político, precisamente por lo embrionario del Estado y, por tanto, de poder económico. La institución de los mayorazgos (hasta 1857) permitió afianzar y prolongar este sistema, base de la oligarquía que ejercería el poder hasta bien entrado el siglo XX. Es decir, lo esencial de la familia en ese periodo es enorme, ya que forma parte y se confunde con la estructura política y económica del país. En otras palabras se confunde con el derecho o forma parte implícitamente, aunque no como norma escrita. Es lo que pretendemos demostrar en este trabajo.

El trabajo lo iniciamos con la presente introducción, que se refiere a la problemática que se vislumbra, esto es, la falta total de referencia en los textos de nuestra historia constitucional a la familia y cuál sería una posible explicación. Planteamos, también, una respuesta hipotética a propósito de los Principios Generales de Derecho. Luego nos encargamos de la conceptualización de los principios generales de derecho y del concepto de familia dentro de ellos. Acto seguido presentamos una sucinta descripción del panorama constitucional en la materia entre 1823 y 1925. A continuación nos referimos a la Constitución actualmente vigente y la rica doctrina sobre el tema de la familia, en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (CENC) y la actualidad. Finalmente están las conclusiones.

I. Familia, sociedad y principios

1. El principio general de derecho no se contradice con el derecho positivo

Nos parece que el argumento más sustantivo a propósito de la existencia y función de los principios generales de derecho es que "[...] el Derecho como ciencia y como arte de lo justo en la regulación de de las relaciones sociales, no se agota en la ley o en la norma escrita [...]" *a contrario sensu* el derecho incluye contenidos no escritos que funcionan e integran el sistema jurídico general[4]. No es el tema de este trabajo, sin embargo, nos parece que la mayoría de la doctrina, incluso alguna positivista, reconoce a la ciencia del derecho,

[4] Leguina (1987), p. 8.

como un sistema complejo de diversos contenidos de índole valórico, que coexisten con la norma escrita o esta los recoge de una u otra forma.

La idea que subyace a los Principios Generales de Derecho, no se adecúa al planteamiento del positivismo jurídico; podríamos decir que están en las antípodas. Sin embargo, la función que estos cumplen en el ordenamiento jurídico es consistente con el derecho positivo. En efecto, sin la existencia de este no se podría determinar el umbral desde el cual podrían operar aquellos. Además un principio siempre está relacionado con el ordenamiento jurídico, no porque aquel busque adecuarse al segundo, sino porque el derecho en términos generales y para ser tal, expresará la mayoría de los principios preexistentes. Precisamente será útil recurrir a los principios generales de derecho, en aquellos casos que excepcionalmente no reflejen aquel principio al cual se supone está llamada la norma, es decir cuando esta se hace impotente en la protección de la dignidad y valores esenciales de la persona[5].

Podríamos decir que los principios generales de derecho, no son derecho, ya que carecen de fuerza vinculante o eficacia, por no llevar aparejada una sanción por su incumplimiento. Sin embargo, a lo largo de la historia y en la actualidad vemos como cuando el poder político –el que sea– pretende desconocer uno de estos valores fundamentales, la comunidad se manifiesta, incluso, violentamente. No siempre una sanción aflictiva, jurídicamente impuesta, el castigo más duro de todos. La exclusión y el repudio social, aún en libertad, puede constituir un castigo severo.

Pero estos principios no son rígidos o estáticos o inmutables. De manera imperceptible van teniendo variación en el tiempo, generalmente a consecuencia de los cambios sociales[6].

Son los principios fundamentales de la legislación positiva, que, aunque no se hallen escritos en ninguna parte, constituyen los presupuestos lógicos de la norma legislativa[7]. Según Norberto Bobbio,

> "un positivista no niega la existencia de normas y principios independientes del derecho positivo que permitan llevar a cabo la valoración de éste

[5] Alcalde (2003), pp. 9-17.

[6] "Resulta curioso constatar, en consecuencia, que la categoría de los principios generales tal como la conocemos hoy en día, según la construcción iniciada por la doctrina a fines del siglo xix, es tributaria de la concepción normativista del Derecho, que intenta explicar lo jurídico a partir del concepto de una regla de contenido verbal prescriptivo, sancionada por el poder político centralizado en el Estado y apoyada en su cumplimiento por una red de coacción organizada".Corral (2003), pp. 9-17.

[7] Por ejemplo, el *pacta sunt servanda*; el de no poder ir contra los propios actos; enriquecimiento sin causa, etcétera.

> en términos de su corrección o incorrección, de su justicia o injusticia, pero sí niega que tales normas y principios constituyan derecho"[8].

La jurisprudencia por su parte, al aplicarlos no deforma el orden jurídico, por el contrario, lo complementa como bases orientadoras de las que deducir soluciones concretas para casos determinados. Tienen una función integradora dentro del orden jurídico y en una visión suprapositivista el principio tendrá una función de máxima aplicabilidad. Lo mismo implica el reconocimiento de un dualismo del derecho positivo-natural que ha estado presente desde la antigüedad en la teoría del derecho. En esta postura la norma de derecho natural debiera tener la misma fuerza obligatoria que la norma de derecho positivo. Hay un sesgo "utilitario" en el reconocimiento de principios generales de derecho, donde subyace el concepto de derecho natural, en el sentido de que cuanto más se aleje la norma positiva del reconocimiento de la libertad humana y su dignidad, como fuente de los derechos –humanos– imprescindibles para la práctica de aquellos valores, más necesario será acudir a dichos principios en la interpretación de aquella norma jurídica[9]

No debiéramos, pero antes de dar un concepto, hemos partido este acápite con la defensa de los principios, en cuanto a la opinión de su inexistencia o inviabilidad. Esto es simplemente consecuencia del ámbito más positivista que generalmente prima en los operadores del derecho tanto públicos como privados. En todo caso, queremos precisar aquí la posición iusnaturalista acerca de la fuente de los Principios Generales de Derecho, si bien reconocemos en el derecho natural la fuente última del derecho, nos parece que hoy los Principios son expresión contemporánea, de conquistas históricas del hombre –tradición, equidad, etc.– y de la moral social[10].

El derecho natural tiene en todas partes la misma fuerza obligatoria, señala Norberto Bobbio y sus normas son universales e inmutables,

> "mientras que las prescripciones de derecho positivo son contingentes y variables puesto que limitan su validez a un ámbito espacial y temporal determinado"[11].

En las últimas décadas, el derecho internacional de los derechos humanos[12] parece ir ganando terreno en esta función de fuente o respaldo para

[8] Squella (2005), p. 185 y ss.
[9] Cea (2004), tomo I, p. 163 y ss.
[10] Alcalde (2003), pp. 49-77.
[11] Squella (2005), p. 176 y ss.
[12] Nogueira (2010), pp. 465-502.

dichos principios, a causa de su carácter sacro para el individuo y también para los Estados que pretendan aparecer como "civilizados" o con un grado de desarrollo aceptable[13]. Nos parece que estos derechos también están vinculados con una realidad histórica y social determinada, pero eso no debe entenderse como, primero, que sean de carácter relativo, es decir, no vinculados con una cosmovisión ética y moral y, segundo, que, en todo caso, como advierte Norberto Bobbio, "He dicho que lo que importa no es fundar los derechos del hombre, sino protegerlos. No basta proclamarlos"[14].

2. *Concepto de Principio General de Derecho como base sustantiva del orden jurídico*

Para despejar el campo de acción, debemos señalar lo *qué* no son los principios generales de derecho. Como señala Enrique Alcalde, no son entre otros, conceptos jurídicos indeterminados, estándares o máximas[15].Constituyen, como señalamos más atrás, parte del mismo ordenamiento jurídico, lo integran, orientan en su finalidad y dan homogeneidad a la jurisprudencia. Cumplen, además, diversas funciones dentro del sistema jurídico, especialmente en la jurisprudencia y en la seguridad jurídica.

Definiciones de los principios que nos ocupan hay muchas, hemos preferido la de García Enterría, que dice, en definitiva, que son

> "la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del Derecho, y también, la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica".

Se debe precisar que en este concepto de principios caben los que ya se encuentran contenidos en normas jurídicas escritas como los que no; también aquellos que cumplen distintas funciones, especialmente los que tienen la función de apoyo o complemento en la interpretación de la ley.

Las bases de la institucionalidad en nuestra Constitución de 1980, materializan lo que podemos denominar la constitucionalización de los principios generales de derecho. En efecto y por primera vez en nuestra historia constitucional, el constituyente concede un capítulo especial –dentro de la normativa– para positivizar aquello que considera como el fundamento filosófico, político y social. La novedad de esta técnica constitucional implica que ya no va a ser necesario invocar por los operadores del derecho, Principios Generales de Derecho, sino normas jurídicas positivas de rango consti-

[13] Squella (2005), p. 176 y ss.
[14] *Op. cit.*, p. 199.
[15] Alcalde (2003), p. 51 y ss.

tucional que los han reemplazado, con el objetivo de ganar en aplicabilidad y eficacia. Este tipo de normas en constituciones extranjeras han sido remitidas a un preámbulo, introducción o declaración de principios; en nuestro caso el constituyente al incluirlas dentro del cuerpo de la Carta y con una numeración también correlativa, está claramente establecida la eficacia normativa inmediata o directa de dichos principios o fundamentos, de la misma manera que cualquiera otra disposición constitucional. Como señala Jesús Leguina, a propósito de la Constitución española de 1978,

> "la Constitución española no ha sido ajena a este fenómeno, optando por constitucionalizar una parte muy significativa de los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. Con ello la Constitución ha resuelto un problema teórico y práctico de primera importancia: el relativo al valor jurídico de tales principios"[16].

Lógicamente, en este contexto, la inclusión de la protección a la familia, explícitamente en el artículo 1° de la Carta constitucional de 1980, implica un adelanto histórico sustantivo, en este ámbito, pero que, como veremos, no obedece precisamente al afianzamiento sociológico de la institución familiar, sino a la necesidad que percibe el constituyente de protegerla ante la pérdida del consenso que sobre ella había existido.

II. Explicación de una ausencia: 1822-1925

1. La familia originaria en la república

La visibilidad de la familia como institución objeto de protección jurídica, es un fenómeno de muy corta data.

Andrés Bello estructura en el *Código Civil* los basamentos de la organización familiar, centrada en el matrimonio como su objetivo y en las normas del derecho sucesorio como *ratio dicidendi* de la protección de un patrimonio familiar, que pretende se mantenga lo más incólume posible, resabio, tal vez, de la institución del "mayorazgo"[17]. Esta es la que podríamos llamar la Familia Originaria de la República, sobre la que se posa todo el andamiaje social, no en un sentido filosófico, que no se tocó, sino en una práctica muy

[16] Leguina (1987), p. 11.

[17] En materia de patrimonios y sentimientos, Salinas reitera el planteamiento sostenido por él en otros trabajos y por otros historiadores como Eduardo Cavieres, en cuanto a que el matrimonio era "en primer lugar, un asunto de interés, y solo secundariamente un asunto sentimental". Cavieres (2005), p. 22.

visible como, por ejemplo, que la existencia fuera del alero de una familia, aunque no fuera propia, resultaba prácticamente imposible para él o la que quisiera permanecer dentro de los márgenes que imponía la moral y las buenas costumbres de la época[18, 19]. La dualidad "protección versus fidelidad y gratitud" formaba parte del imaginario tácito de la época, en que el amparo del techo familiar a huérfanas y huérfanos, parientes caídos en desgracia y "guachos", apelativo para hijos del dueño de casa o sus hijos, habidos fuera del matrimonio. Todos ellos quedaban sujetos a la potestad del padre de familia y a la obligación de fidelidad, lo que en la práctica se traducía en un deber de servir en las tareas de la casa o predio, con obediencia absoluta.

Pero jurídicamente, no existe una preocupación especial por el concepto o contenido de la familia, lo jurídico no se detiene en el punto[20], no porque no se aprecie, sino que, muy por el contrario, culturalmente hasta muy entrado el siglo XX la familia tiene tal protagonismo en la estructura social, que intentar protegerla no tiene sentido, salvo, como dijimos, en lo patrimonial, instituciones sucesorias y regímenes patrimoniales del matrimonio civil, confirman el núcleo familiar como fuente única de acceso a la propiedad y su conservación dentro del patrimonio familiar. De esta forma se perpetúa en el tiempo el lugar dentro de la escala socioeconómica, que tiene originariamente cada familia. Solo en las últimas décadas del siglo xx, la ONU ha declarado a la familia como institución o realidad social digna de protección, en relación con la doctrina de los derechos humanos y, por tanto, la construcción de un derecho subjetivo que se llamará "derecho a la familia" (Tratados y convenciones).

1. Ensayos y Constituciones de otros siglos

Debemos adelantar que, solo de manera tangencial, nuestras cartas fundamentales, incluida la de 1925, tocan el tema de la familia, en realidad, casi inadvertidamente. Ello en comparación con la Carta de 1980 en que el centro

[18] La literatura de la época da cuenta de este panorama claramente, por ejemplo el "Martín Rivas" de Alberto Blest Gana, y la necesidad de ser acogido por una "familia" como requisito indispensable para lograr un lugar dentro de la sociedad.

[19] Como señala Alejandra Araya: "El mantenimiento del orden natural contemplaba también la protección que debían dispensar los superiores a los inferiores, que se patentizaba en la obligación de cuidado por una parte y de fidelidad por la otra, cuando se entraba a servir en alguna casa, cuando se depositaban o empeñaban los niños para que los 'padrinos amos' los alimentaran y educaran en la fe católica o cuando se recluía a las mujeres en las 'Casas de Recogidas' hasta que se reeducasen", Araya (2005).

[20] Así también lo sostiene René Ramos Pazos, al constatar que no hay una definición legal de Familia, Ramos (2007), p. 10.

de la dogmática constitucional, se haya, precisamente, en la persona y la familia como núcleo básico de la sociedad. La práctica del derecho público y privado en nuestro país, durante gran parte del siglo xx, fue principalmente positivista, por lo que no admitía espacios interpretativos sobre la base de principios o normas de derecho natural. Pero la cuestión es que estas Constituciones no mencionaron la familia como institución plena, porque obviamente ello no responde a los cánones doctrinarios de la época, pero estimamos que la familia tenía tal relevancia en ella como destinataria del poder político y económico que, de alguna manera, se confunde con el fundamento del Estado; parece aventurada la afirmación, pero creemos que las condiciones históricos de la época demuestran esa realidad. Por lo mismo su existencia era inmanente e incontrastable, formando parte de un imaginario valórico en un contexto suprapositivo, pero no por ello menos imperativo y eficaz[21].

A continuación haremos una breve referencia a cada Carta Fundamental.

"Proyecto de Constitución Provisoria para el Estado de Chile publicado en 10 de agosto de 1818, sancionado y jurado solemnemente el 23 de octubre del mismo"

> "Disposiciones:
> Art. 3.º Serán hábiles para suscribir todos los habitantes, que sean padres de familia o que tengan algún capital, o que ejerzan algún oficio, y que no se hallen con causa pendiente de infidencia o de sedición. Serán inhabilitados todos aquellos que procuren seducir a otros, haciendo partidos, o tratando de violentar o de dividir la voluntad de los otros
>
> Art. 5.º Todo individuo que se gloríe de verdadero patriota, debe llenar las obligaciones que tiene para con Dios y los hombres, siendo virtuoso, honrado, benéfico, buen padre de familia, buen hijo, buen amigo, buen soldado, obediente a la ley y funcionario fiel, desinteresado y celoso.
>
> Art. 8.º La familia del que no fuere depuesto con causa, gozará del montepío establecido en esta clase de empleados.
>
> Art. 24. Se formarán como hasta aquí se ha observado las causas criminales; a excepción que no se recibirá juramento a los reos para sus confesiones y cargos, careos ni otras diligencias que tengan tendencia a indagar de ellos mismos sus delitos; y la pena infame aplicada a un delincuente, no será trascendental a su familia o descendencia".

Llama la atención en esta temprana Carta, las variadas menciones al vocablo 'familia'. El concepto de fondo es que el ser padre de familia consti-

[21] Véase Campos (2016).

tuye por sí mismo un estatus sociopolítico preeminente, pero que lleva aparejada el cumplimiento de diversas y especiales obligaciones. Es tal el rango asociado, que el primer elemento o condición para la ciudadanía es dicho estatus.

"Constitución Política del Estado de Chile
sancionada y promulgada en 30 de octubre de 1822.
La convención a los habitantes de Chile"

> "Art. 2.° La Nación Chilena es libre e independiente de la Monarquía española y de cualquiera otra potencia extranjera: pertenecerá sólo a sí misma, y jamás a ninguna persona ni *familia*.
>
> El constituyente aquí reconoce la relación directa de la política con el poder de las familias-clanes preeminentes en la época.
>
> Art. 9.° Todo chileno debe llenar las obligaciones que tiene para con Dios y los hombres, siendo virtuoso, honrado, benéfico, buen padre de *familia*, buen hijo, buen amigo, buen soldado, obediente a la Constitución y a la ley, y funcionario fiel, desinteresado y celoso".

La referencia es a la idea del buen padre de familia y otras virtudes, que trascienden el ámbito privado hacia uno público. Las virtudes de la persona se entienden formar parte necesaria y presupuesto del ejercicio de los derechos cívicos.

Constitución Política del Estado de Chile,
promulgada en 29 de diciembre de 1823

> "8.° En los negocios contenciosos que puedan ocasionar escandalosas disensiones y ruinas a las *familias* o al Estado, puede obligar a las partes a compromisos presenciados por un Ministro.

En los casos que señalamos, esta Carta da competencia a la Corte Suprema para que en única instancia conozca dichos "negocios". Da una protección especial y de alto rango a las familias en contra del escándalo y la ruina, ambos eventos que constituían en la época un descenso en la escala social, perdiendo parte o totalmente la influencia económica y política. Subyace la idea de que se refiere a "familias patricias", ya que el resto no tuvieron probablemente estos imperativos. En consecuencia, podemos apreciar cómo el ámbito privado se identifica de alguna manera con el público; la ruina o descenso de una de estas familias puede tener tales consecuencias, que el Estado debe hacerse cargo.

Constitución Política de la República de Chile
de 9 de agosto de 1828

> "Artículo 1.° La Nación chilena es la reunión política de todos los chilenos naturales y legales. Es libre e independiente de todo poder extranjero. En ella reside esencialmente la soberanía, y el ejercicio de ésta en los poderes supremos con arreglo a las leyes. No puede ser el patrimonio de ninguna persona o familia".

Esta disposición llama la atención y es única en su tipo en esta etapa de ensayos. Se trata de una interdicción sobre la apropiación de la soberanía por persona alguna y agrega "o familia". Tiene relación con el Principio de Legalidad establecido hoy en la Constitución en el artículo 7° cuando dice en esa conocida frase,

> "Ni persona ni grupo podrá atribuirse ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otros derecho o atribuciones que los que expresamente se le han conferido por la Constitución y las leyes".

Si bien este último punto no se refiere a la soberanía explícitamente, lo es por cuanto la soberanía se ejerce precisamente por medio de los órganos del Estado que son los sujetos al principio mencionado.

En una interpretación más intimista, podríamos pensar que, considerando la época en que las rivalidades políticas se daban muchas veces como familiares, no es aventurado pensar que esta norma se estaba haciendo cargo de esa realidad.

Constitución Política de la República de Chile
publicada el 25 de mayo de 1833

> "Art. 153. La educación pública es una atención preferente del Gobierno. El Congreso formará un plan general de educación nacional; i el Ministro del Despacho respectivo le dará cuenta anualmente del estado de ella en toda la República".

Esta Carta fue promulgada como una reforma constitucional de la anterior, de 1828, de la misma manera que la de 1925, dictada como una reforma de la de 1833.

Esta Constitución redactada por Mariano Egaña Fabres, probablemente con alguna influencia de Diego Portales en el estatuto del gobierno, es el primer texto constitucional que responde en propiedad al apelativo de Constitución, aunque su contenido comparte la influencia de las anteriores, orga-

nizó el Estado en forma[22] no como una aspiración, sino como una república que se consolida, independiente y soberana. Ya no cabía duda sobre ello[23].

En este texto no encontramos referencias a la familia. Sin embargo, relacionado con ella está la disposición sobre educación pública como un mandato al gobierno (Estado) de prestar una "atención preferente", lo que es consistente con la negativa opinión que tenía Diego Portales acerca del pueblo chileno y, en general, del americano, como aquel que carece de cultura, hábitos cívicos y personales, reacio al trabajo y dado a la inercia en las cuestiones personales y públicas. En este contexto es probable que la idea de la educación pública, como función preferente del gobierno, surja como una necesidad fundamental. Demás está advertir la coincidencia de su descripción, con el estado actual de nuestra sociedad[24].

Constitución Política de Chile de 1925

> "Cuando el interés de la comunidad nacional lo exijan, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales, bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar. (Art. 10° que reconocía el derecho de propiedad)".

Corren otros tiempos. La Constitución de 1925 inaugura el siglo XX con una mirada hacia los cambios estructurales, empezando a desprenderse de la impronta conservadora de la oligarquía. Como señala José Luis Cea Egaña:

> "Se postularon elaboraciones ideológicas intelectualizadas, fruto más del estudio en libros, bibliotecas y aulas extranjeras que de la experiencia

[22] Véase Bravo (1996), pp. 63-102.

[23] www.memoriachilena.cl/602/w3-article-96904.html

[24] "A mí las cosas políticas no me interesan, pero como buen ciudadano puedo opinar con toda libertad y aún censurar los actos del Gobierno. La Democracia, que tanto pregonan los ilusos, es un absurdo en los países como los americanos, llenos de vicios y donde los ciudadanos carecen de toda virtud, como es necesario para establecer una verdadera República. La Monarquía no es tampoco el ideal americano: salimos de una terrible para volver a otra y ¿qué ganamos? La República es el sistema que hay que adoptar; ¿pero sabe cómo yo la entiendo para estos países? Un Gobierno fuerte, centralizador, cuyos hombres sean verdaderos modelos de virtud y patriotismo, y así enderezar a los ciudadanos por el camino del orden y de las virtudes. Cuando se hayan moralizado, venga el Gobierno completamente liberal, libre y lleno de ideales, donde tengan parte todos los ciudadanos. Esto es lo que yo pienso y todo hombre de mediano criterio pensará igual. Lima, Marzo de 1822, a J. M. Cea". Carta escrita por Diego Portales a su amigo José Manuel Cea en 1822.

> en la vida del país, para demandar cambios estructurales a veces dentro del sistema, y otras, por la vía directa o fuera de aquel"[25].

En la única oportunidad que esta Carta se remite a la familia es dentro del estatuto de la propiedad, refiriéndose por primera vez a la "propiedad familiar". Volvemos, entonces, a la idea de la integridad familiar del patrimonio en la clase dominante? No, esta vez se trata de un nuevo concepto acuñado por las tendencias liberales dentro de la doctrina de la Iglesia, así como, por ejemplo, la función social del dominio y muchas otras, sobre la base, en este caso, de entender las instituciones existentes, pero dentro de un marco de solidaridad[26].

En su tesis, Juan Eduardo Romero señala:

> "Esta primera comunidad, esencia de toda sociedad, necesita sustentar su vida según los principios básicos de la naturaleza. Luego, este principio no puede adquirir realidad sino a través del derecho natural a la propiedad que debe tener toda familia, según lo cree la doctrina católica. Es decir, la existencia y funcionamiento de la familia dentro del orden natural y social, sería fundamento principal para el derecho que tendrían a la propiedad privada"[27].

En efecto, la encíclica *Rerum Novarum* señala:

> "Iguales, por lo menos, hemos dicho, porque, como la familia o sociedad doméstica, se concibe y de hecho existe antes que la sociedad civil, síguese que los derechos y deberes de aquella son anteriores y más inmediatamente naturales que los de ésta. Y si los ciudadanos, si las familias, al formar parte de una comunidad y sociedad humana, hallasen en vez de auxilio, estorbo, y en vez de defensa, disminución de sus derechos, sería más bien de aborrecer que de desear la sociedad"[28].

En definitiva, la propiedad familiar es aquí una propiedad comunitaria cuyo destino es la familia como un todo y que emana del derecho intrínseco del ser humano como individuo, de acceder a la propiedad privada. La razón o fundamento es la protección a la familia en franco estado de necesidad, indispensable y urgente en la época, como se desprende de la encíclica mencionada, por lo que debe entenderse este derecho en una posición privilegia-

[25] Cea (2004), p. 36.

[26] León XII (1981); León XII (1931) y Juan XXIII (1961); fuentes originales de la doctrina social de la Iglesia Católica.

[27] Romero (2008).

[28] León XII (1981), p. 18, n.º 19.

da dentro del orden jurídico y de la protección del Estado, al menos normativamente. Esta Constitución recoge escuetamente el concepto, lo que no lo desmerece, sino que muy por el contrario, dará una mayor amplitud al intérprete y al legislador a la hora de hacer efectivo el mandato constitucional[29].

Hacia el final de la vigencia de la Constitución de 1925, este tímido inicio había quedado superado por el paroxismo de las ideologías y por un Estado de derecho que, en realidad, era una apariencia de tal. El golpe de Estado en 1973 dejará en suspenso las disquisiciones ideológicas y doctrinarias hasta que la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se hará cargo de ellas para establecer una nueva doctrina que abordará holísticamente al Estado y el ciudadano encajonado en un sistema constitucional relativamente pétreo, que expresa hasta hoy su anhelo de inmortalidad[30].

Constitución Política de la República de Chile
(21 de octubre de 1980)

> "Artículo 1°.- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.
>
> La *familia* es el núcleo fundamental de la sociedad.
>
> El Estado reconoce y ampara los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.
>
> El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuirá crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece".

La familia aparece mencionada por primera vez en esta Constitución como valor constitucional**,** precisamente porque el constituyente recepciona la ideología marxista como una amenaza a la institución familiar y anticipa el cambio social en el punto, surgiendo, entonces, la necesidad de una protección jurídica. Paradójicamente, con el tiempo el instituto "familia", concebido dentro de una visión iusnaturalista, será invocado treinta años después, por grupos progresistas, para fundamentar la legitimidad de otras formas familiares, rechazadas hoy, por una línea cultural más conservadora[31].

La Constitución de 1980 tiene una clara raíz iusnaturalista, en el sentido de reconocer como una cuestión previa, sin la que no vale la pena un

[29] Insertar leyes dictadas en este caso.

[30] Véase Cea (2004), pp. 74-79.

[31] Esto, en particular, por la fuerte vocación humanista del texto constitucional. Véase Cea (2004), p. 56.

desarrollo jurídico posterior, el hecho fundamental de que todo ser humano conlleva con su propia naturaleza una serie de necesidades vitales mínimas, que implican la necesidad ontológica de un espacio material y jurídico para su desenvolvimiento. De no ser así, la vida humana es inviable, porque implica, para la persona, la pérdida del todo o parte de su dignidad, base esencial de su ser. Esto que parece una declamación, se hace realidad ante la vista de la muerte material o espiritual de miles de seres humanos, a la que asistimos cada día perplejos, frente a los medios de comunicación, por violación de derechos humanos a manos de entes gubernamentales o por particulares. Esta es la esencia o *thelos* del constitucionalismo[32]. No se puede negar que, en este punto, logra un diseño coherente y holístico de la filosofía que la funda, de tal manera que dentro de ella no hay contradicciones y el intérprete no puede concluir otros derroteros, sino aquellos que confirmen siempre el principio pro "omines". En su título III desarrolla un amplio catálogo de derechos fundamentales, hoy asimilables a derechos humanos y que deben entenderse también atribuidos a la familia como titular. En efecto, al usar el constituyente la palabra 'persona', debemos entenderla también a las personas jurídicas, en lo que pueda corresponderles, y a los entes morales o agrupaciones humanas, y con mayor razón a la familia, como la más importante y fundamental para la persona humana[33]. Esta postura amplia e integrativa reconocida por gran parte de la doctrina nacional, permitió por primera vez a los operadores del derecho ir generando una nueva jurisprudencia cada vez más enriquecida con la doctrina de la protección de la persona, más aún si se considera la reforma constitucional del año 2005 que incorporó como limitación a la soberanía el derecho internacional de los derechos humanos[34], constituyendo un bloque de constitucionalidad[35] plenamente vigente[36, 37].

Desde el punto de vista de la interpretación constitucional, estimamos que el vocablo 'familia' es un concepto jurídicamente abierto y, por tanto, permeable al cambio social, aunque imposible de renunciar a su vocación de protección del ser humano, lo que permitirá admitir o incluir como tales a grupos alternativos de personas, como familias constituidas, lo que estuvo totalmente fuera de la voluntad del constituyente. Precisamente la idea de estos conceptos abiertos, es que son inclusivos en diversos sentidos, a medi-

[32] Ferrajoli (2008), pp. 25-119.

[33] Cea (2004), p. 46.

[34] Véase Bobbio (1991), pp. 53-85 y Cancado (2001).

[35] Nogueira (2006).

[36] Naciones Unidas (1948), Artículo 16: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

[37] Véase Manili (2003).

da que las necesidades interpretativas lo requieran. ¿Es esta una visión laxa del derecho o de prevalencia del "gobierno de los jueces"[38] al pretender tal elasticidad en la interpretación jurídica? Y si así fuera, ¿cuál es el remedio? ¿Una normativa jurídica casuística y detallada hasta la exasperación? o si no, ¿un incesante proceso de reformas legales, como puesta al día del Derecho, con las cambiantes realidades sociales?[39],

Nos parece que subyace en este dilema, como en la mayoría de las posturas rígidas o estructuradas, un temor social a veces paralizante. Es la falta de confianza en las instituciones, la sospecha permanente del equivocado o mal uso que, el juez hará de la norma jurídica y, por tanto, la supuesta necesidad de "atarlo" a una interpretación particular y segura, lo que además, es una de las formas de restarle una cuota de poder a la judicatura ordinaria o constitucional. Como señala Hernán Corral Talciani:

> "se hace necesario buscar alguna fórmula de escape que permita a los jueces y a la doctrina auspiciar caminos de solución que son ignorados o incluso vedados por las normas estatales , pero que se revelan como más justos y equitativos que los que se deducirían mecánicamente de un ordenamiento supuestamente sin fisuras ni quiebres, sin que ello signifique, por otra parte entregarse a la arbitrariedad o en decisionismo judicial".

Dentro de toda sociedad los procesos políticos son autónomos respecto del derecho, si bien este puede regularlos hasta cierto punto, pretender ponerles una camisa de fuerza jurídica, es, por lo menos, ingenuo a estas alturas[40]. Lo mismo considerando procesos revolucionarios o antisistémicos, porque de una manera u otra ellos son parte del ejercicio de la libertad humana. Lo mismo vale para la aparición de nuevas formas o expresiones culturales. Hoy la familia como organización humana ha sufrido profundos cambios. Aparecen nuevas maneras de unirse familiarmente por su composición o parentesco, y que desafían abiertamente[41] a la forma más tradicional[42]. Como dijera un autor:

> ''Un análisis de la evolución histórica de la familia permite comprobar que ella ha estado en permanente cambio, sucediendo lo mismo con la

[38] Véase Guarnieri y Pederzoli (1999).

[39] Véase Bordalí (2007), pp. 33-129.

[40] Loewenstein (1979), pp. 152-154.

[41] Véase fallo menores López Atala, en García (2009), pp. 144-151.

[42] El Tribunal Constitucional de Chile ha representado un papel fundamental e iluminador del sentido y alcance de las disposiciones constitucionales, siempre en una interpretación finalista en resguardo del principio pro homines y luego cautelar del Estado de derecho constitucionalista. Véase Zapata (2002), pp. 21-48 y 159.

importancia que le corresponde, sin que ella, sin embargo, haya dejado jamás de ser esencial"[43].

El derecho internacional de los tratados, particularmente de derechos humanos, ha abierto los brazos a nuevas formas y maneras de ser persona, de vivir en familia y de vivir la sexualidad, que tienen un discurso basado en la discriminación que han sufrido[44]. En nuestro caso, léase Pacto de San José de Costa Rica[45] con sus dos organismos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han, probablemente, acelerado nuestro lento proceso de inclusión; en este caso las instituciones jurídicas se han adelantado al cambio social, bajo la legitimidad indiscutida y universal de la Corte Interamericana[46].

Los efectos jurídicos de dichos instrumentos internacionales son ampliamente conocidos como la obligación del Estado suscriptor de adecuar su legislación, incluida la de rango constitucional, a las normas del tratado y a lo que disponga Corte en su caso, por sentencia[47].

Asistimos hoy a una realidad que implica que cuando pensamos en la familia como institución no tenemos claridad o seguridad de a qué nos estamos refiriendo. Por otra parte, se ha discutido si el concepto de familia contenido y protegido por la Constitución, incluiría a estas nuevas formas de familia. Obviamente no, en lo que se refiere al constituyente y la doctrina de la CENC, primero que todo porque la distancia histórica haría imposible adelantar los cambios sociales actuales y segundo porque no se compadece con la filosofía que impregna la Carta. Sin embargo, ello no es obstáculo para una interpretación más elástica, en clave de derechos humanos y de una multiculturalidad propiciada por los órganos internacionales, desde ese punto es innegable que el Estado no puede negar su protección[48], en dere-

[43] Troncoso (2014), p. 1.

[44] La ONU ha señalado: "La familia es uno de los pilares de la sociedad. Desde la segunda mitad del siglo xx, las estructuras familiares han experimentado una profunda transformación: hogares más pequeños, matrimonios y nacimientos más tardíos, aumento del número de divorcios y de familias monoparentales. Además, se han visto afectadas por la evolución mundial de los flujos migratorios, el envejecimiento de la población, la pandemia de VIH/SIDA y las consecuencias de la globalización. Ante todos estos cambios sociales, algunas familias experimentan dificultades a la hora de cumplir con sus responsabilidades y les cuesta cada vez más ocuparse de los niños y de las personas mayores, así como ayudar a que los niños aprendan el funcionamiento de la vida en sociedad". Véase www.un.org/es/globalissues/family/

[45] Sobre el particular, Ramos(2007), p. 11.

[46] Véase Hernández (2008).

[47] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009).

[48] Esto a consecuencia de que ''la familia es sociedad natural en mayor grado que la sociedad civil, pues su fin es más necesario, y la inclinación a formarla más fuerte. Por lo cual la familia es anterior al Estado, con prioridad ontológica o de naturaleza". Ugarte (2010), p. 666 y ss.

cho público y privado[49], a nuevos grupos familiares que se han constituido sobre la base de la libertad humana.

Así, y sobre el matrimonio homosexual, la Corte Suprema de Estados Unidos, en un reciente fallo, se pronunció a favor de él, sustentando:

> ''No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death. It would misunderstand these men and women to say they disrespect the idea of marriage. Their plea is that they do respect it, respect it so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves. Their hope is not to be condemned to live in loneliness, excluded from one of civilization's oldest institutions. They ask for equal dignity in the eyes of the law. The Constitution grants them that right"[50].

En consecuencia, si el matrimonio es uno de los más altos ideales realizables por el ser humano, la familia lo es también, cuestión que la Constitución de Chile reconoce como uno de sus más altos valores constitucionales.

Conclusiones

1.- El constituyente del Estado de Chile no incorporó un estatuto para la familia como institución hasta la Constitución de 1980. Dado el indubitable y fundamental papel que la familia representa y ha representado en la historia nacional, nos parece adecuado interpretar el hecho, en el sentido de que ello se debió a que el concepto de familia, como otros de similar importancia, operaba como un principio general de derecho, esto es, más allá de las diversas de-

[49] Ramos (2007).

[50] "ninguna unión es más profunda que el matrimonio, por cuanto encarna el más alto ideal de amor, fidelidad, devoción, sacrificio y familia. Al formar una unión marital, dos personas se convierten en algo más grande que lo que fueron. Como los demandantes en esta causa demuestran, el matrimonio encarna un amor que supera incluso la muerte. Malentender, a estos hombres y mujeres, sería pensar que no respetan la idea del matrimonio. Su suplica es que sí lo respetan. La respetan tan profundamente que buscan encontrar su realización en ellos mismos. Su esperanza radica en no ser condenados a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. Piden igual dignidad ante los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho". Traducción libre de los autores. Sentencia Obergefell v. Hodges, dictada por la Corte Suprema de Estados Unidos de América, el 26 de junio de 2015.

finiciones que da la doctrina, prevalecía una convicción tal de la comunidad en dicho concepto, que hubiera resultado inverosímil que el derecho, en sus diversas manifestaciones, apareciera vulnerando dicha institución.

2.- Las pocas veces que alguno de estos textos constitucionales usó la expresión 'familia', la liga a la limitación del poder político que detentaban las familias dominantes y más adelante, ya en la Constitución de 1925, aparece relacionada solo con el deber del Estado de dar protección a los sectores de la población que viven en la pobreza.

3.- La Constitución de 1980, paradójicamente a pesar de haber sido dictada en un régimen no democrático, es la única que incorpora a su texto una doctrina basada en el derecho natural con fuerte protección a los derechos fundamentales de la persona. Y como una consecuencia de ello, da preeminencia sobre todos los cuerpos intermedios a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Diversas disposiciones de esta Constitución amplían y explicitan un sistema holístico de garantías sobre la persona y la familia como nunca antes en nuestra historia se había hecho. Nos parece que en este caso, el constituyente –refiriéndonos a la Comisión CENC– asumió implícitamente que la familia, como otros bienes jurídicos, estaban o habían estado, amenazados en la práctica e ideológicamente y, por tanto, correspondía proveer una fuerte protección en la Carta Fundamental. Este es el momento simbólico en que el concepto de 'familia', entre otros, deja de ser un principio general de derecho. El concenso social sobre la materia se había trizado hacía tiempo.

4.- Si bien no es el objeto de este trabajo, nos parece adecuado concluir que evidentemente la idea de familia de los comisionados (CENC), fue la de origen matrimonial, no hubo discusión al respecto, porque otra alternativa no existía en la doctrina hasta ese momento. Sin embargo, ello no obsta a una interpretación extensiva de las normas constitucionales (la doctrina es abundante en este punto)[51] de manera de incluir las diversas formas de unión familiar que decidan las personas, cuando se basan en los afectos, el cuidado mutuo y la libertad, aunque sean formas que no conciten el beneplácito de todos los individuos, en aras de la tolerancia y de la interdicción de la discriminación que la propia Constitución establece.

[51] Véase Cea (1988), p. 48 y ss.; García de Enterria (1985), p. 95 y ss.; Peña (1996), pp. 71-79; Atria (1997).

Bibliografía

Alcalde Rodriguez, Enrique (2003). *Los principios generales del derecho*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Araya, Alejandra (2005). "Sirvientes contra amos: Las heridas en lo íntimo propio", en Rafael Sagredo y Cristián Gazmuri (dirs.). *Historia de la vida privada en Chile*. Santiago: Taurus-Aguilar Chilena de Ediciones, Santiago, tomo i: El Chile tradicional. De la Conquista a 1840.

Atria, Fernando (1997), *Los peligros de la Constitución*. Santiago: Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho.

Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Salamanca: Editorial Sistema.

Bordalí Salamanca, Andrés (coord.) (2006). *La tutela de los derechos fundamentales bajo un sistema dual de justicia constitucional*. Santiago: Universidad Austral de Chile/Lexis Nexis.

Bravo Lira, Bernardino (1996). *El Estado de derecho en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Campos Harriet, Fernando (2016). *Historia constitucional de Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Cancado Trindade, Antonio (2001). *El derecho internacional de los derechos humanos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Carta escrita por Diego Portales a su amigo José Manuel Cea en 1822, en Raúl Silva Castro. *Ideas y confesiones de Portales*. Santiago: Editorial del Pacifico, 1954.

Cavieres, Eduardo(2005). "Del comercio y de un comerciante del siglo xviii. Los finos límites entre la privacidad y la sociabilidad", en Rafael Sagredo y Cristián Gazmuri (dirs,). *Historia de la vida privada en Chile*. Santiago: Taurus-Aguilar Chilena de Ediciones, Santiago, tomo i: El Chile tradicional. De la Conquista a 1840.

Cea Egaña, José Luis (1988). *Tratado de la Constitución*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Cea Egaña, José Luis (2004). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, tomos i y ii.

Corral Talciani, Hernán (2003). "Prólogo", en Enrique Alcalde Rodriguez. *Los principios generales del derecho*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Sentencia Menores López Atala. garc%C3%ADa_n.pdf?sequence=3 [fecha de consulta: Mayo 2021].

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Sentencia "La Ultima Tentación de Cristo", Disponible en www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=263&lang=es [fecha de consulta: Mayo 2021].

Ferrajoli, Luigi (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta.

García Acuña, Natalia (2009). *El concepto de familia en la constitución*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago:,Universidad de Chile. También disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106913/de-garc%c3%ada_n.pdf?sequence=3&isAllowed=y [fecha de consulta: Mayo 2021].

García de Enterria, Eduardo (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas SA.

Guarnieri, Carlo y Patrizia Pederzoli (1999). *Los jueces y la política*. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones.

Hernández Paulsen, Gabriel. "Derecho de familia y derechos humanos", en Nelson Pozo y Jorge Benítez (eds.) (2008). *Los otros derechos. Derechos humanos del bicentenario*. Santiago: Universidad Arcis.

Leguina Villa, Jesús (1987). "Principios generales de derecho y Constitución". *Revista de Administración Pública*, n.º 114, septiembre-diciembre. Disponible en https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv [fecha de consulta: Mayo 2021].

León XIII (1931) *Quadraggesimo Anno*. Disponible en http://w2.vatican.va/content/leoxiii/es/encyclicals/documents/hf_lxiii_enc_15051891_rerum-novarum.html [fecha de consulta: Mayo 2021].

León XIII (1981). *Rerum Novarum*. Disponible en http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html [fecha de consulta: Mayo 2021].

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

Juan XXIII (1961). *Mater et Magistra*. Disponible en http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html

Manili, Pablo Luis (2003). *El bloque de constitucionalidad, la ley*, Tucumán: La Ley.

Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Disponible en www.un.org/es/documents/udhr/#tabs-16 [fecha de consulta: Mayo 2021].

Nogueira Alcalá, Humberto (coord.) (2010). *Dogmática y aplicación de los derechos sociales*. Santiago: Librotecnia.

Nogueira Alcalá, Humberto (2006). *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*. Santiago: Editorial Librotecnia.

Peña Gonzalez, Carlos (1996). *Práctica constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

Ramos Pazos, René (2007). *Derecho de Familia*. 6ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I.

Romero Espinoza, Juan Eduardo (2008). *Análisis de la doctrina pontificia sobre propiedad comunitaria entre 1891 y 1961*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Departamento de Ciencias del Derecho. También´n disponible en http://

repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2008/de-romero_j/pdfAmont/de-romero_j.pdf [fecha de consulta: Abril 2021].

Sagredo, Rafael y Cristián Gazmuri (dirs.) (2005). *Historia de la vida privada en Chile*. Santiago: Taurus-Aguilar Chilena de Ediciones, tomo i: El Chile tradicional. De la Conquista a 1840.

Squella, Agustín (2005). *Norberto Bobbio, un hombre fiero y justo*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.

Troncoso Larronde, Hernán (2014). *Derecho de familia*. 15ª ed. actualizada. Santiago: Legal Publishing, Thomson Reuterse.

Ugarte Godoy, José Joaquín (2010). *Curso de filosofía del derecho*. Santiago: Ediciones UC, tomo i.

Yepes Stork, Ricardo y Javier Aranguren Echevarría (2003). *Fundamentos de Antropología, Un Ideal de la excelencia humana*. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra S.A.

Zapata Larraín, Patricio (2002). *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago: Biblioteca Americana.

EL DERECHO A LA TRAMITACIÓN *(IUS UT PROCEDATUR)* COMO UN DERECHO SUBJETIVO DEL CONVENCIONAL CONSTITUYENTE

THE RIGHT TO PROCEED (*IUS UT PROCEDATUR)* AS A CONSTITUENT CONVENTIONAL'S SUBJECTIVE RIGHT

John Smok Kazazian[*]
Pablo Ignacio Celedón González[**]

Resumen: El juego de mayorías y minorías en toda asamblea legislativa exige el reconocimiento y protección de ciertos derechos sin los cuales el ejercicio efectivo del cargo confiado por el cuerpo electoral quedaría vacío de contenido. Esta afirmación cobra mayor relevancia en el funcionamiento del órgano encargado de la elaboración de una nueva Constitución, donde se impone como esencial el derecho a la tramitación de todos los documentos que contengan propuestas normativas, impidiendo que puedan ser descartados sin previo debate. Esta prerrogativa debe ser consagrada en el Reglamento de la Convención Constitucional y garantizada mediante la posibilidad de reclamar ante su transgresión.

Palabras clave: Proceso constituyente, derecho a la tramitación, escritos parlamentarios, minorías.

[*] Abogado de la Universidad Católica de Valparaíso. Magíster en Derecho, mención Derecho Constitucional, por la Universidad de Valparaíso y Máster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos por la Universidad Complutense de Madrid. Oficial mayor de la Secretaría Legislativa de la Cámara de Diputadas y Diputados. Correo electrónico: jsmok@congreso.cl

[**] Abogado de la Universidad de Valparaíso. Máster en Derecho Parlamentario, Elecciones y Estudios Legislativos por la Universidad Complutense de Madrid y Magister en Derecho, con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. En la actualidad es abogado coordinador de la bancada de diputados de Renovación Nacional. Correo electrónico: pceledon@ucm.es

Abstract: In every legislative assembly the fair interplay between majorities and minorities requires the recognition and protection of certain rights in order to guarantee the effective exercise of the task entrusted by the electorate. This statement becomes more relevant in the functioning of the body in charge of drafting a new Constitution, where the right to proceed with all documents containing regulatory proposals is essential, therefore preventing them from being arbitrarily rejected without prior debate. This prerogative must be established in the Constitutional Convention Rules of Procedure and guaranteed by the possibility of claiming against its transgression.

Keywords: Constituent process, right to proceed, parliamentary briefs, minorities.

I. Introducción

Ha sido frecuente en las últimas elecciones a la Presidencia la República que muchos de los candidatos incluyeran dentro de sus programas de gobierno la materialización de un proceso constituyente, algo que en el segundo gobierno de la expresidenta Michelle Bachelet se cumplió de manera parcial con un itinerario constitucional que contempló instancias de participación ciudadana e, incluso, el ingreso a trámite legislativo de un nuevo texto constitucional[1]. Sin embargo, la incapacidad de generar acuerdos que superaran los *quorums* constitucionales y la insatisfacción que para muchos generaba que esta fórmula siguiera alojada en Congreso Nacional como poder constituido, terminaron por hacer fracasar este intento. No fueron sino las demandas sociales y el denominado "estallido social" de octubre de 2019 lo que precipitó un acuerdo amplio y transversal de diversas fuerzas políticas por un ejercicio del poder constituyente originario que, luego de atravesar varias vallas, hoy se encuentra próximo a su concreción por medio de una convención constitucional cuyos integrantes serán elegidos mediante sufragio popular los días 15 y 16 de mayo de 2021.

Para ejercer con libertad la función constituyente, los convencionales constituyentes debieran encontrarse dotados de varios derechos que configuran el estatus del cargo público que ostentan. Tales derechos no son únicamente los consagrados en los artículos 131 y 134 de la Constitución, sino

[1] Mensaje para reformar la *Constitución Política de la República* (*CPR)* (*Boletín* n.°11617-07), ingresado a tramitación el 6 de marzo de 2018. Disponible en www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion. aspx?prmID=12132&prmBOLETIN=11617-07 [fecha de consulta: 10 de mayo de 2021].

también aquellos que la práctica parlamentaria internacional ha reconocido a quienes son elegidos para crear normas jurídicas en un cuerpo colegiado, como lo es la Convención Constitucional regulada en el capítulo XV de la Carta Fundamental.

Los clásicos derechos labrados en este ámbito en las Constituciones son el de iniciativa para proponer textos normativos, el de uso de la palabra, el derecho de asistencia a los diversos órganos de debate y decisión –como comisiones y Pleno–, el derecho a voto y el de percibir una remuneración, sin contar otros tradicionales conocidos más bien como prerrogativas, tales como inmunidad, inviolabilidad y fuero. Sin duda, aquellos conforman la base esencial del estatuto del cargo público de convencional constituyente y descansan, a su vez, sobre el más relevante derecho de ejercer el poder constituyente original (artículo 130 y ss. de la C*PR*), configurando, de ese modo, el núcleo de la función para la que han sido elegidos.

Es posible que en la Constitución se encuentren más derechos de los convencionales. Y con certeza se consagrarán otros en el Reglamento de la Convención Constitucional de Chile (RCC), que será "para sus miembros una fuente especial de derechos, deberes y limitaciones"[2] que conforman ese estatus.

Este trabajo persigue llamar la atención sobre uno de los derechos que debe tener todo convencional constituyente, que es esencial: derecho a que sus propuestas no sean inadmitidas y descartadas de plano, y se inspira en la jurisprudencia española, que ha representado un papel integrador del ordenamiento mediante la interpretación constitucional, que ha llevado a crear, en este asunto, junto al derecho de acceso al cargo público, el de ejercerlo efectivamente sin limitaciones arbitrarias (Sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 32/1985, Fundamento jurídico (FJ) 3), arguyendo que sin ese complemento el derecho de acceder al cargo quedaría irreconocible y vacío de contenido.

En otras palabras, sin el reconocimiento y consagración en el RCC del derecho al procedimiento o *ius et procedatur*, muchos otros derechos podrían tener una existencia vana.

En él centraremos las líneas que siguen, sometidas a la idea de que este derecho opera como un paraguas protector de las minorías, de modo de garantizarles el ejercicio de sus prerrogativas de participación en todos los procedimientos de elaboración de la nueva Constitución.

Advertimos desde ya que, cualquiera que sea el contenido que de manera libre le imprima la propia Convención a su reglamento en ejercicio de

[2] García (1999), p. 251.

la autonomía que al efecto le reconoce el artículo 133 de la *CPR*, lo que, en definitiva, va a aplicar –en forma directa o por reconducción– es derecho parlamentario, toda vez que no existe propiamente un derecho de las asambleas constituyentes.

II. Derechos subjetivos de los parlamentarios

La adquisición del cargo de parlamentario supone asumir una serie de derechos y deberes que componen el denominado estatuto parlamentario, que tienen por objetivo primordial proporcionar herramientas a quienes ejercerán funciones que son esenciales en una democracia constitucional moderna. En efecto, el ejercicio del cargo parlamentario confiere a sus titulares una serie de facultades destinadas a las labores legislativas y de control del gobierno, las que se materializan a través de herramientas que flanquean la Constitución, las leyes y, por cierto, los reglamentos parlamentarios.

Pero ¿cuál es la verdadera naturaleza de estas facultades? ¿Se trata de derechos subjetivos de los parlamentarios o competencias? El asunto no ha sido pacífico y abundan los autores que desestiman la existencia de derechos subjetivos por parte de los parlamentarios, con exponentes de la categoría de Jellinek, quien se refiere a estas facultades como "competencias de órganos estatales". Se trata de una línea muy compartida por la doctrina alemana y parte de la doctrina italiana, y que cuenta con no pocos adherentes en España, muchos de los cuales se han manifestado críticos ante la construcción que ha hecho el Tribunal Constitucional a partir del artículo 23.2 de la Constitución española (CE)[3, 4].

Sin embargo, en la doctrina ibérica, quienes postulan la existencia de derechos subjetivos de los parlamentarios, al menos en la actualidad, parecen imponerse largamente, ya con un camino construido a partir de la jurisprudencia constitucional y el amplio desarrollo que ha tenido el artículo 23.2 de la CE. Como señala Yolanda Gómez Lugo:

> "quizá uno de los argumentos más sólidos que permite hablar de auténticos derechos fundamentales de los parlamentarios sea el que deriva de la combinación de las normas contenidas en los artículos 23.2 CE y el 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; combinación, en

[3] Torres (1998), pp. 263-264.

[4] El artículo 23 de la Constitución española posee una doble dimensión por el cual se recoge el derecho a la participación política directa o a través de representantes (apartado 1) y el derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (apartado 2).

> virtud de la cual se ha canalizado una vía de protección de los grupos minoritarios frente a los posibles abusos de la mayoría parlamentaria"[5].

Otros exponentes de esta posición son Ignacio Torres Muro[6] y Javier García Roca. Este último caracteriza a estas facultades como derechos funcionales, en línea con el fenómeno jurídico sobre el cual se proyecta este derecho fundamental a la participación política, esto es, habilitar de un derecho subjetivo a un ciudadano para que pueda ejercer las labores tendientes a formar la voluntad política del Estado. Asimismo, señala que solo estamos frente a un verdadero derecho fundamental en la medida que exista una herramienta que lo haga justiciable, ya sea en sede constitucional u ordinaria, y que, es esta precisa condición la que atenta en contra de lo que denomina "tesis organicistas", ya que no parece posible que se puedan asegurar de forma institucional facultades que el ordenamiento reconoce a los parlamentarios individualmente[7].

Lo afirmado por quienes rechazan las tesis organicistas parece correcto y además necesario, en tanto la existencia de un control externo para el ejercicio de funciones esenciales para el ejercicio del cargo parlamentario resulta fundamental para el pluralismo político y la protección de las minorías que ejercen un papel fundamental en el desarrollo de una democracia constitucional en la que se pretenda, de manera real, establecer un contrapeso a la mayoría que apoya al gobierno.

Los derechos de los parlamentarios en España se insertan dentro del derecho establecido en el artículo 23.2 de la CE a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, derecho fundamental al cual la jurisprudencia constitucional le ha asignado una triple dimensión: acceso, permanencia y ejercicio del cargo. Esta última faceta referida al desempeño del cargo es lo que el intérprete constitucional ha denominado el *ius in officium*, esto es, un conjunto de facultades y derechos inherentes al cargo, cuyo ejercicio efectivo permite la participación ciudadana y la representación política.

El propio Tribunal Constitucional español ha desarrollado una jurisprudencia a propósito de amparos deducidos en contra de actos parlamentarios sin valor de ley –por lo general actos de inadmisión a trámite por parte de la Mesa de la respectiva– por la cual reconoce facultades propias del cargo parlamentario y que son objeto de protección en sede de justicia constitucional a través de la doble dimensión del artículo 23 de la CE. En concreto, en el fundamento jurídico 4º de la STC 242/2006 la magistratura constitucional ha señalado:

[5] Gómez (2009), p. 9.
[6] Torres (1998), p. 268.
[7] García (1999), p. 290.

> "el art. 23.2 CE no contempla un derecho fundamental de los parlamentarios al cumplimiento de la legalidad parlamentaria, sino un derecho a ejercer las facultades inherentes al núcleo de su función representativa de acuerdo con lo previsto en dicha normativa y en condiciones de igualdad. El ius in officium tutelado por dicho precepto no otorga, por lo tanto, relevancia constitucional a cualquier infracción del Reglamento parlamentario, sino únicamente a las que vulneran este derecho fundamental".

Y no se trataría de una protección limitada o sujeta a un catálogo, lo que también ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional español frente a algunos intentos por reducir los derechos protegidos por el artículo 23 del C*ódigo Político* ibérico. En efecto, como señala el fundamento jurídico 5° de la STC 10/2018:

> "No puede sostenerse, por tanto, como afirma el escrito de alegaciones de la representación del Parlamento de Cataluña, que los derechos considerados fundamentales incluidos en el ius in officium sean, únicamente, los que aquella destaca en su escrito de alegaciones, toda vez que este Tribunal no ha fijado un elenco cerrado de derechos o facultades que pertenezcan al núcleo de la función representativa de los parlamentarios [...]".

De esta manera, una vez garantizados el acceso y la permanencia en el cargo, estos se completan con el derecho del titular al desempeño efectivo del mismo, que otorga un conjunto mínimo de facultades de actuación al representante, esto es, el *ius in officium*, que se materializa a través de procedimientos idóneos, en este caso, para el ejercicio del cargo parlamentario. Las facultades que el ordenamiento jurídico confiere a los parlamentarios, ya sea individual o colectivamente, para el ejercicio de sus funciones legislativas, de control y representación, se materializan mediante actos parlamentarios, los que serán calificados conforme a derecho, admitidos y sujetos a tramitación. Es este derecho a la tramitación lo que la doctrina y la jurisprudencia constitucional han denominado "derecho al procedimiento" o *ius ut procedatur.*

III. El *ius ut procedatur* como derecho fundamental. Su naturaleza instrumental

En términos generales, con la finalidad de llevar a cabo la tarea para la que han sido elegidos de acuerdo con la Constitución, los convencionales constituyentes –de manera individual o colectiva– se encuentran dotados de un haz de instrumentos, como los mencionados en la Introducción y en el capítulo anterior.

Entonces, resulta fácil advertir que sin el reconocimiento, vigencia y efectividad del *ius ut procedatur*, el núcleo mismo de la función constituyente se vería afectado. Si bien la adopción de decisiones en las modernas asambleas legislativas se basa en la correlación de fuerzas entre mayoría y minoría, rigiendo en ellas el principio mayoritario para la adopción de decisiones, el derecho parlamentario –que, como dijimos, por su evolución y relación con el afianzamiento de la democracia, se aplica a la asamblea constituyente– persigue que durante la fase previa a la adopción de los acuerdos, es decir, durante la tramitación de los asuntos, sea otro el principio rector: el del respeto de las minorías. Así, es la participación política no del pueblo, titular del poder constituyente, sino de sus representantes, la que constituye el bien protegido por el *ius ut procedatur*, de manera que todas las opciones políticas presentes en la Convención Constitucional o en cualquier Parlamento, que hacen actual el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, puedan manifestarse y dispongan de un instrumento de defensa cuando esa manifestación pretenda ser obstaculizada o impedida. Solo de esa forma se garantizará a los convencionales el pleno ejercicio de sus derechos.

Por ello tiene importancia la forma en que el reglamento de la Convención Constitucional determine cuál es la autoridad o el órgano empoderado para decidir la calificación, admisión y tramitación que debe recaer en los planteamientos de los convencionales. De ahí que también sea relevante, en caso de que dicho órgano sea un ente colegiado, cuál es su integración, pues la inclusión de representantes de la minoría en ellos moderará la natural tentación de la mayoría a relegar y demorar, cuando no derechamente a impedir, las actuaciones de las minorías.

Si el RCC opta por atribuir esta función al presidente, órgano de gobierno unipersonal perteneciente a la mayoría, el principal resguardo vendrá dado por la exigencia de motivación de la decisión desestimatoria (además de la asesoría técnica y jurídica de los letrados de la Secretaría).

Por otro lado, si fuere la Mesa de la Convención la encargada de calificar, admitir (o inadmitir) y tramitar los escritos y asuntos que presenten los convencionales, el resguardo para la minoría se encontrará en su configuración política plural, donde adquieren importancia dos aspectos esenciales: el número de integrantes y la forma de su elección. Así, para que esta sea verdadera salvaguardia de los derechos de las minorías, es fundamental que tenga un número no estrecho de integrantes y que estos sean elegidos mediante un sistema de elección múltiple con voto limitado[8]. Desafortunada-

[8] La incidencia en la composición de la Mesa viene dada por la forma de elección de los vicepresidentes y secretarios, pues en el caso del presidente, por tratarse siempre de un órgano

mente, los diputados y senadores han optado por determinar ellos mismos el número de integrantes de la Mesa de la Convención, limitándolos solo a dos cargos, presidente y vicepresidente (artículo 133.2 de la *CPR*), con lo cual han impedido la participación de la minoría en dicho órgano.

Las soluciones en el derecho parlamentario comparado son diversas, observándose que en algunas asambleas legislativas las funciones de calificación, admisión y tramitación se encomiendan en forma exclusiva al presidente de la respectiva Cámara[9], si bien en algunas asambleas este poder del presidente se atempera con un recurso al Pleno, el que puede reconsiderar la medida[10]. Otros países han optado por conceder estas funciones a la Mesa[11] e, incluso,

uninominal, el cargo corresponderá a un representante de la mayoría. La elección de tales cargos puede efectuarse de forma uninominal o plurinominal y mediante voto múltiple o limitado. En primer término, si el reglamento contempla que cada vicepresidente o secretario sea elegido en una votación única, individual, por mayoría simple, en cada elección estará dando a la mayoría la posibilidad de imponerse, con lo cual se obtendrá una mesa monopartidista, en la que ningún miembro de la minoría tendrá participación. El mismo resultado se dará cuando el reglamento establezca la elección simultánea de todos los vicepresidentes o secretarios con voto múltiple, en la cual cada parlamentario podrá anotar en la cédula tanto nombres como cargos por elegir. Es la misma situación anterior, pero concentrada en un solo acto. Un tercer escenario posible es el de la elección plurinominal en un solo acto, pero con voto limitado, de forma que cada parlamentario solo puede escribir un nombre en la cédula de votación, independientemente del número de puestos por llenar, produciendo así que los candidatos con mayor número de preferencias ocupen los cargos disponibles. Al tener cada diputado tan solo un voto se impide la acumulación de preferencias respecto de cada candidato, posibilitando la selección de diputados de las distintas minorías. En todas estas variantes ha de considerarse el *quorum* exigido para alcanzar el cargo, aunque lo normal es que, a excepción del presidente, se exija mayoría simple, por lo que no debiera haber nuevas votaciones, salvo los casos de empate.

[9] Cámara de Diputados de Argentina (artículos 39, número 2°; 165 y 167 del Reglamento); Cámara de Diputados y Senado de Bolivia (artículos 36, 117 y 121 del Reglamento General de la Cámara de Diputados y 37, 127, 147 y 151 del Reglamento de la Cámara de Senadores); ambas Cámaras del Congreso de México (artículos 23 y 25 respecto de la Cámara de Diputados y artículo 67.1.b respecto de la Cámara de Senadores, todos de la ley orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos), si bien en periodos extraordinarios de sesiones esta competencia en el Senado mexicano es ejercida por la Mesa (artículo 66.1.a de la ley orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos).

[10] Como en el Senado argentino (artículo 2 de su Reglamento) y en ambas Cámaras de Colombia (artículos 43 y 44 de la Ley 5, de 1992) y Uruguay (artículos 37, 106, 137 y 138 del Reglamento de la Cámara de Representantes y 53, 113, 157 y 158 del Reglamento de la Cámara de Senadores). También en Francia (artículos 89 del Reglamento de la Asamblea Nacional, en relación con el artículo 40 de la Constitución). En este grupo se insertan las Cámaras de Chile, como luego expondremos.

[11] En Ecuador encontramos un sistema similar al de España, donde la tarea de calificación de las iniciativas legislativas se deposita en el Consejo de Administración Legislativa, equivalente a la Mesa (artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa).

es posible observar la presencia de las comisiones legislativas en el ejercicio de la tarea de calificación documental[12].

Ya sea el presidente, la Mesa o una comisión el órgano que califique y ordene la tramitación de los asuntos parlamentarios, no obstante el resguardo inicial que he indicado, estimamos que el derecho a la tramitación solo será eficaz si el ordenamiento reconoce algún medio para protegerlo, esto es, si se consagra la posibilidad de reclamación ante la decisión del órgano de la Convención que no da curso a la tramitación que constitucional o reglamentariamente corresponda y, sobre todo, algún tipo de control externo a la Asamblea, sea ante la jurisdicción ordinaria o ante la jurisdicción constitucional. En este sentido, valoramos la reclamación consagrada en el artículo 136 de la *CPR*.

Sobre esa base ya se puede ir apreciando la configuración del *ius ut procedatur* como un derecho subjetivo del convencional constituyente, y no como una competencia de un órgano estatal[13]. Haciendo un paralelo con el derecho parlamentario, esta aseveración se ve ratificada al observar en los ordenamientos la vía de protección del derecho, que permiten accionar a parlamentarios individuales o a los grupos en que se integran antes que a los órganos que componen la institución parlamentaria. De ahí la importancia del estudio de las materias como la que aborda este trabajo, al objeto de comprender y proteger el "delicado equilibrio entre los derechos individuales de los parlamentarios" y la función de calificación de sus escritos parlamentarios[14] y, por extensión, el balance entre los derechos individuales de los sujetos investidos de constituyentes y las decisiones que el presidente de la Convención o la Mesa adopten sobre los escritos y propuestas que aquellos presenten.

En cuanto a su naturaleza, el *ius ut procedatur*, además de ser un derecho fundamental de los convencionales constituyentes, es un derecho de carácter instrumental. Con esto queremos decir que su existencia no tiene sentido en tanto se proteja a sí mismo, sino que es garantía de eficacia de otros derechos. La función que cumple el *ius ut procedatur* es la de posibilitar la plena vigencia de otros derechos que el ordenamiento (Constitución

[12] Como en Perú, donde un vicepresidente procesa y tramita las iniciativas a las comisiones y la Comisión decide la admisibilidad (artículo 77 del Reglamento del Congreso de la República). También en Colombia, donde, por la exigencia de homogeneidad del proyecto, al presidente de la Comisión corresponde declarar inadmisibles las modificaciones que no se relacionen con la materia a que se refiere el proyecto de ley, siendo apelable esta decisión ante la misma Comisión (artículo 158 de la Constitución).

[13] Véase la explicación de las dos teorías en Torres (1998), pp. 263-265.

[14] García (1999), p. 263.

y Reglamento de la Convención) reconoce a los convencionales, destinados a poner en movimiento la maquinaria constituyente, de manera que no se justifica en sí mismo, sino en relación con otros. En otras palabras, no tendría sentido gozar de un derecho a la tramitación si de manera previa no contaran sus titulares con otros derechos, tales como el de iniciativa legislativa, de enmienda, de integrar comisiones, de pedir división de la votación, etcétera. En la medida en que los constituyentes vean obstaculizadas estas actuaciones por una decisión arbitraria del órgano competente de la Convención, adquiere todo su vigor el *ius ut procedatur*, que se independiza y se actualiza para obtener que la pretensión inicial –la actuación del constituyente– sea satisfecha.

Para completar la protección, además de la norma que reconoce o atribuye el derecho, debe asegurarse al titular del *ius ut procedatur* la posibilidad de protestar contra su desconocimiento y la de recurrir contra la decisión firme ante un órgano externo especializado. Solo si se cumplen esas tres condiciones de eficacia del derecho habremos superado el examen democrático del órgano.

Advertimos al lector que los capítulos 4, 5 y 6, que desarrollan el nacimiento y configuración del *ius et procedatur*, tendrán que referirse de manera necesaria al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia vigente, que lo han analizado y consagrado en relación con las actuaciones propias de la función parlamentaria, y no de asambleas ni convenciones dotadas del poder constituyente.

IV. Derecho al procedimiento en España

En las cámaras parlamentarias españolas es la Mesa, en tanto órgano de gobierno, la que efectúa la revisión de los escritos y documentos parlamentarios, formal en un comienzo, para extenderse, sin duda, al contenido material a contar de la doctrina fijada por el TC en 2011[15]. Su integración amplia –sin llegar a ser voluminosa[16]– (artículo 30.2 del Reglamento del Congreso de los

[15] STC 119/2011, de 5 de julio, aunque algo desvirtuada con la STC 136/2011, de 13 de septiembre.

[16] La conformación con un presidente, cuatro vicepresidentes (dos en el Senado) y cuatro secretarios permite fluidez del trabajo parlamentario. Sin embargo, hay quienes opinan que dicha composición no es excesivamente amplia, García y Pendás (1998), p. 440. Asimismo, Soriano (2001), p. 180. Este autor considera que las minorías en la Mesa del Congreso ni siquiera tienen asegurada la presencia, pues su inclusión depende de la buena voluntad de los grupos parlamentarios.

Diputados de España (RC)) y políticamente plural –elección de vicepresidentes y secretarios en votación plurinominal con voto limitado– (artículo 37.2 del RC) incide de manera positiva en la protección de los derechos de los parlamentarios, en particular de los pertenecientes a la minoría. No quiere decir esto que se garanticen siempre y a todo evento, motivo por el cual se han creado los debidos resguardos.

El TC español, mediante una interpretación abierta y extensiva del artículo 23.2 de la CE, ha creado una doctrina completa y sistemática de los derechos de los parlamentarios, entre los cuales se incluye el derecho en estudio. Quizá sin ella el *ius ut procedatur* de igual modo tendría existencia en el ordenamiento español, aunque fuese solo de manera formal, pues su consagración se encuentra en el juego de los apartados 1 y 2 del artículo 31 del RC. Este, en el número 4° del apartado 1, confiere de modo expreso a la Mesa la función de

> "calificar, con arreglo al Reglamento, los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de los mismos",

y en su número 5° le añade la función de "decidir la tramitación de todos los escritos y documentos de índole parlamentaria, de acuerdo con las normas establecidas en este Reglamento".

El complemento de ese derecho viene reconocido en el apartado 2 del mismo artículo, que legitima a un diputado o a un grupo parlamentario para solicitar a la Mesa la reconsideración de su decisión si discrepare de ella. La Mesa está obligada a oír a la Junta de Portavoces antes de dar su nueva decisión, variando su resolución anterior o confirmándola, la cual, en todo caso, debe estar motivada, lo que supone una exposición razonada de las causas que permitan determinar la admisión –o inadmisión– y tramitación de un escrito parlamentario. Esta reconsideración constituye un primer "remedio para que los órganos rectores o de dirección de las Cámaras subsanen las hipotéticas violaciones de derechos fundamentales"[17].

Confirma todo lo anterior el artículo 6.2 del RC, que confiere a los diputados el derecho a "ejercer las facultades y desempeñar las funciones" que el reglamento les atribuye, es decir, en relación con lo anterior, el derecho a presentar toda clase de escritos parlamentarios a que estén habilitados, a que la autoridad se los admita, les dé la tramitación legal o reglamentaria que proceda, y a reclamar en caso de desacuerdo con la decisión de la Mesa.

[17] García (1999), p. 263.

La reclamación constituye un proceso contencioso-parlamentario, interno, al que pone fin la decisión motivada de la Mesa recaída en el recurso de reposición.

Sin embargo, atendiendo a lo manifestado al final del apartado anterior, en que lo relevante para un derecho es la existencia de una vía eficaz para su protección, especialmente a cargo de un órgano externo, ajeno al primero que lo decide, sería ilusorio pensar que la mera revisión del asunto denegado ante la misma autoridad es suficiente para proteger los derechos de la minoría, pues no ha de olvidarse que nos movemos en la sede de una organización política, en la cual los razonamientos que fundan las decisiones o las actuaciones son los que tienen relación con la oportunidad y conveniencia de las mismas, y no a su juridicidad o adecuación legal o reglamentaria. En otras palabras, la mera reconsideración ante la Mesa no basta para que exista un *ius ut procedatur* eficaz, y la ineficacia en este caso es sinónimo de existencia insubstancial, pues no permite la completa defensa del derecho a la tramitación.

Es necesaria, entonces, una interpretación constitucional de los derechos de los parlamentarios para dar cabida a una garantía jurídica externa y especializada, que en España es la del Tribunal Constitucional. El legislador orgánico ha abierto una vía para que el tribunal al que se le confiere la calidad de "intérprete supremo de la Constitución" (artículo 1.1 de la LOTC) revise, a petición de parte,

> "las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos [...] que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional"[18],

previsión que actualiza el mandato constitucional del artículo 161.1.b) de la CE, por el que se confiere al TC competencia para conocer "del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 CE en los casos y formas que la ley establezca". Es decir, para hacer operativo el artículo 42 de la LOTC es necesario alegar que se está violando un verdadero derecho fundamental. Si las facultades de los parlamentarios no se consideran derechos fundamentales, es "imposible hacerlas valer ante órganos jurídicos externos a las Cámaras"[19].

Entonces, el juego interpretativo consiste en hacer caber el *ius ut procedatur* dentro de los derechos y libertades a que hace referencia el artículo 53.2 de la CE, que son los "reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del Capítulo 2°", es decir, los artículos 15 a 29, ambos incluidos, puesto que

[18] Artículo 42 de la LOTC.

[19] Torres (1998), p. 267.

solo así tendrá la consideración de derecho fundamental y será susceptible de amparo.

Aquí podríamos decir que el TC, a través de diversas y progresivas puntadas, comienza a tejer su construcción jurisprudencial extensiva del contenido del artículo 23.2 de la CE, que garantiza a todos los ciudadanos el "derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes". Las sentencias pilotos en este asunto pronto van a cumplir cuatro décadas, por lo que la interpretación debiera considerarse decantada. En la STC 5/1983 comienza el Tribunal diciendo que, de acuerdo con una interpretación sistemática, "el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho a permanecer en los mismos" (FJ 3), para luego extender ese contenido en la STC 32/1985 al ejercicio del cargo, ya que el derecho de acceder a los cargos públicos implica necesariamente el de "desempeñarlos de acuerdo con lo previsto en la ley" (FJ 3), para finalizar este entramado con la decisiva resolución contenida en la STC 161/1988[20], en la cual, interpretando el Tribunal la parte final del precepto, dice que

> "compete a la ley, comprensiva de los reglamentos parlamentarios, el ordenar los derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicos"

y que "una vez creados por las normas legales [y reglamentarias] tales derechos y facultades, éstos quedan integrados en el estatus propio de cada cargo" y pueden ser defendidos en sede jurisdiccional (FJ 7). De esa forma, a los reglamentos parlamentarios les compete regular y ordenar los derechos y atribuciones que los parlamentarios ostentan; de tal suerte que una vez conferidos dichos derechos por la norma reglamentaria pasan a integrar el estatuto propio del cargo de parlamentario y sus transgresiones pueden ser defendidas ante el TC, al amparo del artículo 23.2 de la CE y en cuanto contenido del *ius in officium*.

La importancia de las referidas decisiones del TC radica, entonces, en que, por estar de manera expresa comprendido el *ius ut procedatur* en el reglamento parlamentario, forma parte del *ius in officium* y se le confiere el carácter de derecho fundamental, interpretación que abre paso al recurso externo ante el TC por la vía del recurso de amparo, siempre que ante el

[20] Hasta antes de esta sentencia, el TC, por respeto a la autonomía parlamentaria, inadmitía los recursos de amparo cuando estos se incoaban contra actos calificados de *interna corporis*, a menos que lesionaran un derecho fundamental reconocido en la Constitución. A partir de la STC 161/1988, el TC comienza a abrirse a la posibilidad de controlar decisiones de los órganos de gobierno de las Cámaras por la vía de ampliar las facultades de los parlamentarios que tienen la consideración de derechos fundamentales.

órgano jurisdiccional se pruebe la violación del derecho y se agote de forma previa la fase de reclamación interna, como se ha expuesto[21].

Como apreciamos, se cumplen las tres condiciones de eficacia del derecho.

En definitiva, por la vía del reconocimiento reglamentario y por la jurisprudencia del TC, el *ius ut procedatur* se halla incorporado en el estatuto de los parlamentarios garantizado por el artículo 23.2 de la CE y defendido mediante el amparo del artículo 42 de la LOTC. En virtud de esta unión "se ha canalizado una vía de protección de los grupos minoritarios frente a los posibles abusos de la mayoría parlamentaria"[22].

1. El contenido del derecho

Teniendo claridad sobre la existencia del *ius ut procedatur* y su naturaleza de derecho fundamental protegido tanto en sede parlamentaria como externa ante el TC, algo se puede añadir sobre su contenido, con el propósito de configurarlo mejor, con la ayuda del TC, que no ha detenido su construcción jurisprudencial.

Sobre este asunto, el TC español (ATC 85/2006[23]) ha resaltado la relevancia de la tarea calificadora de la Mesa, puesto que, además de realizar

[21] En este punto el propio TC ha advertido que no todos los derechos y facultades que constituyen el estatuto del parlamentario han de entenderse constitucionalizados, sino "sólo aquellos que pudiéramos considerar pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria, como son, principalmente, los que tienen relación directa con el ejercicio de las potestades legislativas y de control de la acción del Gobierno", STC 220/1991, FJ 5.

[22] Gómez (2009), p. 9.

[23] En 2005, el Parlamento de Cataluña presentó en el Congreso de los Diputados una propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. La Mesa del Congreso de los Diputados, mediante acuerdo de 18 de octubre de 2005, calificó dicha propuesta como de reforma de Estatuto de Autonomía, la admitió a trámite y acordó tramitarla por el procedimiento establecido en el apartado II de la resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 16 de marzo de 1993, sobre procedimiento a seguir para la tramitación de la reforma de los Estatutos de Autonomía. El Grupo Parlamentario Popular alegó que, en atención a su contenido, la proposición era una verdadera reforma constitucional encubierta. Para rechazar la solicitud de reconsideración, la Mesa, mediante acuerdo de 25 de octubre de 2005 –basado en una doctrina del TC hoy superada–, arguyó que su función de calificación debe ceñirse a la labor de verificación de "la regularidad jurídica y la viabilidad procesal de la iniciativa, esto es, examinar si la iniciativa cumple con los requisitos formales exigidos por la norma reglamentaria, SSTC 124/1995; 38/1999, 107/2001, 203/2001, 177/2002 y 40/2003)". El Grupo Parlamentario Popular recurrió en amparo contra ambos acuerdos, por estimar que la Mesa vulneró su derecho y el de los diputados que lo integran a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 de la CE), al haber calificado y tramitado como propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña lo que, en realidad, ha debido calificarse y tramitarse como propuesta de reforma constitucional.

la triple función expresada en el Reglamento –calificar, admitir y tramitar–, tiene que decidir el cauce procedimental a seguir por una iniciativa, y debe hacerlo con total autonomía, sin estar subordinada, por ejemplo, a la denominación que a una proposición de ley le hayan atribuido sus autores, sino ajustándose a la naturaleza que derive de su contenido, aunque ello suponga

> "incluir una verificación liminar de la conformidad a Derecho de la pretensión deducida, junto a un juicio de calificación sobre la idoneidad o procedencia del procedimiento parlamentario elegido"[24].

En el recurso de amparo, el grupo afectado arguyó que deben diferenciarse las funciones de las Mesas en la admisión a trámite de iniciativas (artículo 31.1.4 del Reglamento de la Cámara de Diputados de Chile (RCD)), y aquellas en que se decide el procedimiento que estas deban seguir (artículo 31.1.5 del RCD), y que en incontables ocasiones la Mesa del Congreso ha dado a la iniciativa una tramitación que se ajusta a la naturaleza y contenido material del escrito, variando la pretensión inicial de su autor.

Tal tipo de actuación se aviene con lo resuelto por el propio TC, que ha fallado que el control de la Mesa sobre los escritos y documentos parlamentarios puede incluir un examen del contenido material de la iniciativa,

> "exclusivamente en cuanto resulte determinante para llevar a cabo un juicio de calificación sobre la idoneidad y procedencia del procedimiento parlamentario elegido para sustanciar la iniciativa deducida, esto es, a fin de observar la adecuación de la pretensión que se deduce al tipo de procedimiento a través del cual se plantea" (FJ 5).

En esta tarea, la Mesa puede apreciar la pertinencia de más de un procedimiento y decidirse por uno de ellos (el de la ley orgánica o el de la ley ordinaria, por ejemplo),

> "pero lo que no podrá nunca determinar la Mesa es que se siga un procedimiento parlamentario previsto para iniciativas de naturaleza completamente distinta" (FJ 5).

A continuación, en el FJ 6 el Tribunal da el paso que permite completar la configuración del *ius ut procedatur*, al decir que el derecho a tramitar las iniciativas legislativas como contenido del artículo 23.2 de la CE comprende el de que lo sea por el procedimiento adecuado, pues la participación de los Grupos Parlamentarios y de los diputados que los integran

[24] STC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 5.

> "en el ejercicio de la función legislativa a través del procedimiento parlamentario reglamentariamente establecido para la concreta iniciativa objeto de tramitación y el desempeño en el mismo de los derechos y facultades que lo acompañan constituye, en principio, una manifestación relevante del *ius in officium* de representante (en este sentido, STC 118/1999, de 28 de junio, FJ 2). En concreto, puede considerarse que pertenece al núcleo de su función representativa que los proyectos y proposiciones legislativas [...] se tramiten con los requisitos y a través de los procedimientos establecidos en la Constitución española y en el Reglamento del Congreso de los Diputados" (FJ 6).

Se aprecia con esta doctrina un equilibrio entre los poderes de la Mesa y los derechos de los parlamentarios. La Mesa, como auténtico órgano de gobierno y de dirección de la Cámara que deriva del carácter representativo que ostenta (artículo 72.2 de la CE), ve frenado su poder discrecional a la hora de decidir la tramitación de una iniciativa legislativa o de control del gobierno, debiendo encausarla por el procedimiento señalado en el Reglamento, lo que constituye para los parlamentarios un derecho que forma parte del núcleo de la función representativa, defendible ante la jurisdicción constitucional.

De seguro, en el futuro se darán más pasos en este sentido, pues el derecho a la tramitación no incluye solo el que un asunto lo sea por el procedimiento formal establecido, sino también, por ejemplo, dentro de los plazos fijados para ello, sin que sean admisibles dilaciones arbitrarias o al menos dejando abierta la puerta para defenderse de ellas cuando la Mesa amplíe los plazos reglamentarios sin la concurrencia de las circunstancias excepcionales que justifiquen tal ampliación, o cuando el presidente, de acuerdo con la Mesa, clausure el debate violando con esa decisión algún derecho fundamental de los parlamentarios.

V. La doctrina de los *interna corporis* y la posibilidad de control jurisdiccional de los actos parlamentarios sin valor de ley

Como ya lo hemos señalado, el ordenamiento jurídico español permite que los parlamentarios afectados por una decisión que importe desconocer su derecho al procedimiento, en tanto parte integral del conjunto de derechos que están dentro del ámbito de protección del artículo 23.2 de la CE, recurran de la misma al Tribunal Constitucional por la vía del amparo.

De esta manera, el Tribunal Constitucional se ha erigido como el garante del estatus parlamentario, transformando el amparo en contra de ac-

tos o decisiones parlamentarias sin valor de ley en una herramienta eficaz y necesaria, lo que ha podido ser realidad luego que el propio intérprete constitucional dejara atrás la doctrina de los *interna corporis*, que por años se erigió en una barrera al control externo de las cámaras en pro de una mal entendida autonomía parlamentaria.

Cualquier referencia a la doctrina de los *interna corporis* debe tener a la vista el ATC 183/1984 que acordó la inadmisión del amparo deducido por un senador del Partido Popular contra las normas dictadas por la presidencia del Senado para la tramitación de las enmiendas al Proyecto de Ley Orgánica de la Educación. El referido auto señaló:

> "la norma impugnada es, en efecto, un acto interno de la Cámara, producido por la Presidencia de ésta y que tiene por finalidad la regulación de las relaciones que existen entre la Cámara y sus propios miembros. No es, por tanto, una norma que deba regular las relaciones de la Cámara con terceros vinculados con ella por relaciones contractuales o funcionariales, sino un acto puramente interno de un órgano constitucional. Característica propia de éstos es la independencia y el aseguramiento de ésta obliga a entender que, si bien sus decisiones, como sujetas que están a la Constitución y a las Leyes, no están exentas del control jurisdiccional, sólo quedan sujetas a este control cuando afectan a relaciones externas del órgano o se concretan en la redacción de normas objetivas y generales susceptibles de ser objeto del control de inconstitucionalidad, pero ello sólo, naturalmente, a través de las vías que para ello se ofrecen" (FJ 2).

La decisión del Tribunal Constitucional resulta del todo errada en tanto concibe la independencia parlamentaria como un verdadero espacio para la arbitrariedad, sustraído del Estado de derecho. Lo anterior es descrito de manera inmejorable por Javier García Roca, quien afirma que las cámaras no pueden ser "islas en las aguas de la organización constitucional donde no alcance la fuerza expansiva de la juricidad inherente a todo Estado de Derecho"[25].

Esta opinión crítica acerca de la doctrina de los *interna corporis* parece ser compartida por la mayoría de la doctrina y, en principio, habría sido una deformación alemana de la doctrina de los *internal proceedings*, proveniente del derecho parlamentario británico. Se trataba de una doctrina que podría tener sentido en un escenario de constante amenaza para la independencia del Parlamento, pero que no se justifica en una democracia constitucional moderna[26].

[25] García (1999), p. 267.
[26] *Op. cit.*, p. 268.

De cualquier manera, el contenido del ATC 183/1984, ratificado por jurisprudencia posterior[27], parece dejar en evidencia que, más que una convicción sustantiva por parte del Tribunal Constitucional en relación con la inescrutabilidad de los actos parlamentarios, existía la intención de dicha magistratura de enviar una señal contundente al mundo parlamentario de que no sería esa la sede en la que se resolverían las diferencias y conflictos que se suscitaren con ocasión del juego de mayorías y minorías. El Tribunal buscaba que no se le arrastrara al pantano de la política con conflictos de escaso valor jurídico, algo en lo que ya había reparado la doctrina inglesa[28].

Si bien hubo más sentencias en las que se afianzó la teoría de los *interna corporis*, esta línea jurisprudencial sufre su primer gran revés en la STC 118/1988, con la que se provocará un giro que afianzará la doctrina que estima revisable los actos parlamentarios sin valor de ley cuando estos supongan una vulneración a los derechos y libertades individuales. Es cierto que ya con el ATC 12/1986 se avizoraba un cambio, en tanto el Tribunal advertía:

> "La organización de los debates y el procedimiento parlamentario es cuestión remitida en la Constitución, como se desprende de su art. 72, a la regulación y actuación independiente de las Cámaras legislativas, y los actos puramente internos que adopten las mismas no podrían ser enjuiciados por este Tribunal, en cuanto que presuntamente lesivos de los Reglamentos parlamentarios, sin menoscabar aquella independencia, como ya declaró este Tribunal en el Auto de 21 de marzo de 1984"[29].

En concreto, para autores como Alberto Arce Janariz, este fallo importa una afirmación que resultará esencial para derribar la doctrina hasta entonces dominante de los *interna corporis*: la magistratura constitucional no está para conocer meras infracciones del reglamento parlamentario que no suponga una vulneración de los derechos fundamentales[30]. Para otros, como Javier García Roca, la STC 90/1985, ya era una señal de la nueva tendencia expansiva de revisión de los actos parlamentarios, en tanto el intérprete constitucional afirma que las resoluciones parlamentarias referidas a la inmunidad no están exentas de sometimiento a la Constitución[31].

---

[27] ATC 477/1984.

[28] Arce (1990), pp. 106-107.

[29] ATC 12/1986.

[30] *Op. cit.*, pp. 107-108.

[31] García (1999), p. 272. Sin embargo, Javier García Roca se apresura en reconocer que no se trata de un fallo asimilable al resto por su importancia política y sus consecuencias, por cierto, más relevantes que un acto que niega a tramitación documentación de índole parlamentaria.

Volviendo a la STC 118/1988, es evidente por qué, con matices, es sindicada como la resolución que importa un punto de inflexión. De la lectura del fundamento jurídico 2º queda en evidencia que la coraza que intentó generarse a favor de los actos parlamentarios sin valor de ley, caería en lo sucesivo si se traspasaba la frontera: la vulneración de derechos y libertades protegidas por la Constitución. Señalaba dicho fundamento jurídico:

> "La doctrina de los interna corporis acta sólo es aplicable en la medida en que no exista lesión de tales derechos y libertades, impidiendo el conocimiento de este Tribunal de lo que no sea su posible lesión".

Así se comenzaba a definir una controversia que resulta de capital importancia en el funcionamiento de la actividad parlamentaria y que, por fortuna, puso por delante bienes sustancialmente superiores que la mera defensa de una independencia mal entendida. No cabe duda de la importancia de la autonomía parlamentaria, pero ella no puede ser pretexto para crear espacios vedados al Estado de derecho y donde, sin contrapeso alguno, se puedan vulnerar derechos y libertades de parlamentarios o terceros. Más aún, si tenemos a la vista que, por lo general, lo que era objeto de debate se refería a la inadmisión de escritos y, por tanto, al derecho de tramitarlos en sede parlamentaria, cualquier negativa de la jurisdicción constitucional a conocer del asunto por tratarse de un asunto interno de la cámaras derivará, sin lugar a duda, en un atropello del derecho de las minorías.

VI. El *ius ut procedatur* en Chile

Diversos preceptos del ordenamiento jurídico positivo chileno reconocen de manera expresa a los parlamentarios variados derechos, siendo las principales fuentes la Constitución, la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional y el reglamento de las Cámaras. Un grupo de derechos son de carácter político: en forma individual, cada parlamentario tiene el derecho a ser reelegido (artículo 51.2 de la *CPR*) y, colectivamente, no menos de diez ni más de veinte diputados pueden deducir acusación contra altas autoridades (artículo 52.2 de la *CPR*). En el ámbito de la fiscalización del gobierno y la Administración, los parlamentarios también gozan de derechos a título individual: solicitar información al gobierno (artículo 52.1.a. inciso 2° de la *CPR*), a la Administración y a las empresas públicas (artículos 9° y 9° A de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional de Chile (LOCCN)), y a título colectivo, como que un tercio de los miembros en ejercicio puede requerir la comparecencia de un ministro de Estado para formularle preguntas (artículo 52.1.b. de la *CPR*) y las dos quintas partes pueden plantear la creación de una

comisión investigadora, que se aprueba por el mismo *quorum* (artículo. 52.1.c. de la *CPR*). Existen otros derechos reconocidos en el ordenamiento, como las prerrogativas de inviolabilidad, inmunidad y fuero (artículo 61 de la *CPR*); otros de carácter operativo, como el derecho a la retribución (artículo 62 de la *CPR*), y las facultades de orden puramente legislativo (aunque no por ello menos político) de presentar proyectos de ley y retirarlos de tramitación (artículo 65 de la *CPR*) y formular enmiendas y retirarlas (artículo 69 de la *CPR*).

A las mencionadas en el parágrafo precedente (referidas a la Constitución y a la ley orgánica del Congreso Nacional) han de añadirse las facultades reglamentarias, que los congresistas pueden ejercer de forma individual, como las de participar en las votaciones (artículos 3°, 160.6 del RCD), integrar comisiones (artículo 32.4 del RCD), asistir, formular enmiendas y participar con derecho a voz en las comisiones de las que no sean miembro titular (artículo 224 del RCD); usar de la palabra, tanto para intervenir en los debates (artículos 81 y 85 del RCD) sin necesidad de venia, autorización ni mero conocimiento del Jefe del Comité al que pertenezca, como para, en forma excepcional, vindicarse cuando su reputación o corrección se dañe por cargos formulados en algún medio de publicidad o por observaciones de otro diputado (artículo 34 del RCD); pertenecer a un comité parlamentario (artículo 55 del RCD), percibir las asignaciones en bienes y dinero para el ejercicio de la función parlamentaria y un largo etcétera que solo el descriterio permitiría que las mencionemos aquí.

Centrándonos en el ámbito de la tramitación, también aparecen algunos derechos, todos ellos de ejercicio individual, como pedir la observancia del reglamento (artículo 21 del RCD), pedir segunda discusión (artículo 128 del RCD); pedir el cambio de trámite dispuesto por el presidente, cuyo único momento de formulación es inmediatamente después de leída la cuenta y que debe resolverse de inmediato y sin debate (artículo 97.4 del RCD) y pedir la división de la votación (artículo 146 del RCD).

Habrá que analizar el juego de los derechos y las potestades de los tres cuerpos normativos mencionados para determinar si en Chile la situación del *ius ut procedatur* difiere de la exhibida en el derecho parlamentario español o coincide con ella.

Como consideraciones previas, urge advertir que el ordenamiento chileno no contiene una consagración expresa de amparo por actos o decisiones parlamentarios sin valor de ley. El recurso de protección protege frente a la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de solo algunos derechos y libertades fundamentales de aquellos consagrados en el artículo 19 de la Constitución (artículo 20 de la *CPR*), de los cuales ninguno tiene significación en el ámbito parlamentario. Luego, los derechos reconocidos en el resto del articulado constitucional no gozan de esta defensa.

Además, el órgano tutelador de los derechos fundamentales por vía de protección no es el Tribunal Constitucional, sino los tribunales superiores de justicia.

Por otra parte, en Chile no hay conexión directa entre el reglamento parlamentario y la Constitución, pues la Carta de 1980, a diferencia de sus predecesoras y siguiendo como modelo la francesa de 1958, remitió los asuntos más relevantes del Legislativo a una ley orgánica, lo cual no quita que cada Cámara y sus órganos internos deban sujetar sus actuaciones a las normas superiores de aquella. En efecto, la Constitución chilena establece en su capítulo I, "Bases de la institucionalidad" –que alumbra la interpretación de todo su texto–, el deber de todo órgano del Estado de someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Y añade que los titulares o integrantes de tales órganos, así como toda persona, institución o grupo, están obligados por los preceptos de la Constitución (artículo 6° de la *CPR*), "norma que excluye todo comportamiento que entrañe una vulneración de los límites que la Constitución les impone" (Fallo del Tribunal Constitucional de Chile (FTC), rol 2025, C 66°).

En virtud de tal precepto, adquieren un efecto expansivo en cuanto a su acatamiento las normas que rigen la actividad parlamentaria contenidas en la propia Constitución y en la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional (LOCCN). Y es en esta ley donde se consagra el ejercicio de facultades que entroncan con el derecho a la tramitación, que datan de 1990 y que se han robustecido con la reforma de la LOCCN introducida por la Ley n.°20447, de 3 de julio de 2010.

En Chile, el órgano de dirección de la Cámara es su presidente. La Mesa representa un papel insignificante en la dirección de la Asamblea y, además, carece de relevancia por tratarse de una mesa con reducido número de integrantes en los cuales no se cuenta ningún representante de la minoría. Así, el presidente y los dos vicepresidentes representan al mismo sector político.

Como órgano unipersonal de gobierno cameral, el presidente es quien tiene atribuida la función de calificar los documentos parlamentarios, admitirlos o inadmitirlos y determinar la tramitación que se les ha de dar (artículos 15.1 y 25 de la LOCCN, y 14.4 del RCD). En casi la totalidad de las veces, esta función recae sobre iniciativas legislativas, primarias y secundarias, presentadas por los diputados. Esta función calificadora de la máxima importancia, debido a que la LOCCN establece, además de requisitos formales[32], un sinnúmero de exigencias sustantivas que los proyectos y las

[32] Para los proyectos de ley, presentación por escrito (artículo 29 del RCD), firmados (artículo 5° del RCD) por no más de diez diputados ni de cinco senadores (artículo 65 de la *CPR*), acompañados de sus fundamentos y de los antecedentes que expliquen los gastos que

enmiendas deben cumplir. En efecto, los proyectos de ley de los parlamentarios no pueden referirse a materias que deban tener origen en la otra Cámara o iniciarse de manera exclusiva por el Presidente de la República[33] (artículo 13 de la LOCCN). Tocante a las enmiendas, a diferencia del sistema español, el chileno impone serias limitaciones sustantivas a los parlamentarios, pues exige expresamente que tengan congruencia material con el proyecto, "que digan relación directa con (sus) ideas matrices o fundamentales" (artículos 69 de la C*PR* y 24.1 de la LOCCN), que no afecten a ninguna materia cuya iniciativa corresponda en exclusivo al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento (artículo 24.3 de la LOCCN), que no sean contrarias a la Constitución[34] ni que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado (artículo 24.2 de la LOCCN).

Hemos querido dar cuenta detallada de todas esas limitaciones, pues son las que debe tener presente y aplicar el presidente en el momento de declarar un proyecto de ley admisible o inadmisible. Con ello se advierte que el margen para la subjetividad es enorme, como lo podría ser también la tentación de rechazar liminarmente las iniciativas de los parlamentarios de oposición que parezcan inoportunas o inconvenientes para el partido o la coalición gobernante.

En definitiva, la calificación es una atribución del presidente en la que no interviene la minoría y en la que tampoco intervendría si la atribución

pudiere importar la aplicación de sus normas (artículo 14 de la LOCCN). Tampoco puede un proyecto proponer conjuntamente normas de ley y de reforma constitucional. Respecto de las enmiendas, además de la escrituración y firma, deben presentarse dentro del plazo que la Sala acuerde (artículo 129).

[33] La Constitución reserva a la iniciativa legislativa exclusiva del Jefe de Estado una gran cantidad de materias, como se advierte de la simple lectura de sus artículos 63 y 65. Del precepto legal se extrae que el término 'iniciativa' no se refiere solo al primer impulso legislativo, es decir, a la facultad de hacer una propuesta de ley, sino que se extiende a todo el proceso legislativo, interpretación con la que ha concordado el TC al expresar que "la facultad entregada a esa autoridad para hacer nacer una propuesta legal que involucre un nuevo gasto público, o un aumento del mismo [...] no se constriñe a la presentación del proyecto de ley, sino que se extiende a todo el proceso nomogenético" (FTC, rol 2025, de 20 de julio de 2011, C 43°).

[34] En este punto, la solución chilena es opuesta a la española, donde las potestades de calificación de la Mesa no comprenden la facultad para realizar un juicio de constitucionalidad (STC 205/1990, FJ 7). De modo que en Chile no se produce el problema de contradicciones que ha experimentado España. En el derecho parlamentario ibérico, el TC ha fallado, dentro de una misma sentencia (STC 95/1994), que "a la Mesa le está vedado todo control material de la proposición" (FJ 5) y, a la vez, que "la Mesa sólo podría acordar la inadmisión cuando [...] la inconstitucionalidad de la proposición sea palmaria y evidente" (FJ 4), lo cual justifica –e incluso más, exige– la realización de un examen de fondo o material del acto parlamentario. Sin embargo, el TC también ha anulado los acuerdos de la Mesa cuando esta ha inadmitido una moción precisamente por ser contraria al texto expreso del artículo 3 de la Constitución (STC 205/1990).

la tuviera la Mesa, debido al defecto democrático en su integración que ya hemos referido.

Frente a ese escenario y en cuanto al derecho a la tramitación, respecto de los proyectos de ley, la Ley n.° 20447 estableció que la Sala puede reconsiderar la declaración de inadmisibilidad del presidente (artículo 15 de la LOCCN). Para activar ese mecanismo basta que un solo diputado formule la cuestión durante la sesión de la Sala en que se da cuenta de la moción inadmisible, debiendo el presidente, previo debate, someter a votación su declaración (artículo 14.4 del RCD).

La norma legal extendió de manera innecesaria las instancias para declarar la inadmisibilidad, pues si el presidente no la pronuncia en el momento del ingreso del proyecto, la pueden proclamar más tarde las comisiones, declaración que puede ser revisada por la Sala (artículo 15.3 de la LOCCN). Incluso más, a partir de la reforma de 2010, la ley autoriza a la Cámara revisora a rechazar la admisibilidad aprobada por la Cámara de origen (artículo 15.2 de la LOCCN).

En lo tocante a las enmiendas, desde 1990, al presidente de la Cámara y a los de las comisiones les ha correspondido determinar, de propia iniciativa o a petición de algún parlamentario, si las enmiendas formuladas a una iniciativa son admisibles o inadmisibles y efectuar la correspondiente declaración, la que puede ser reconsiderada por la Sala o, en su caso, por la misma comisión, a petición de cualquiera de sus miembros. Incluso, si la cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad de una enmienda no fuere planteada en la Sala, la ley deja abierta la vía para que tal declaración la haga el presidente de la comisión e, incluso, la faculta para reconsiderar la resolución de su presidente, con la única exigencia que se haga "de inmediato". Y, más aun, el hecho de que la cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad de enmiendas se resuelva en comisión no impide que la Sala de la Cámara respectiva haga la declaración definitiva. Para cerrar este entramado y ponerle fin a esta extendida serie de revisiones, la ley impone que "una vez resuelta por la Sala o por su Presidente la cuestión de admisibilidad o inadmisibilidad" de una enmienda, ella no podrá ser revisada en comisión (artículo 25 de la LOCCN).

Igual que acontece con los proyectos de ley, respecto de las enmiendas se aprecia la existencia de pluralidad de instancias para reconsiderar las decisiones de admisibilidad o inadmisibilidad, cuyo espíritu puede encontrarse tanto en el deseo del legislador orgánico de evitar el ingreso de un precepto inconstitucional en el ordenamiento como de contrapesar la hegemonía del presidente cameral.

El aspecto positivo de las mencionadas instancias radica en que basta el requerimiento de un solo diputado para activar el mecanismo de las respectivas reconsideraciones de las decisiones sobre admisibilidad o inadmi-

sibilidad, tanto en Sala como en comisión, de manera que esta faceta del derecho a la tramitación –si bien imperfecta, por la ausencia del recurso a un órgano externo al propio Congreso– sí puede considerarse con propiedad como derecho subjetivo del parlamentario.

Del derecho a presentar proyectos de ley y enmiendas, recogidos en los niveles constitucional y legal, es posible descender al reglamento parlamentario y encontrar en el derecho a pedir la división de la votación otra manifestación del *ius ut procedatur*, esta vez con la posibilidad de revisar la decisión en la jurisdicción constitucional. Existe, empero, una diferencia con el modelo español: esta particular intervención del Tribunal Constitucional en el proceso de formación de la ley no está inspirada en la protección de un derecho o garantía fundamental del congresista que su autor presume transgredido mediante un acto o decisión de la autoridad parlamentaria, sino que está ajustada a la naturaleza del Tribunal, en cuanto intérprete oficial y supremo de la Constitución.

Los artículos 164 y 146 de los reglamentos del Senado y la Cámara de Disputadas y Diputados respectivamente, facultan a cualquier senador o diputado para "pedir que se divida una proposición" antes de empezar su votación –en el Senado– o antes de cerrarse el debate –en la Cámara–. Es un derecho al que se recurre con frecuencia, y que conecta con el *ius ut procedatur*, pues su ejercicio representa para el diputado solicitante la forma en que debe seguirse la tramitación de un asunto, referido no a la iniciativa o discusión, sino concretado a esa fase catártica que representa el momento de la decisión o votación, con efectos políticos importantes, puesto que las partes en que se divida o separe un artículo o precepto, incluso una frase, para efectos de su votación, condiciona la forma en que los parlamentarios emiten su voto.

Igual que en los derechos anteriores, el presidente de la Sala o comisión debe analizar la solicitud y declararla admisible o inadmisible, a la vista de las limitaciones que el mismo precepto impone, puesto que prohíbe dividir la votación en los casos de las observaciones y vetos formulados por el Presidente de la República, y –en el caso de la Cámara de Diputadas y Diputados– cuando de la división de la proposición que haya de votarse "pueda incurrirse en una decisión inconstitucional", situación que corresponde al presidente calificar.

Los casos más típicos en que se produce la situación contemplada en este precepto son las actuaciones parlamentarias que inciden en la administración financiera o presupuestaria del Estado, cuya iniciativa la Constitución encomienda en forma privativa al Presidente de la República. Se trata, por lo general, de casos en los cuales, mediante la solicitud de división de la votación de un precepto determinado, el diputado proponente busca redu-

cir o eliminar un requisito para acceder a un beneficio relativo a la seguridad social, o quitar el tope máximo de un beneficio tributario o social, o tachar la prohibición de acogerse a otros beneficios, y otros casos similares, en los cuales el efecto directo es el aumento del gasto público en que se incurrirá en el momento de aplicar el proyecto de ley.

En este caso, al revés de los anteriores, la vía para reclamar se abre no porque el presidente declare inadmisible la solicitud, sino por la decisión opuesta, puesto que con la aceptación de la división de la votación permite que se dé el supuesto de que se incurra en una decisión inconstitucional.

Volviendo un poco sobre lo dicho, lo mismo puede suceder en el supuesto que el presidente de la Cámara admita a discusión y votación una enmienda contraria a la Constitución o en el caso de que, habiendo desestimado el presidente tal posibilidad mediante la respectiva declaración de inadmisibilidad, la Sala la revoque, toda vez que también su eventual aprobación dará lugar a una disposición inconstitucional.

Ante eventos como estos, la Carta Fundamental legitima al Presidente de la República, a cualquiera de las Cámaras o una cuarta parte de sus miembros en ejercicio para requerir del TC que resuelva "las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley [...]"[35]. Esta facultad que se concede al TC y que implica su intervención en el proceso de formación de la ley no está fundada –reiteramos– en el resguardo de los derechos fundamentales de los parlamentarios a formular enmiendas o a requerir la división de la votación, sino en preservar el pleno ajuste de la futura ley a la Constitución mediante el aborto de preceptos que pugnen con ella. Ello es así, en primer lugar, porque el texto expreso de la Carta lo sanciona. Y, además, porque la posibilidad de recurrir al TC nace de un acto concesivo, permisivo, tolerante con la enmienda o la división de la votación a la postre inconstitucionales, mientras que en España la vía del amparo ante el TC queda abierta por la actuación contraria, la denegación, el rechazo por la Mesa de la admisibilidad de escritos parlamentarios y su correspondiente reconsideración que da firmeza a la decisión.

Como ejemplo, en junio de 2011 el gobierno accionó ante el TC contra el resultado inconstitucional que produjo en el Senado la división de la votación de un proyecto sobre permiso posnatal parental[36]. El gobierno no

[35] Artículo 93.1.3° y 93.4 de la *CPR*.

[36] El proyecto creaba un nuevo permiso posnatal parental –consistente en un tiempo de descanso adicional al actual posnatal, agregando doce semanas– y proponía que durante dicho periodo la madre recibiría un subsidio equivalente a su remuneración, con un tope de 30 UF. Este tope se aplicaría a este nuevo de descanso posnatal parental. En el trámite de Comisión, un senador solicitó dividir el artículo 197 bis para efectos de su votación, quedando en la

objetó una norma del reglamento parlamentario –que, aunque es fuente escrita de derecho constitucional según el TC[37], sus preceptos no son controlables por dicho Tribunal–, sino que su requerimiento se dirigió contra el hecho de que, mediante el expediente de la división de una votación en una materia vinculada con la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, se violaran diversas disposiciones de la Carta Fundamental, pues ello implicaba ejercer la iniciativa legislativa en materias en las cuales a los diputados y senadores solo les cabe aceptar, disminuir o rechazar las iniciativas que sobre dichas materias proponga el Presidente de la República. Luego de un extenso razonamiento, el TC concluyó diciendo que el Senado había obrado contra la Constitución, no por el hecho de la división de la votación en sí misma, sino porque su actuación producía como efecto directo un aumento del costo del beneficio propuesto por el Jefe de Estado, en circunstancias que la Constitución solo autoriza al Legislativo para

> "aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República"[38].

Aun cuando en el caso relatado fue el gobierno el que recurrió al TC para que declarara la inconstitucionalidad de la actuación del Senado, el propio Tribunal ha resuelto que uno de los requisitos esenciales que deben concurrir copulativamente para que el Tribunal pueda ejercer la atribución que le confiere la Constitución es que se suscite un desacuerdo sobre la preceptiva constitucional entre los órganos colegisladores, pudiendo surgir tal discrepancia "entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo o en el seno mismo del segundo" (FTC, rol 23, de 26 de septiembre de 1984, C. 4°). Se ratifica con ello que la cuarta parte de los miembros en ejercicio de una Cámara puede accionar ante el TC cuando surja el conflicto constitucional en su interior o en la otra Cámara. En el caso comentado, treinta diputados o diez senadores de la coalición que sustenta al gobierno podrían haber deducido similar requerimiento ante el TC. Con ello se puede sostener –agregando algo más a este intento por configurar este derecho– que la existencia

primera parte el otorgamiento del permiso y el derecho a percibir el subsidio, y, en la segunda parte, el tope en dinero de ese beneficio y su financiamiento, petición que a juicio de varios miembros de la Comisión era inadmisible, al tenor de los artículos 24 y 25 de la LOCCN. No obstante, la Comisión declaró admisible la división de la votación y así se procedió, resultando eliminados el límite de 30 UF y la fuente permanente de financiamiento del subsidio, decisión que fue ratificada en el Pleno de la Cámara Alta.

[37] FTC, rol n.° 1, de 1972, C 12.

[38] Artículo 65.5 de la *CPR*.

del *ius ut procedatur*, al menos en Chile y en virtud de las normas existentes en su ordenamiento, está condicionada al sujeto activo, puesto que solo se actualizará en la medida que el control externo del acto parlamentario por parte del TC sea activado por los propios congresistas.

Dando un último paso, estimamos que, incluso, sin que hubiera un cuestionamiento de constitucionalidad respecto del contenido de un proyecto, o sea, sustantivo, podría plantearse la misma acción ante el TC cuando hubiere discordia respecto a la tramitación que para ese proyecto haya dispuesto el presidente de la Cámara, esto es, sobre el procedimiento, pues la cuestión de constitucionalidad debe entenderse de manera amplia, abarcando tanto cuestiones de forma o procedimiento como aquellas relativas al contenido del proyecto. Los ejemplos son bastantes[39]. En este sentido, el TC ha dicho que su misión de velar por la efectiva vigencia del principio de supremacía constitucional

> "abarca tanto la denominada 'constitucionalidad de forma' que apunta a la conformidad de los preceptos legales con el proceso nomogenético o de formación de la ley como la 'constitucionalidad de fondo' que dice relación con la conformidad sustantiva de las normas legales con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental"[40],

y que esa conclusión no se ve desvirtuada, en forma alguna, por la circunstancia de que la cuestión de constitucionalidad se encuentre formulada como una impugnación de actuaciones del Senado.

VII. Conclusión

La discusión en torno a la existencia de derechos subjetivos de los parlamentarios y, en particular, de un derecho a la tramitación, no ha preocupado a la doctrina chilena, a diferencia de lo que ha ocurrido en otras latitudes, como en España, donde quizá la multiplicidad de parlamentos, la consagración de

[39] Producirá inconstitucionalidad de forma, por no respetar el procedimiento legislativo, por ejemplo, tramitar una moción firmada por más de diez diputados o por más de cinco senadores (artículo 65.1 de la *CPR*) o iniciar la tramitación de una ley sobre tributos en el Senado (artículo 65.2 de la *CPR*), ambos ejemplos bastante burdos debido a la prolijidad de los letrados parlamentarios en el examen de admisibilidad. Una causa más frecuente es la aprobación, modificación o derogación de una ley orgánica constitucional con un *quorum* inferior al exigido por la Constitución (cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio, artículo 66.2 de la *CPR*).

[40] FTC, rol n.º 1410, de 20 de julio de 2009, C 25.

normas constitucionales expresas que reconocen el derecho al ejercicio de la función pública y la existencia de herramientas jurisdiccionales para cautelarlo han permitido el desarrollo de una vasta jurisprudencia constitucional. En todo caso, de los dos sistemas analizados es posible concluir que el *ius ut procedatur* es un derecho subjetivo de los parlamentarios, independiente de su reconocimiento como derecho fundamental o como el mero ejercicio de una facultad que permite la defensa del ordenamiento contra normas contrarias a la Constitución. Indudablemente tiene, aunque aún en evolución, un desarrollo más completo en España, debido a que el ordenamiento constitucional ibérico cuenta con una norma como la del artículo 23.2, que, en mérito de la redacción que el Constituyente le dio, permite al TC dotarla del contenido que la evolución jurídica vaya exigiendo, mediante una interpretación cada vez más extensiva y garantista de los derechos de los parlamentarios. Y en Chile, aun cuando también existe, no tiene el carácter de derecho fundamental y la doctrina científica no lo ha considerado hasta ahora como objeto de estudio. Tampoco la jurisprudencia constitucional ha intentado definir su fisonomía, porque sus rasgos definitorios se encuentran en la ley y en el reglamento parlamentario más que en la Constitución, y porque el Tribunal Constitucional chileno no tiene asignada la función directa de protección de los derechos fundamentales, pues esta pertenece al Poder Judicial.

De cualquier forma, nos parece que es momento de prestar atención a una discusión que, si bien es importante con miras al trabajo que desarrolla el Congreso Nacional, adquiere insospechada relevancia a partir del ejercicio de la función constituyente que se desarrollará en los próximos días en nuestro país. El trabajo que desarrollarán los ciento cincuenta y cinco convencionales constituyentes, pero en particular el órgano de gobierno de la Convención con el apoyo y asesoría de la secretaría administrativa, en la calificación, admisión y tramitación de los escritos, será fundamental para el éxito de esta trascendental tarea.

Por lo mismo, tratándose de un proceso inédito en la historia de Chile, la elaboración de la nueva Constitución Política debe superar de manera amplia todo test con el que cualquier observador o partícipe pretenda medir la rectitud y corrección de procedimientos con que se lleve adelante.

En este sentido, aunque sea producto de la coyuntura, constituye un avance sin precedentes en la historia parlamentaria de Chile el hecho de que el constituyente que diseñó el proceso de elaboración de la nueva Constitución haya establecido la reclamación ante la Corte Suprema en caso de infracción de las reglas de procedimiento aplicables a la Convención Constitucional, cuando el vicio que se reclama sea esencial. De esa manera, abandonamos de manera paulatina el principio de los *interna corporis* y entramos en la fase de consolidación de la proscripción de toda arbitrariedad en los

procedimientos parlamentarios, a la vez que situamos a nuestro país a la altura de los sistemas que reconocen la posibilidad de revisar las decisiones internas de los parlamentos cuando ellas afecten normas de procedimiento que menoscaben derechos esenciales de los congresistas y constituyentes.

Confiamos en que este avance no se verá afectado en su desarrollo por la futura eventual consagración e inadecuada interpretación de preceptos limitativos del *ius et procedatur*, como el contenido en inciso séptimo del artículo 136 de la *CPR*, que con ocasión de la elaboración de la nueva Constitución prohíbe a toda autoridad o tribunal "conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención", salvo la mencionada reclamación ante la Corte Suprema.

Para que la configuración del *ius et procedatur* se robustezca, el reglamento de la Convención Constitucional deberá, forzosamente, consagrar el siguiente contenido mínimo:

- Presentar escritos con ideas o textos que deberán ser analizados, admitidos y tramitados por el órgano que defina el reglamento, con los límites señalados en el inciso final del artículo 135 de la *CPR*.
- Pedir la reconsideración del Pleno en caso de inadmisión de sus escritos.
- Participar en las comisiones en calidad de integrantes.
- Integrar los comités o grupos en que se organicen los convencionales.
- Ser convocados con suficiente antelación a las sesiones del Pleno y de las comisiones, con el señalamiento del objeto de dichas sesiones.
- Intervenir en las deliberaciones en el Pleno y en las comisiones.
- Tomar parte en las votaciones en el Pleno y en las comisiones, y ser notificados con la debida antelación del objeto de la votación.
- Pedir que se divida una proposición antes de ser sometida a votación.
- Pedir la clausura del debate cuando haya ocupado un tiempo excesivo.
- Solicitar aplazamiento de una votación.
- Reclamar ante la Mesa o el presidente en caso de cualquier circunstancia que afecte el buen funcionamiento de la Convención o de las comisiones.
- Recurrir a un órgano externo en caso de infracción de las reglas de procedimiento, solución adoptada por el artículo 136 de la *CPR*.

Puesto que lo que se aplicará a la Convención Constitucional es derecho parlamentario, según expusimos en la Introducción de estas reflexiones, y habida consideración que el derecho parlamentario es el derecho de las minorías, el Reglamento de la Convención Constitucional ha de tener por objetivo impedir que la mayoría, actuando contra el reglamento o, incluso, de manera anómica, imponga su voluntad mediante actuaciones desprovis-

tas de un marco procedimental que regule tiempos, instancias, participación, debates, y todo lo demás que en materia de procedimientos deberá contener el reglamento.

Bibliografía

Arce Janáriz, Alberto (1990). "Calificación y admisión a trámite de los procedimientos parlamentarios". *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, n.° 29. Madrid.

Bronfman, Alan, Eduardo Cordero, Eduardo Aldunate (2013). *Derecho parlamentario chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*. Santiago: Legal Publishing Chile.

García Escudero, Piedad y Benigno Pendás García (1998). "Comentario al artículo 72.2", en Oscar Alzaga Villaamil (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978* Madrid: Edersa, tomo vi.

García Roca, Javier (1999). *Cargos públicos representativos. Un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución*. Pamplona: Aranzadi.

García Roca, Javier (2009). *La experiencia de veinticinco años de jurisprudencia constitucional en España*. Ciudad de México: Porrúa.

Gómez Lugo, Yolanda (2009). "El derecho a tramitar las iniciativas parlamentarias por el procedimiento adecuado". *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, n.° 4/2009, Barcelona.

Ribera, Teodoro (1984). "El Tribunal Constitucional". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, n.° 2-3. Santiago.

Soriano Díaz, Ramón (2001). "El Parlamento demediado. ¿Controla, legisla y representa?". *Derecho y Conocimiento: Anuario Jurídico sobre la Sociedad de la Información y del Conocimiento*, vol. 1, n.°1. Huelva.

Torres Muro, Ignacio (1987). *Los órganos de gobierno de las Cámaras,* Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, Serie iv: Monografías, n.° 11.

Torres Muro, Ignacio (1998). "Los derechos de los parlamentarios". *Revista de Derecho Político*, n.° 44. Madrid.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LOS ELEMENTOS DEL PRECARIO. LA EXISTENCIA DE UN TÍTULO QUE JUSTIFIQUE LA TENENCIA

JURISPRUDENCE ANALYSIS OF THE ELEMENTES OF THE PRECARIOUS. THE EXISTENCE OF A TITLE THAT JUSTFIES TENURE

Fernando José Rabat Celis[*]

Resumen: En este artículo se analiza uno de los elementos del precario simple, el título que puede utilizar el demandado para justificar la tenencia de la cosa.

Palabras claves: Precario, título.

Abstract: This article analysis one of the elements of the simple precarious, the title that defendant can use to justify the tenure of the thing.

Keywords: Precarious, title.

Introducción

Título xxx del libro iv del *Código Civil* se intitula "Del comodato o préstamo de uso". En este título el legislador reguló tres instituciones: el contrato de comodato, el contrato de comodato precario y el precario.

[*] Abogado Universidad de los Andes. Profesor de Derecho Civil en Universidad del Desarrollo. Arbitro del CAM Santiago desde 2017, socio de Rodríguez Vergara & Cía. Correo electrónico: fjrc@rodriguezyvergara.cl

Con ocasión de un trabajo realizado por alumnos[1] del curso de Derecho Civil III, en este artículo se analizan más de una decena de sentencias pronunciadas por diversas Cortes de Apelaciones del país y por la Corte Suprema, durante el año 2020, respecto de la figura del precario.

De esta forma, este trabajo se estructura a partir de la labor jurisprudencial de nuestros tribunales superiores, la que permite estudiar la institución del simple precario y, en especial, la exigencia referida a la existencia de un título que justifique la tenencia de la cosa por quien será sujeto pasivo de la acción de precario.

Cuestiones generales:

Concepto: El artículo 2195 inciso 2 del C*ódigo Civil*, define el precario señalando: "constituye también precario la tenencia de una cosa ajena, sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño".

A partir de ello, la Corte Suprema razonó exponiendo:

> "de lo anotado (se refiere a la norma transcrita) se desprende que el precario es una mera situación de hecho, en la que se presenta una total ausencia de vínculo jurídico entre el dueño y el tenedor del inmueble reclamado"[2].

En otro fallo, agregó el máximo Tribunal:

> "lo dicho (el artículo 2195 inciso 2) permite afirmar que el simple precario consiste en una situación de hecho puramente concebida, con absoluta ausencia de todo vínculo jurídico entre dueño y tenedor de la cosa, una tenencia meramente sufrida, permitida, tolerada o ignorada, sin fundamento, apoyo o título de relevancia jurídica y es justamente esta última circunstancia la que caracteriza al precario y lo distingue de otras instituciones de derecho que tienen como comunes los demás elementos"[3].

Finalmente, la Corte ha explicado la figura del precario afirmando:

> "comprende a una situación meramente fáctica, referida al caso concreto por el cual una persona mantiene en su poder, sin título que lo ampare,

[1] En particular, en este trabajo se utilizará el análisis efectuado por las alumnas Catalina Caprile, Florencia Giusti, Ipsen Johnsen, Paola Herl y Valentina Leiva.

[2] Corte Suprema (2020), rol 5041-2019, C. 1.

[3] Corte Suprema (2019), rol 15.566- 2017, C. 5.

> una cosa ajena careciendo de la autorización de su dueño, sea porque simplemente se resigna, o porque lo ignora"[4].

Requisitos

Teniendo en cuenta lo prescrito por el artículo 2195 inciso 2 y los fallos antes referidos, para que exista precario deberán concurrir los siguientes requisitos *copulativos*, a saber:

i) que el demandante sea dueño de la cosa cuya restitución solicita;
ii) que el demandado ocupe ese bien y
iii) que tal ocupación sea sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño[5].

La acción de precario

> "La acción de precario es aquella que tiene el dueño de una cosa determinada para exigir de quien la ocupa, sin título que lo justifique, la restitución, por existir mera tolerancia de su parte. La cosa pedida, entonces, esto es, la restitución o devolución de una cosa mueble o raíz, encuentra su justificación en la carencia absoluta de nexo jurídico entre quien tiene u ocupa esa cosa y el dueño de ella o entre aquél y la cosa misma"[6].

Esta acción deberá ser sometida al procedimiento sumario, conforme lo dispone el artículo 680 n.° 6 del *Código de Procedimiento Civil*.

El título que justifica la tenencia

Como se indicaba, los requisitos para que se configure la institución regulada en el artículo 2195 inciso 2, son tres; de ellos, el que presenta un mayor debate, y es donde normalmente se centra la defensa de los demandados, es el concerniente al título que justifique la tenencia.

El artículo 2195 inciso 2 señala que el precario es procedente en tanto la tenencia sea "sin previo contrato". Naturalmente la asociación que rápidamente se efectúa es a la convención definida en el artículo 1438 del *Código Civil* como "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer

[4] Corte Suprema (2020), rol 12.335-2018, C. 4.
[5] Corte Suprema (2020), rol 5041-2019, C. 1.
[6] Corte Suprema (2019), rol 15.566- 2017, C. 5.

o no hacer una cosa". Sucede, empero, que la jurisprudencia ha entendido que la voz contrato debe interpretarse en un sentido más extenso que aquel definido en el artículo 1438 antes citado.

Así, se ha fallado que no obstante la definición legal de contrato:

> "la expresión que utiliza el inciso 2° del artículo 2195 citado se ha entendido en términos más amplios, en el sentido que la tenencia de la cosa ajena, para que no se entienda precario, debe al menos sustentarse en un título al que la ley le reconozca la virtud de justificarla, aun cuando no sea de origen convencional o contractual, y que ese título resulte oponible al propietario, de forma que la misma ley lo ponga en situación de tener que respetarlo y, como consecuencia de lo anterior, de tolerar o aceptar la ocupación de una cosa de que es dueño"[7].

En similares términos se falló que

> "en la especie debe dársele un sentido más amplio, comprensivo de la voz 'título', esto es, un antecedente jurídico al que la ley reconozca la virtud de justificar la ocupación"[8].

Esta amplitud de la inteligencia de la voz 'contrato' no solo se extiende, como se acaba de comprobar, a la definición de este, sino que, también, a la circunstancia de que no es necesario que el propietario de la cosa haya concurrido al otorgamiento del título, basta que este le sea oponible. De esta manera, en la sentencia en comento se agregó:

> "el título que justifica la tenencia no necesariamente deberá provenir del propietario, sino que lo relevante radicará en que el derecho que emana del referido título o contrato y que legitima esa tenencia de la cosa pueda ejercerse respecto del propietario, sea porque él o sus antecesores contrajeron la obligación de respetarla, si el derecho del tenedor u ocupante es de naturaleza personal, bien sea porque puede ejercerse sin respecto a determinada persona, si se trata de un derecho real"[9].

En síntesis, la doctrina que puede obtenerse de esas sentencias es que:

i) la expresión contrato que emplea el artículo 2195 inciso 2 es más amplia que la definición del artículo 1438, ambos del *Código Civil*;
ii) que la voz 'contrato', en este caso, debe asimilarse a un título que, por su naturaleza, sea idóneo o justifique la tenencia de la cosa por el demandado;

[7] Corte Suprema (2020), rol 5041-2019, C. 3.
[8] Corte Suprema (2020), rol 90.775- 2020, C. 5.
[9] Corte Suprema (2020), rol 5041-2019, C. 4.

iii) ese título debe ser oponible u obligar al propietario, aunque no derive o provenga de él.

Teniendo en cuenta estas ideas generales, se verá cómo ellas fueron aplicadas en situaciones concretas, a partir del análisis jurisprudencial a que se ha hecho referencia.

1. Sentencia Corte de Apelaciones de Chillán, ingreso 127-2020, 21 de septiembre de 2020

Está pendiente un recurso de casación.

a. Partes:

i) demandante: Juana Carolina Monsálvez Aguilera;
ii) demandada: Bernardita Carolina Chandía Corvalán.

b. Hechos establecidos

La propiedad originalmente pertenecía a Humberto Monsálvez Monsálvez, casado con María Ida Aguilera Chávez, ambos fallecidos, concediéndose la posesión efectiva de sus bienes a sus hijos Gertrudis, Juana, Luis, José y Sebastián Monsálvez Aguilera. Posteriormente fallece Gertrudis Monsálvez Aguilera y son sus herederos sus hijos Bernarda, María Carolina, Paola y Pedro Corvalán Monsálvez, sucediendo lo mismo con Luis Monsálvez Aguilera, siendo sus herederos sus hijos Luis, Dasny y Claudio Monsálvez Cortés, sin perjuicio de los derechos de su cónyuge Ana Cortés Rodríguez.

c. Decisión del tribunal

Rechazó la demanda, fundado en lo siguiente:

> "en virtud de la prueba rendida por la propia actora, resulta irrefutable que la demandada se encuentra habitando u ocupando el inmueble objeto del juicio, en virtud del parentesco que tiene con los dueños originales de la propiedad, de manera que su tenencia no es consecuencia de la ignorancia o mera tolerancia de la actora, sino en virtud del vínculo familiar existente entre las partes".

2. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso 1027-2020, 8 de julio de 2020

El fallo está ejecutoriado.

a. Partes:

i) demandante: Alejandro Antonio Acevedo Díaz;
ii) demandada: Julia Marianela Díaz Apablaza.

b. Hechos establecidos

La demandada es madre del actor y, por ende:

> "el uso del inmueble fue consentido por el demandante en razón de los lazos familiares que unen a las partes, lo que no se altera por el hecho de que el actor figure legalmente como propietario del inmueble por cuanto con la prueba testimonial de la parte demandada se acredita que entre las partes existió un acuerdo para efectos de que el hijo adquiriera el inmueble de marras por razones económicas, siempre con la intención de que ella fuera la propietaria".

c. Decisión del tribunal

Rechazó la demanda, fundado en que:

> "es dable presumir que la demandada ocupa la propiedad por haberlo aceptado el actor conforme el acuerdo a que arribaron al tiempo en que el inmueble fue adquirido al anterior dueño, hermano de la demandada".

3. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso 1623-2020, 8 de julio de 2020

Está pendiente un recurso de casación.

a. Partes:

i) demandante: Iris Rosa Cornejo Lisboa;
ii) demandado: Iván Guillermo Vega Alvarado.

b. Hechos establecidos

> "Entre las partes existen lazos de parentesco y dichos vínculos llevaron a la demandante y su cónyuge –antes de fallecer– a entregar el inmueble de marras para uso del demandado y su familia, quienes lo ocupaban en tal calidad por lo menos desde el año 2007. Así, es un hecho probado en autos que la actora prestó el inmueble de marras, lo cual constituye un título de ocupación distinto a la mera tolerancia esgrimida en la demanda, vínculo jurídico que reúne las características de un contrato de comodato definido en el artículo 2174 del Código Civil".

c. Decisión del tribunal

Rechazó la demanda fundado en:

> "existiendo un título que justifica la tenencia del demandado, no se da en la especie uno de los presupuestos de la acción intentada, motivo por el cual la demanda debe ser desestimada".

4. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso 1299-2020, 20 de julio de 2020

Está pendiente un recurso de casación y hay voto disidente.

a. Partes

i) demandante: José Ignacio González Acevedo;
ii) demandado: Jordana Carolina Sánchez Figueroa.

b. Hechos establecidos

El inmueble de propiedad del demandante

> "es habitado por su cónyuge, la demandada, señora Jordana Carolina Sánchez Figueroa, de quien se encuentra separada de hecho, matrimonio del cual no nacieron hijos. Las partes se casaron bajo el régimen de separación total de bienes".

Se aparejó al proceso una sentencia firme que rechazó la pretensión de la demandada de declararse el bien como familiar y no hay constancia en el proceso que la demandada sea titular de un derecho de usufructo o de una pensión alimenticia.

c. Decisión del tribunal

Rechaza la demanda, fundado en que la:

> "permanencia (de la demandada) en el lugar obedece a la mera tolerancia del demandante, tolerancia que mediante la presente acción ha decidido ponerle término, como legítimo ejercicio de sus derechos dominicales sobre el aludido inmueble".

d. Voto disidente

El vínculo contractual (matrimonial) entre las partes no se ha disuelto y, por ende, rigen en plenitud algunos –no todos–derechos y obligaciones recíprocos, como el previsto en el artículo 133 del *Código Civil*.

> "Entonces, si el inmueble que habita la demandada fue, en su oportunidad, el 'hogar común' de que trata la última norma legal citada, no ha podido ser, por fuerza, la mera tolerancia del dueño –su marido– lo que ha permitido su ocupación por su parte, sino la ley".

5. Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, ingreso 55-2020, 21 de septiembre de 2020

El fallo está firme.

a. Partes

i) demandante: Norberto Santiago Portillo Araya,
ii) demandada: Dayaret Magdala Rodríguez Stuardo.

b. Hechos establecidos

> "la prueba rendida por la demandada, se limitó al acompañamiento de planos y proyectos de edificación, que no acreditan de manera alguna la existencia de un título que la habilite para ocupar la propiedad, pues ni siquiera pudo comprobar las transferencias de dinero que dijo haber efectuado al actor, quien sí acreditó su carácter de poseedor inscrito de la propiedad que ocupa la demandada".

c. Decisión del tribunal

Rechaza la demanda fundado en no haberse probado un título de ocupación por la demandada.

6. Sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, ingreso 821-2020, 22 de septiembre de 2020

Está pendiente un recurso de casación y hay voto disidente.

a. Partes

i) demandante: Laura Ivonne Martínez Acuña,
ii) demandada: Rosa Tila Espinoza Toro.

b. Hechos establecidos

> "los hechos acreditados permiten asentar que la demandada ha ocupado el bien raíz de manera excluyente y continua, sin violencia ni clandestinidad; por el contrario, por causa aparentemente seria o grave, dada la extensión de la ocupación a lo –menos veintitrés años, según la demandante– y con el pago del impuesto territorial correspondiente a los años 2000, 2001, 2018 y 2019 ha pretendido efectuar actos de dueña del inmueble materia de autos".

c. Decisión del tribunal

Se rechaza la demanda, puesto que la tenencia de la demandada no ha sido por ignorancia o mera tolerancia del dueño, desde que ocupa el inmueble a los menos desde hace veintitrés años.

d. Voto disidente

Se remitió al fallo de primer grado el que acogió la demanda porque la demandada no acreditó que "cuente con un título que jurídicamente le otorgue derecho sobre el inmueble que habita".

7. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso 4012-2020, 28 de agosto de 2020

El fallo está firme.

a. Partes

i) demandante: Alejandro Ernesto Potter Potter;
ii) demandado: José Miguel Parra Duarte.

b. Hecho establecidos

> "En el caso de la especie el contrato de promesa que invoca el demandado [...] se trata de una convención celebrada entre quien fuera vendedor del actor y la actual demandada, acto jurídico que es enteramente inoponible al demandante, en tanto no ha concurrido con su voluntad a perfeccionarlo, ni ha ejecutado a su respecto algún acto del que pueda desprenderse que le ha otorgado algún tipo de eficacia o reconocimiento, en términos tales que pueda sostenerse que se encuentra también obligado por lo que en él se estipuló".

c. Decisión del tribunal

Se acoge la demanda fundado en que:

> "no basta con que ese título sea uno cualquiera que habilite a su titular para detentar o poseer una cosa, sino que debe tratarse de un título que resulte precisa y determinadamente oponible al propietario del bien de que se trata, de forma tal que la ley lo ponga en situación de tener que respetarlo y, como consecuencia de lo anterior, de tolerar o aceptar la ocupación de una cosa de que es dueño por otra persona distinta que puede eventualmente no tener sobre aquélla ese derecho real; ni que exista entre ellas una vínculo obligacional del que nazca un derecho personal que otorgue sustento jurídico a esa tenencia".

8. Sentencia de la Corte Suprema, ingreso 5041-2019, 15 de julio de 2020.

a. Partes

i) demandante: Guillermo Rodrigo Peña Ogaz;
ii) demandada: Ximena Leiva Muñoz.

b. Hechos establecidos

i) el actor es dueño del inmueble;
ii) la demandada lo ocupa actualmente;
iii) en una conciliación alcanzada en un juicio de alimentos, el demandante de autos "se comprometió a constituir un derecho de uso y habitación sobre el inmueble" a favor de los alimentarios.

c. Decisión del tribunal

Es rechazada la demanda fundado en el:

> "demandante es poseedor inscrito del inmueble cuya restitución se persigue y que la demandada la ocupa junto a sus hijos, porque el demandante abuelo paterno de ellos, lo autorizó en los términos en que se señaló".

9. Sentencia de la Corte Suprema, ingreso 12335- 2018, 18 de mayo de 2020

Hay voto disidente.

a. Partes

i) demandante: Agrícola López Valencia Ltda.,
ii) demandado: David Mario López Carrasco.

b. Hechos establecidos

i) La demandante es dueño del inmueble, el dominio lo adquirió por aporte que efectuaron los anteriores dueños, David Mario López Fuentes y Victorina del Carmen Valencia Chacana;
ii) La sociedad está constituida por la cónyuge e hijos de David Mario López Fuentes, siendo estos últimos los actuales representantes legales de la sociedad;
iii) El demandado ocupa el referido inmueble tras ser instalado en él por su padre, David Mario López Fuentes.

c. Decisión del tribunal

Se rechaza la demanda fundado en que:

> "se tuvo por establecido que el demandado ocupa el inmueble luego de haber sido 'instalado' en él por su padre, momento a partir del cual comenzó a usarlo [...], de modo que su tenencia es consecuencia del vínculo familiar descrito y de la autorización otorgada por don David Mario López Fuentes a su hijo, padre de los representantes legales de la demandante, pudiéndose concluir de lo razonado, que la ocupación

> de la propiedad no deriva de 'una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia' de la demandante, sino que proviene de la vinculación descrita; en opinión de esta Corte, el título descrito, por tratarse el precario de una cuestión de hecho, es suficiente para justificar la ocupación que el demandado lleva a cabo, pues en lo meramente fáctico, permanece en el bien raíz no por ignorancia ni por mera tolerancia de la dueña, sino por una causa jurídicamente relevante".

d. Voto disidente

> "el permiso otorgado por el padre del demandado para que ocupara el inmueble sub iúdice, que luego aportó a la sociedad demandante, no tiene la característica suficiente para ser considerado como un título que justifique su permanencia en él, por cuanto el ordenamiento jurídico no le reconoce la virtud de vincular jurídicamente al tenedor con el propietario ni con el predio".

10. Sentencia de la Corte Suprema, ingreso 1380- 2018, 18 de mayo de 2020

Hay voto disidente.

a. Partes

i) demandante: Gloria de las Marías Calderón Mira,
ii) demandado: José Santos Cornejo Legue.

b. Hechos establecidos

i) la demandante es poseedora inscrita del inmueble;
ii) el inmueble es ocupado por el demandado;
iii) el demandado suscribió con Edgardo Andrés Cornejo Legue –quien vendió la propiedad a la demandante– un documento denominado "declaración simple de usufructo en la propiedad", ello el 20 de enero de 2011; en virtud de este documento se entregó "en calidad de usufructuario de mi propiedad [...] por el tiempo que estime conveniente".

c. Decisión del tribunal

Se rechaza la demanda, teniendo como fundamento que:

> "se tuvo por establecido como hecho que el demandado ocupa el inmueble a partir de una 'declaración de usufructo' celebrada con su hermano, propietario que antecedió a la demandante, al que la judicatura

del fondo, más allá de la nominación efectuada por las partes, consideró constitutivo de un contrato de comodato precario suscrito entre familiares y adecuado, en todo caso, para explicar su permanencia en él, ocupación que, por tanto, es consecuencia del vínculo jurídico, familiar y contractual que lo une con el pretérito dueño. De esta manera, se puede concluir que la tenencia de la propiedad por el demandado no deriva de 'una actitud permisiva, de transigencia, aquiescencia o condescendencia' de la actora, sino que de una relación contractual previa, título que, en opinión de esta Corte, por tratarse el precario de una cuestión de hecho, es suficiente para justificar la ocupación que lleva a cabo, pues en lo meramente fáctico, ocupa el bien raíz no por ignorancia ni por mera tolerancia del actual dueño, sino por una causa jurídicamente relevante".

d. Voto disidente

"a partir de los hechos que se tuvieron por acreditados, esto es, que el demandado suscribió una declaración de usufructo con su hermano y anterior dueño del inmueble sub iudice, no tiene la característica suficiente para ser considerado como un título que justifique la ocupación, por cuanto el ordenamiento jurídico no le reconoce la virtud de vincular al tenedor con el propietario ni con el predio, resultando incorrecta la conclusión de la judicatura del fondo al sostener que la tenencia del demandado proviene de un título jurídico válido que la demandante deba respetar en los términos de la acción propuesta, por tratarse de un contrato nulo".

11. Sentencia de la Corte Suprema, ingreso 90.775-2020, 20 de octubre de 2020

a. Partes

i) demandantes: Luisa Clorinda Manquián Curihuinca, Gustavo Fernando Alvaro Lepimán Manquián y Hernán Lepimán Manquián;
ii) demandada: Nora Lepiman Bizarro.

b. Hechos establecidos

i) los demandantes son dueños en común del inmueble ocupado por la demandada;
ii) el inmueble fue objeto de un contrato de promesa de compraventa suscrito entre las partes;
iii) al celebrar la promesa, en octubre de 2010, los promitentes vendedores permitieron el ingreso de la demandada al predio, época a partir de la cual ejerce su tenencia.

c. Decisión del tribunal

Se rechaza la demanda fundado en que:

> "la tenencia u ocupación de la propiedad por la demandada no deriva de la 'actitud indulgente del dueño' –de los demandantes–, sino que del contrato de promesa suscrito entre las partes, título que, en opinión de esta Corte y tal como lo sostuvo la judicatura del fondo, por tratarse el precario de una cuestión de hecho, es suficiente para justificar la ocupación que la demandada lleva a cabo, pues en lo puramente fáctico, se mantiene en él no por ignorancia ni por mera tolerancia de aquéllos, sino que por una causa jurídicamente relevante".

12. Sentencia de la Corte Suprema, ingreso 1.501-2020, 3 de noviembre de 2020

a. Partes

i) demandante: Marcelo Alejandro Alvarado Ortega;
ii) demandada: Sandra Inés Negretti Castro.

b. Hechos establecidos

i) el demandante es poseedor inscrito del inmueble;
ii) la demandada ocupa el inmueble junto con sus tres hijos, dos de los cuales son del actor;
iii) se celebró una transacción entre las partes, regulándose una pensión de alimentos, sin incluir ningún ítem por concepto de habitación;
iv) a la fecha de la transacción la demandada y sus hijos ya vivían en el inmueble.

c. Decisión del tribunal

Se rechaza la demanda fundado en:

> "si es un hecho pacífico que la demandada ocupa el inmueble, junto a los hijos del actor, en virtud de su relación de convivencia con este, la situación descrita se opone a la mera tolerancia pasiva a la entrada de la demandada en ese inmueble".

Conclusión

Se advierte en los casos analizados, que los tribunales superiores son consistentes en la doctrina establecida en orden a que la expresión contrato que emplea el artículo 2195 inciso 2 del *Código Civil*, debe ser interpretada en

términos amplios, como título que justifique la ocupación o tenencia de la cosa por el demandado.

En la mayoría de las sentencias examinadas, el título justificativo estuvo el "parentesco", o en los "lazos familiares existentes entre las partes", o en los "vínculos familiares".

Se comprueba una preocupación del tribunal por la aplicación del derecho al caso concreto, dejándose llevar, en ciertos casos, por la justicia material y una necesidad de encontrar una "causa jurídicamente relevante" que, en situaciones extremas, sirva de justificación a la tenencia. De esta manera, bajo el pretexto de que el precario es una "cuestión de hecho", se permite amparar la tenencia en títulos febles, con la excusa de que no es este el procedimiento idóneo para elucidar la naturaleza jurídica del título que se invoca como justificativo de la ocupación.

Bibliografía

Normas

Código Civil (1855).

Código Procedimiento Civil (1903).

Jurisprudencia

Corte Suprema (2019). Sentencia pronunciada el 4 de marzo de 2019, rol 15566-2017.

Corte Suprema (2020). Sentencia pronunciada el 18 de mayo de 2020, rol 12335-2018.

Corte Suprema (2020). Sentencia pronunciada el 15 de julio de 2020, rol 5041-2019.

Corte Suprema (2020). Sentencia pronunciada el 20 de octubre de 2020, rol 90775-2020.

EL DERECHO DE AUTOR Y LA SOCIEDAD CONYUGAL

COPYRIGHT AND THE MARITAL PARTNERSHIP

Cristián Fernández Lama[*]

Resumen: El presente trabajo analiza la cuestión relativa a si los derechos de autor cuyos titulares se encuentran casados bajo régimen de sociedad conyugal tienen la naturaleza de bienes propios o sociales.

Palabras claves: Derecho de autor, propiedad intelectual, sociedad conyugal, haber absoluto, haber relativo, haber propio, derecho moral de autor, derecho patrimonial de autor, soporte material, *corpus mechanicum*.

Abstract: This paper analyzes the question of whether copyrights whose holders are married under a marital partnership regime have the nature of personal or corporate property.

Keywords: Copyright, Intellectual property, Marital partnership, Absolute credit, Relative credit, Own credit, Moral right of authorship, Patrimonial right of authorship, Material support, C*orpus mechanicum*.

I. Introducción. Planteamiento y origen del problema

1. Lejano es el tiempo en que las producciones intelectuales tuvieron un precario reconocimiento y protección desde la órbita iusprivatista[1]. A partir de la invenci**ón de** la imprenta y, muy acusadamente, desde mediados del

[*] Abogado. Profesor de Teoría de la Ley y Sujetos de Derecho. Universidad del Desarrollo Facultad de Derecho, sede Concepción. Correo electrónico: cfernandezlama@gmail.com

[1] Sobre el particular, véase Rengifo (2009), pp. 19-30.

siglo pasado, producto del avance de las comunicaciones y la expansión de la informática, creciente ha sido la importancia que han adquirido los conocimientos y la inventiva como motores del progreso. Hoy, los derechos de propiedad intelectual se han convertido en un elemento fundamental de la economía moderna, y nada hace pensar que este fenómeno de detendrá o siquiera decrecerá. Muy por el contrario, los desafíos mundiales que se plantean hoy, entre los que figuran los problemas que traerá aparejado el cambio climático, la salud pública y la seguridad alimentaria, no harán sino acrecentar su trascendencia económica y política.

2. A pesar de la importancia que ha adquirido el derecho de autor, y al revés de lo ocurrido en otras latitudes, escasa ha sido la atención que la doctrina nacional le ha prestado a los problemas que pueden surgir en torno al carácter común o propio que hayan de adquirir esta clase de derechos (y las facultades o potestades que lo componen o se derivan del mismo) cuando sus titulares originarios –es decir, los autores o creadores– han contraído matrimonio bajo régimen de sociedad conyugal[2], y sea que su derecho de autor se haya constituido antes o durante la vigencia del indicado régimen. Creemos que esta sensible omisión se ha debido, quizá, a la falta de importancia práctica que hasta la fecha han tenido en nuestra realidad los problemas que se generan en la relación entre sociedad conyugal y derecho de autor, hecho este que se constata al observar la total ausencia de sentencias en que se haya discutido esta materia.

3. Las dificultades para resolver el problema ya enunciado radican, en primer término, en la falta en nuestro ordenamiento de una norma que le dé expresa solución y, en segundo lugar, en las subyacentes dificultades que surgen para imbricar adecuadamente, por una parte, la naturaleza jurídica compleja del derecho de autor y, por otra, el rasgo esencial de la sociedad conyugal y que se trasunta en las normas que la gobiernan, cual es ser un

[2] Los problemas en torno al carácter común o propio que hayan de adquirir el derecho de autor solo surgirán realmente cuando estemos en presencia de matrimonios cuyo régimen sea el de comunidad de bienes. No surgirán especiales cuestiones en aquellos matrimonios en los que *rije un regimen* de separación total de bienes, pues en tal caso no hay que hacer sino una aplicación pura y simple de las normas del régimen que mantiene separados los patrimonios de ambos cónyuges, así como sus adquisiciones, sin formarse una masa común matrimonial, de modo que cada uno de los cónyuges es titular de todo lo que adquiera con su esfuerzo y trabajo, así como de los rendimientos de los mismos bienes. Tratándose del régimen de participación en los gananciales, y atendido que en él los patrimonios del marido y de la mujer se mantienen separados y cada uno de los cónyuges administra, goza y dispone libremente de los suyo, al decir del artículo 1792-2, las dificultades que entrañará la existencia de derechos de autor en el patrimonio de alguno o ambos cónyuges serán más bien de índole practica, limitados a la determinación del valor de los mismos para efectos de determinar si existen o no gananciales y la cuantía del crédito que pueda corresponder a uno de los cónyuges.

régimen de colaboración y de aporte común de todos los beneficios que marido y mujer obtengan de sus respectivas industria.

En efecto, en la propiedad intelectual, como veremos, se reconoce la existencia simultánea de dos derechos distintos, pero interdependientes, uno de carácter patrimonial y otro moral. Las dificultades para encasillar estos derechos dentro de la tradicional clasificación que distingue entre bienes muebles e inmuebles, unida a la indicada interdependencia existente entre ambos y la circunstancia que el derecho moral de autor corresponde en forma exclusiva, vitalicia e inalienable al creador de la obra, dará lugar a una serie de dificultades para encuadrarlos adecuadamente dentro del régimen legal de la sociedad conyugal imperante en nuestro país e, incluso, para compatibilizarlos con este. Para mejor comprender el problema, útil resulta recordar que, desde una perspectiva doctrinaria, nuestra sociedad conyugal es un régimen de comunidad de gananciales o, más precisamente, de comunidad restringida a gananciales, pues aun cuando en virtud de lo dispuesto en el artículo 1723 números 3° y 4° ingresan a ella los bienes muebles, a cambio de este ingreso el cónyuge dueño tiene derecho a retirar su valor una vez disuelta la sociedad, a través de la correspondiente recompensa. El DL n.° 328 de 16 de marzo de 1925, perfeccionado posteriormente por la Ley n.° 5521 de 19 de diciembre de 1934, introdujo la novedad de que las ganancias obtenidas por la mujer casada en sociedad conyugal en el ejercicio de una profesión, oficio o industria separados de los de su marido, constituirían bienes reservados de esta, quedando sometidos a la gestión de la propia mujer; pero pese a esta singularidad, esta clase de bienes igualmente forman parte de la comunidad, a menos que al fin del régimen la mujer o sus herederos renuncien a los gananciales de la comunidad, en cuyo caso conservará la mujer o sus herederos la totalidad de sus bienes reservados.

4. La adecuada comprensión y resolución de los diversas cuestiones que surgirán y plantearemos a lo largo de este estudio, obliga en este punto ha hacer una sucinta digresión, netamente funcional a nuestro objeto, dedicada a la revisión de aspectos relativos al concepto, objeto, naturaleza y contenido del llamado derecho de autor.

II. El derecho de autor: Su marco normativo, definición, objeto y naturaleza compleja del mismo.

5. El artículo 19 número 25, incisos 1° y 2° de la *Constitución Política de la República* asegura a todas las personas:

> "La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.
>
> El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

En consonancia con la norma constitucional, nuestro *Código Civil*, en su artículo 584 prescribe: "Las producciones del talento o del ingenio, son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales"[3].

Esta legislación especial a que se refiere el *Código Civil* es la Ley n.° 17336 sobre Propiedad Intelectual, la que señala en su artículo 1° que ella protege

> "los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina. El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra".

Como podemos apreciar, este derecho tiene un contenido complejo, compuesto de facetas de orden intelectual y moral, y también de orden patrimonial, aspectos que abordaremos más adelante.

La normativa aplicable al derecho de autor se completa con una cantidad relativamente numerosa de tratados internacionales que han suscritos y ratificados por nuestro país[4].

---

[3] Alejandro Guzmán Brito señala que esta disposición es inútil y superflua, por lo que debería desaparecer, ya que su función estaría comprendida en el artículo 583 del mismo cuerpo legal. Guzman (2006), p. 68.

[4] Chile ha suscrito y firmado diez tratados internacionales que regulan directamente materias relacionadas con el derecho de autor, sin perjuicio de otros que incluyan disposiciones que puedan relacionarse con esta materia como, por ejemplo, el Acuerdo de Marrakech, en el cual se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC). Dentro de sus acuerdos anexos se establece en su anexo 1C el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, conocidos bajo la sigla ADPIC.

Además, existen diversos tratados bilaterales que Chile ha celebrado con otros Estados que contemplan normas relativas al derecho de autor, tales como el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de 6 de junio de 2003, específicamente en su capítulo 17, que se titula Derechos de Propiedad Intelectual.

Los tratados internacionales multilaterales ratificados por Chile en materia de derecho de autor son los siguientes:

6. No existe en el ordenamiento jurídico chileno una definición de derecho de autor. La doctrina, intentando suplir esta falta, lo ha conceptualizado como

> "el conjunto de facultades y beneficios que las leyes modernas consagran a favor de los productores de las obras del talento y del ingenio, cuyo contenido lo forman elementos jurídicos de orden moral y de orden patrimonial"[5].

7. El objeto sobre el cual recae el derecho de autor es la creación intelectual, expresada en obras que presenten originalidad o individualidad. La

1. Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en obras literarias, artísticas y científicas de 1946, suscrita y ratificada por Chile, en 1955. Promulgada por el DS n.° 74 de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el *Diario Oficial* de 21 de julio de 1955.

2. Convención Universal sobre Derecho de Autor aprobado en Ginebra, en 1952, promulgada por el DS n.º 75, de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el *Diario Oficial* de 26 de julio de 1955.

3. Convención Internacional para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1961 (o Convención de Roma), promulgada por el DS n.º 390, de 1974, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el *Diario Oficial* de 26 de julio de 1974.

4. Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967. Contenido en el decreto supremo n.º 265 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Publicado en el *Diario Oficial* de 23 de mayo de 1975, que promulga este Convenio.

5. Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, cuyo texto revisado fue ratificado en París, en 1971. Promulgado por decreto supremo n.º 266, de 1975, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el *Diario Oficial* de 5 de junio de 1975.

6. Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la copia no autorizada de sus fonogramas, suscrito en Ginebra, en 1971, promulgado por el DS n.º 56, de 1977, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el *Diario Oficial* de 9 de marzo de 1977.

7. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, promulgado por el DS n.º 326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el *Diario Oficial* de 27 de mayo de 1989. Parte III, artículo 15.

8. Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales y su Reglamento, adoptado en Ginebra en 1989, y promulgado por DS n.º 1539, de 1994, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el *Diario Oficial* de 22 de marzo de 1994.

9. Tratado OMPI INTERNET sobre Derecho de Autor (TODA), ratificado por Chile el 14 de marzo de 2001, contenido en el decreto supremo n. °270, de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado en el *Diario Oficial* del 7 de marzo de 2003.

10. Tratado OMPI INTERNET, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), fue ratificado por Chile el 14 de marzo de 2001, contenido en el DS Nn. °139, de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado en el *Diario Oficial* de 22 de agosto de 2003.

Ambos tratados OMPI Internet fueron aprobados en Ginebra, Suiza, en diciembre de 1996.

[5] Zuloaga (1943), p. 393.

obra intelectual es entendida como "la exteriorización de una idea a través de una forma de expresión"[6] de tal guisa que no basta la sola idea abstracta, sino que esta debe ser expresada por medio de una forma particular, siendo esta última el objeto protegido por el derecho.

La Ley de Propiedad Intelectual hace en su artículo 3° una larga y no taxativa enumeración de obras protegidas "especialmente" por ella, que comprende no solo las que se enmarcan dentro de las clásicas bellas artes –arquitectura, escultura, pintura, literatura, danza y música–, sino, también, manifestaciones más modernas, como son, por ejemplo, la fotografía, las obras cinematográficas, los videogramas y diaporamas e, incorporado por el Ley n.º 19912, los programas computacionales.

8. Un tema que ha sido muy estudiado en la doctrina y la jurisprudencia extranjera al hilo de las discusiones surgidas en torno al carácter común o personal de los derechos de propiedad intelectual correspondientes a autores casados en régimen de comunidad, ha sido la naturaleza jurídica compleja de los derechos de autor. Ya a partir de la teoría de la personalidad formulada por Otto von Gierke a fines del siglo XIX se empieza a poner atención en lo que hoy se conoce como derecho moral de autor y no sería sino cosa de tiempo el que surgieran tesis que plantearan, en oposición a las concepciones monistas hasta entonces imperantes –que entienden que el derecho de autor es uno solo, siendo el derecho patrimonial del autor únicamente un desprendimiento o emanación de su derecho moral– la naturaleza dualista de los derechos de propiedad intelectual, esto es, que el derecho de autor está compuesto de dos partes distintas, pero interdependientes, una patrimonial y otra moral, a las que se les da diferente régimen y protección jurídica. Estas últimas tesis son las que prevalecen en las legislaciones modernas y, por cierto, en la nacional.

a) El derecho moral de autor[7]

9. En términos amplios, podemos señalar que el principal aspecto que comprende sería el derecho a la paternidad de la obra, esto es, el derecho a ser conocido como el creador de una obra o creación intelectual y poder reivindicar su autoría, de manera que la creación intelectual quede indisolublemente ligada a su autor, impidiendo que terceros puedan atribuirse su autoría[8].

[6] Jessen (1970), p. 62.

[7] La expresión "derecho moral" es atribuida a André Morillot quien la utilizó en 1872 en su obra *De la personalité du droit de copié*, pero los orígenes del contenido de este derecho se remontan con anterioridad a la jurisprudencia francesa.

[8] El derecho a la paternidad cobra particular importancia tratándose de autores que trabajan en relación de dependencia (como los periodistas o los que trabajan en empresas de *software*),

Comprende también el "derecho de divulgación", "el derecho al respeto e integridad de la obra" y el "derecho de retracto o arrepentimiento".

Del análisis de diversos autores[9], concluimos que, en general, estos han entendido al derecho moral como una expresión de la personalidad del autor de la obra primigénitamente creada por él y no del titular secundario. De ese modo de concebirlo derivan las características que normalmente se le atribuyen: se trata de un derecho inalienable, irrenunciable, inembargable, inejecutable e inexpropiable.

No obstante estas particularidades, usualmente anejas a derechos de carácter personalísimo, hay concordia entre los autores y en la legislación comparada de que se trata de un derecho transmisible.

10. En nuestra legislación, el artículo 14 de la Ley n.º 17336 –que encabeza el capítulo IV del título primero de la misma, bajo el título, precisamente, de "Derecho moral"–, enumera las diversas prerrogativas que constituyen este derecho moral a partir del siguiente encabezado: "El autor, como titular exclusivo del derecho moral, tiene de por vida las siguientes facultades [...]".

Como podemos apreciar al tenor literal de la norma, el ordenamiento chileno concibe al derecho moral de autor como un solo derecho, pero com-

quienes –cuando la creación es individual– tienen derecho a ser reconocidos como los autores de la obra, aun cuando trabajen a sueldo o hayan cedido toda la parte patrimonial de su obra.

[9] Para Henry Jessen el derecho moral del autor de una obra intelectual, que para él estrictamente debería llamarse *derecho personal*, "es un atributo de la personalidad y radica esencialmente en la facultad de oponerse a cualesquiera deformaciones de su obra y de rechazar las agresiones que su reputación profesional sufra por acción de terceros". Para este autor, el derecho moral consiste concretamente en las siguientes prerrogativas: el derecho a lo inédito, a la integridad de la obra, a la paternidad, inversamente el derecho a repudio de la obra ajena, al arrepentimiento, que permite modificar la obra o retirarla de circulación, y en el derecho general a salvaguardar su honra y reputación como autor. JESSEN (1970), p. 40.

Para Pierre Masse el derecho moral sería un derecho de especie negativa: "es sólo un derecho negativo, el derecho de pedir reparación de todo delito o cuasidelito que viene a lesionar en sus intereses intelectuales la personalidad del autor". MASSE (1906), p. 33.

El autor argentino Isidro Satanowsky define a los derechos morales como "aquellos que permiten al autor crear la obra y hacerla respetar, defender su integridad en la forma y en el fondo". Se trata de un derecho de aquellos que protegen la personalidad humana, extrapatrimonial, tal como el derecho a la vida, al honor, a la imagen, entre otros. SATANOWSKY (1954), tomo I, p. 509.

Una posición diferente es la de Alejandro Guzmán Brito, que explica que el derecho moral debería llamarse *de autoría*, y "consiste en poder vindicar la paternidad de la obra literaria o artística", y aunque la norma agregue otras facultades, lo cierto que estas no son más que aspectos de la autoría e incluso del derecho patrimonial. Así, la facultad de mantener la obra bajo seudónimo conocido es manifestación de la autoría, y la de mantenerla anónima, es el no ejercicio de la misma. Por otro lado, la facultad de mantener la obra inédita, es el no ejercicio del derecho patrimonial, y la de divulgarla es su ejercicio. GUZMÁN (2006), p. 63.

puesto por distintas prerrogativas, que en su conjunto le dan su contenido. Estas facultades son, según nuestra legislación, las siguientes:

1) "Reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido".
2) Oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin expreso y previo consentimiento. No se considerarán como tales los trabajos de conservación,reconstitución o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico[10].
3) Mantener la obra inédita.

   El artículo 6° de la Ley n.° 17336 prescribe este mismo derecho *a lo inédito*, al señalar que solo corresponde al titular del derecho de autor decidir sobre la divulgación parcial o total de la obra[11].
4) Autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o del cesionario si los hubiere.
5) Exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras esta no pertenezca el patrimonio cultural común.

El derecho moral de autor es transmisible por causa de muerte al cónyuge sobreviviente y a los sucesores *ab intestato* del autor (artículo 15 de la Ley n.° 17336) y es inalienable, siendo nulo cualquier pacto en contrario (artículo 16 Ley n.° 17336).

b) El derecho patrimonial de autor

> 11. "El derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros".

[10] Esto es lo la doctrina denomina indistintamente "derecho a la integridad de la obra", "derecho al respeto" (*droit au respect*) o simplemente "derecho a la integridad", y tiene por objetivo la protección del autor frente a adulteraciones que sufra su obra, sin su autorización.

[11] Para Alejandro Guzmán Brito, esta sería una expresión del derecho patrimonial: "así la facultad de mantener la obra inédita sólo es el no ejercicio del derecho patrimonial, y la de divulgarla, es su ejercicio". Guzmán (2006), nota al pie, p. 63.

En el mismo sentido, Isidro Satanowsky señala: "el derecho a lo inédito, de carácter negativo, es una consecuencia del derecho de publicación, de carácter positivo". Satanowsky (1954), tomo I, p. 523.

A partir de esta misma idea Henry Jessen sostiene las consecuencias de la lesión a esta facultad, señalando: "el contrariar esa decisión publicándole la obra sin su consentimiento, significa una violación simultánea de sus prerrogativas económicas, al privarle de la posibilidad de negociar la explotación de la obra mediante remuneración, y de sus prerrogativas morales, al dar a conocer – contra su voluntad – su pensamiento ante la sociedad". Jessen (1970), p. 41.

Mediante esta fórmula de carácter general, nuestro legislador señala en el artículo 17 de la Ley 17.336 cuál es el contenido de este derecho.

Es la naturaleza misma de las obras del intelecto o cosas intelectuales la que permite su proyección y/o reproducción en forma reiterada, ya sea a través de soportes físicos o inmateriales (como es el caso de las obras digitalizadas), esencialmente distintos a aquel sobre el cual el autor plasmó su obra, o de manera directa al público. Esto es lo que se denomina el uso o utilización de las obras intelectuales, que posibilita la explotación económica de las mismas, en beneficio de los titulares del derecho, sea este el propio autor o los terceros que lo adquieran del autor a cualquier título.

También forma parte del derecho patrimonial, a nuestro juicio, el derecho reconocido por el artículo 36 de la Ley n.º 17336 a los autores chilenos de una pintura, escultura, dibujo o boceto consistente en percibir el 5% del mayor valor real que obtenga el que lo adquirió, al vender la obra en subasta pública o a través de un comerciante establecido. Este derecho es lo que se designa en doctrina extranjera como "droit de suite" o "derecho de participación", y tiene por finalidad proteger a los autores que al inicio de sus carreras venden sus obras a muy bajo precio y después estas, producto de la notoriedad que adquiere el autor, aumentan notablemente de valor.

Los derechos patrimoniales son, salvo el contemplado en el artículo 36, transferibles por acto entre vivos y transmisibles por causa de muerte.

III. El estado de la cuestión en la doctrina chilena

12. Hasta donde hemos podido investigar, tan solo dos autores nacionales, y en obras ya bastante antiguas, han dedicado algunos de sus esfuerzos a este (muy) preciso tema. Ellos son Arturo Alessandri Rodríguez y Antonio Zuloaga Villalón, este último antiguo profesor de Derecho Industrial y Agrícola de la Universidad de Chile.

13. Para Arturo Alessandri Rodríguez debe distinguirse "entre el derecho mismo del autor, inventor o fabricante, y las utilidades pecuniarias que provengan de su explotación"[12].

Respecto de

> "la propiedad intelectual o industrial misma, esto es el derecho del autor, inventor o fabricante para explotar la obra artística o literaria, el invento, la marca comercial o el modelo industrial en la forma autorizada por la ley, que es en lo que ella consiste",

[12] Alessandri (1935), n.º 173, pp. 139-140.

el decano subdistingue ahora según si dicho derecho fue constituido antes o, bien, durante la vigencia de la sociedad. Si la propiedad intelectual o industrial misma se constituyó antes del matrimonio,

> "es conyuge autor de la obra, invento, marca o modelo; pero como se trata de un derecho mueble aportado por él al matrimonio ingresará también al haber social, quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tenía al tiempo del matrimonio, que es la época en que se efectuó el aporte (art. 1725, Nº 4º)",

en tanto que si se constituyó durante la vigencia de la sociedad conyugal, pertenecerá a esta, sin obligación de recompensa, "por ser el producto del trabajo intelectual de uno de los conyuges (art. 1725 Nº 1)".

Tratándose de las utilidades pecuniarias provenientes de la explotación, ellas pertenecen a la sociedad conyugal en la medida que se hayan generado durante su vigencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1725 n.° 2, y aun cuando la propiedad intelectual o industrial se haya constituido antes del matrimonio. Ilustrando lo afirmado, el citado autor agrega:

> "Por consiguiente, las ediciones ejecutadas o los ejemplares vendidos durante la sociedad, los derechos que devengue la representación de una obra teatral o la exhibición de una película cinematográfica efectuada durante su vigencia, las utilidades que provengan de su aprovechamiento o de la cesión o venta de la propiedad intelectual o de las patentes de invención, marcas comerciales y modelos indiustriales que se efectue durante la sociedad, ingresarán al haber social, sin cargo de recompensa, cualquiera sea la época en que se haya constituido la propiedad intelectual o industrial".

Además, hace la prevención que lo señalado discurre siempre sobre la base de que el autor de la obra, invento, marca o modelo es alguno de los cónyuges. Si el autor es un tercero y el cónyuge es un mero adquirente de la propiedad intelectual o industrial ajena, sea que la haya adquirido por herencia, tradición, legado, compraventa, etc., esa propiedad se regirá por los n.ºs 4º y 5º del artículo 1725 por ser un bien mueble: la propiedad intelectual o industrial ingresará, en todo caso, a la sociedad conyugal, sin cargo de recompensa si se adquirió a título oneroso, y con cargo de recompensar el valor que haya tenido al tiempo de la adquisición, si se adquirió a título gratuito[13]

En cuanto al derecho moral de autor, Arturo Alessandri lo menciona como un ejemplo o caso perteneciente a la categoría de los bienes muebles

[13] Alessandri (1935), n.° 173, p. 140, pie de página n.° 3.

que, por su naturaleza, no ingresan al haber social, es decir, se trata para él de un bien propio del cónyuge respectivo. Para Alessandri, esta categoría de bienes no ingresa a la sociedad conyugal, aunque no exista ninguna ley que los excluya de ella, dado que, por su naturaleza o finalidad económica, se encuentran estrechamente ligados a la personalidad de su titular[14]. Señala, además, siguiendo en este punto a Marcel Planiol y Georges Ripert, que los manuscritos no publicados también quedan excluidos de la sociedad, "porque mientras sean inéditos su autor conserva su dominio absoluto: puede destruirlos, modificarlos o publicarlos".

14. Por su parte, Antonio Zuloaga Villalón, en su obra *Derecho industrial y agrícola*, señalaba:

> "En nuestro sentir, el derecho de autor en si mismo, esto es, la facultad de explotar exclusivamente una obra del ingenio o del talento con un fin de lucro, no ingresa al haber de la sociedad conyugal",

concluyendo que el derecho de autor es y continua siendo un bien propio del respectivo cónyuge, cuyos frutos o réditos ingresan al haber social, mas no el derecho en sí mismo[15]. Cabe mencionar que el principal argumento dado por Antonio Zuloaga para estimar que el derecho de autor en sí mismo no ingresa a sociedad conyugal radicaba en el artículo 1º del decreto ley 345 del año 1925, norma vigente a la época en que escribió su libro, que señalaba que la propiedad intelectual consiste en el derecho *exclusivo* de distribuir, vender o aprovechar con fines de lucro una obra de la inteligencia a través de alguno de los diversos medios se reproducción, multiplicación o difusión y repugna a toda idea de derecho exclusivo la idea de comunidad o coparticipación. Hoy, no obstante no estar vigente el DL 345, que fue reemplazado por la Ley n.º 17336, el argumento de este autor no ha perdido su valor, como veremos más adelante.

IV. Nuestra posición

15. La resolución de la cuestión objeto de este trabajo, en cuyo génesis se encuentra la dificultad para compatibilizar armónicamente las normas que gobiernan la sociedad conyugal con la especialísima configuración de los derechos de autor, aconseja analicemos separadamente lo relativo al derecho moral de autor y el derecho patrimonial del mismo y, por otro lado, los rendimientos económicos o utilidades pecuniarias provenientes de la explotación.

[14] Alessandri (1935), n.º 209, 210, 211 y 212, p. 179 y ss.
[15] *Op. cit.*, n.º 482, p. 408.

Asimismo, estimamos conveniente (e iluminador) hacer breve referencia a la situación en que queda el soporte material de obra o *corpus mechanicum*.

a) En cuanto al derecho moral de autor

16. No cabe duda que el derecho moral corresponde al autor de la obra, como titular exclusivo, conforme lo señala el artículo 14 de la Ley n.° 17336. Refuerzan esta idea el artículo 7°, que señala que el único titular original es el propio autor y el artículo 6°, que le reserva privativamente la facultad de determinar sobre la divulgación parcial o total de la obra.

Las prerrogativas del derecho moral escapan al ámbito patrimonial: ellas corresponden, de modo exclusivo, al creador de la obra, sin perjuicio que algunos de los derechos que comprende sean susceptibles de transmisión, y de ahí que el régimen económico que rija el matrimonio del autor no deba afectar al derecho moral, hayan sido creadas las obras antes, durante o con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio mismo[16]. Tratándose de un derecho de carácter extrapatrimonial, en estricto rigor, ni siquiera le resulta aplicable la clasificación que distingue entre bienes sociales y bienes propios y, a mayor abundamiento, su naturaleza, si es que no personalísima, muy cercana a esta categoría, unida a la circunstancia de adquirirse por la sola creación y su carácter inalienable son razones más que bastantes para excluirlo de la masa común o, mejor dicho, excluir de la masa común el haz de prerrogativas que se comprenden bajo la denominación derecho moral de autor[17].

Cabe tener presente que ni siquiera por medio de capitulaciones matrimoniales podría alterarse esta regla. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16, cualquier disposición en este sentido sería nula. Estamos en presencia de una disposición prohibitiva.

[16] En Francia, el artículo L. 121-9 del *Code de la Propriété Intelectuelle* reconoce expresamente esta idea, señalando: "En todos los regímenes económicos matrimoniales y bajo sanción de nulidad de todas las cláusulas contrarias contenidas en capitulaciones matrimoniales, el derecho de divulgar la obra [...] y de defender su integridad corresponde privativamente al cónyuge autor [...]". La jurisprudencia de la Court de cassation, incluso antes de la vigencia de la Ley de Propiedad Literaria y Artística de 11 de marzo de 1957 y –consecuentemente– del *Código de Propiedad Intelectual*, ya lo consideraba así. En efecto, ya a inicios del siglo XX, en el asunto Lecocq (Civil, Sent. de 25 de junio de 1902), se manifestó en tal sentido, reiterando posteriormente la misma posición en el asunto Canal (Civil, Sent. de 14 de mayo de 1945) y Bonnard (Civil, Sent. de 4 de diciembre de 1956).

[17] Esto puede ser discutible, sosteniendo que el ingreso a ese haber es una transferencia operada por el ministerio de la ley y no por voluntad de las partes, que es la que se prohíbe cuando se declara inalienable un derecho o un bien.

b) En cuanto a los derechos patrimoniales

17. Como ya explicamos, el derecho de autor, en su aspecto patrimonial, confiere al autor el derecho de utilización o, como denominan otros, el monopolio de explotación de la obra por él creada (artículo 17), reconocíendosele, para estos efectos, una serie de prerrogativas entre las que se cuentan el derecho de representación y el derecho de reproducción (artículo 18). En principio, estos derechos corresponden al autor por el solo hecho de ser el creador de la obra de que se trate (artículo 1°), aun cuando, en tanto bienes patrimoniales, son transferibles entre vivos y transmisibles *mortis causae* mientras no se extingan por el transcurso de su plazo de duración.

En al caso de autores casados en régimen de sociedad conyugal surge la interrogante de si el derecho de utilización o monopolio de explotación de las obras creadas antes o durante la vigencia del régimen constituyen un bien social o debe ser consideradas, por el contrario, bienes propios del cónyuge autor. Hasta donde entendemos, y al contrario de lo que ocurre en otras legislaciones, como en Francia[18], no existe en Chile norma que solucione en forma expresa esta cuestión.

Como vimos, para Arturo Alessandri, si el derecho del autor para explotar la obra fue constituido antes del matrimonio, ingresará al haber relativo de la sociedad conyugal, quedando ésta obligada a la correspondiente recompensa (artículo 1725 n.° 4), en tanto que si se constituyó durante la vigencia de la sociedad conyugal ingresará al haber absoluto de esta, "por ser el producto del trabajo intelectual de uno de los conyuges (artículo 1725 n.° 1)"

En resumen, Arturo Alessandri, estimando que estos derechos corresponden ya a un producto del trabajo de los cónyuges, ya a un simple bien mueble, resuelve la cuestión haciendo aplicación lisa y llana de las reglas que se reservan a estos bienes en la sociedad conyugal.

18. Pero para apreciar la bondad de la solución propuesta por Arturo Alessandri, conveniente es que en forma previa revisemos las consecuencias que se siguen de tal criterio:

– Durante la vigencia del régimen de sociedad conyugal, la administración de los derechos patrimoniales de autor queda sometida al

[18] El artículo L. 121-9 del C del C*ode de la Propriété Intelectuelle* señala en su párrafo primero: "En todos los regímenes matrimoniales y bajo sanción de nulidad de todas las cláusulas contenidas en capitulaciones matrimoniales, el derecho de… fijar las condiciones de su explotación (de la obra) [...] corresponde privativamente al cónyuge autor o a aquel de los cónyuges a quienes tales derechos han sido transmitidos. Este derecho no puede ser aportado en dote, ni adquirido por la comunidad o por una sociedad de ganancias".

poder del marido, con la única limitación de no poder disponer de ellos entre vivos a título gratuito (artículo 1749 inciso 4º del CC*)* Solo se exceptuarían de esta regla los derechos patrimoniales de autor que constituyeran bien reservado, en cuyo caso la administración corresponderá a la mujer autora (artículo 150 del CC)[19].

- Disuelta la sociedad conyugal, si la mujer o, en su caso, sus herederos, aceptan los gananciales, el derecho de autor forma parte del caudal partible, sin necesidad de distinguir según quien sea el cónyuge autor.
- Si se trata de obras publicadas antes del matrimonio por la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal, esas obras, que no tienen el carácter de bienes propios ni reservados, pertenecen a la comunidad (aun cuando deba recompensa por ellas) y, en caso de renuncia a los gananciales por la mujer autora (por ejemplo, para consolidar su dominio exclusivo sobre su obra creada durante la vigencia de la sociedad conyugal), se convierten en propiedad exclusiva del marido o sus herederos.
- Si la comunidad se disuelve por la premuerte de la mujer del autor, el marido autor podría quedar obligado, de no renunciarse a los gananciales por parte de los herederos de su cónyuge, a dividir sus derechos con estos y, por consiguiente, de materializarse tal posibilidad, no tendría derecho más que a una porción de los beneficios actuales y futuros de sus propias obras.
- Si él o la excónyuge del autor se vuelve a casar, o si los herederos de dicho excónyuge se casan, adoptando la sociedad conyugal como régimen matrimonial, los derechos de autor que a ellos correspondían ingresarán a esa nueva comunidad y el autor quedará obligado a dividir los beneficios de sus obras con el nuevo cónyuge de su exmarido o mujer o con la nueva familia de los herederos de este.

19. Al margen de una serie de dificultades de orden práctico[20] que los efectos ya apuntados traen aparejados, resultan manifiestamente inicuos y hacen querible una solución distinta. Este deseo será particularmente hondo entre quienes comparten una idea que cruza el sustrato más profundo de

[19] Lo anterior, a menos que se acepte la idea que se desarrollará *ut infra*, en los numerales 39 y 40.

[20] A modo de ejemplos, podemos mencionar la dificultad y aleatoriedad de la valoración que se asigne a esta clase de derechos en la partición de la comunidad quedada a la disolución del régimen, o la posibilidad que, correspondiendo el derecho moral al cónyuge autor, podría este no publicar la obra, con el consiguiente perjuicio para el otro cónyuge que resultare adjudicatario en la partición.

todas las discusiones en torno al derecho de autor y aflora a cada momento, cual es que las obras intelectuales llevan la impronta de la personalidad de sus creadores y, por lo mismo, sobre ellas recae

> "la más sagrada, la más legítima, la más inatacable y [...] la más personal de todas las propiedades" como tan rotundamente expresara Le Chapelier [21].

20. Pero querer no siempre es poder. Aunque compartamos que resulta más conveniente aplicarles a estos derechos el estatus de los bienes propios y que, por otra parte, la inexistencia de un texto legal que resuelva derechamente la cuestión alienta conjeturas que, fundadas en diversas concepciones sobre la naturaleza jurídica del derecho de autor, resultan seductoras; creemos indispensable que, previo adoptar cualquier posición, analicemos, con la mayor objetividad que nos sea posible, su factibilidad conforme la legislación vigente, exponiendo tanto los argumentos que pueden darse a su favor como también observando, desde distintas perspectivas, todas las debilidades, reparos y refutaciones que pudieren oponerse a los mismos.

21. Un inicial intento por fundamentar una solución diferente a la planteada por Arturo Alessandri podría venir de la mano de los artículos 584 del *Código Civil* y 17 y 7º de la Ley de Propiedad Intelectual. La primera de estas normas señala con meridiana claridad que "Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores", agregando en su inciso 2º que "Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales" y, armónicamente con lo expresado, la Ley n.º 17336 –que es precisamente la legislación especial a que alude el *Código*–, en sus artículos 17 y 7º, establece que el autor es el titular original del derecho patrimonial de autor. Conforme lo anterior, y dado el carácter especial que tendrían las normas citadas, por referirse a una clase particular de bienes, como son los bienes intelectuales, respecto de aquellas contenidas en el *Código* y que prescriben el ingreso de ciertos géneros de bienes al haber social, en caso de contradicción entre unas y otras han de prevalecer las primeras. Desde esta perspectiva, no correspondería aplicar supletoriamente el CC, toda vez que la legislación especial resuelve la cuestión al señalar que estos derechos corresponden exclusivamente al autor, lo que resultaría inconciliable con lo dispuesto en el *Código*.

[21] Isaac René Guy Le Chapelier, en su informe presentado a la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa en el año 1791, refiriéndose a lo derechos de autor expresó: "la más sagrada, la más legítima, la más inatacable y, si puedo decirlo de esta manera, la más personal de todas las propiedades, es la obra fruto de la imaginación de un escritor; es una propiedad de un género completamente diferente de las otras propiedades".

Esta argumentación, en el fondo, intenta recuperar la tesis que fuera planteada por Antonio Zuloaga, ya comentada, actualizando sus fundamentos normativos.

22. Sin embargo, la argumentación ya expuesta presenta importantes debilidades. A ella podría oponerse que peca de petición de principios, pues su conclusión, implícitamente, da por establecida una de sus premisas fundantes, cual es que existe contradicción entre lo dispuesto en los artículos 584 del *Código Civil* y 17 y 7° de la Ley n.° 17336, por una parte, y la normativa del *Código Civil* que ordena el ingreso de ciertos bienes al haber social, por otra, lo que, a nuestro parecer, es discutible. Asimismo, este razonamiento da por sentado la especialidad de los artículos 584 del *Código Civil* y 17 y 7° de la Ley n.° 17336, lo que también podría, eventualmente, ser objeto de controversias.

Y es que a la pretendida contradicción podría responderse que si se estimare que el ingreso del derecho patrimonial de autor al haber de la sociedad conyugal es inconciliable con lo dispuesto en los artículos 584 del *Código Civil* y 17 y 7° de la Ley n.° 17336, por indicar estos, en síntesis, que ese derecho corresponde al autor de la obra, habría que predicar también, por idénticas razones, que todas o la mayoría de las normas que ordenan el ingreso de bienes al haber de la sociedad conyugal resultan inaplicables por ser contradictorias con otras, más especiales, que prescriben que la titularidad de un determinado bien o derecho corresponde, privativamente, a uno de los cónyuges. Desde este prisma, que extrema el argumento hasta sus últimas consecuencias, tampoco podrían ingresar al haber de la sociedad conyugal los salarios y emolumentos devengados a favor de uno de los cónyuges ni tampoco los frutos o réditos de sus bienes propios, pues en estos casos también hay normas que señalan que esos salarios pertenecen a quien prestó el servicio o a quien es dueño del bien que produjo los frutos o réditos. Este razonamiento, que haría virtualmente imposible la existencia de la sociedad conyugal, olvida que no teniendo la sociedad conyugal personalidad jurídica, todas sus adquisiciones operan o, si se quiere, se realizan ostensiblemente mediante la adquisición que del mismo bien o derecho hace uno de los cónyuges. De ahí que, por ejemplo, el artículo 1725 del *Código Civil* señale que componen el haber de la sociedad conyugal "[…] las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los conyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere […]" (n.° 4°) o "todos los bienes que cualquiera de los conyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso"[22], etcétera.

[22] Y de existir contradicción, podría argumentarse también que, en virtud de lo dispuesto ya en los artículos 1750 y 1752, ya en el artículo 150 del *Código Civil*, esta sería bastante acotada, limitada a los derechos patrimoniales de autor correspondientes a la mujer por obras creadas

23. Si se desestima la existencia de la supuesta contradicción ya apuntada, y ante la falta de una norma en la legislación especial que regule si los derechos patrimoniales de autor ingresan o no al haber de sociedad conyugal, se abre la vía para la aplicación supletoria de la normativa contenida en el *Código Civil* y, con ello, a la tesis de Arturo Alessandri, que se funda, precisamente, en que el derecho patrimonial de autor se encuentra subsumido en los conceptos de "emolumento" o, bien, de "especies muebles" de utilizan, respectivamente, el numeral 1° y 4° del artículo 1725.

24. Sin embargo, ¿qué tan cierta es la idea que el derecho patrimonial de autor se pueda entender comprendido en los conceptos de "emolumento" o de "especies muebles"? De modo más simple, ¿es, propiamente, el derecho patrimonial de autor un emolumento o una especie mueble? Creemos que no.

25. La voz 'emolumento', conforme puede concluirse luego de revisar las definiciones contenidas en diferentes diccionarios, tanto generales como jurídicos, es sinónima de 'remuneración' o 'retribución', de 'ganancia' o 'utilidad'[23].

Si bien a partir de la clara analogía existente entre derecho de autor y trabajo de los cónyuges y de la idea que, en un sentido amplio –y, quizá, mejor debiéramos decir, figurado–, la creación intelectual constituye, de por sí, una recompensa para su creador, podría llegar a concebirse que el derecho patrimonial de autor sea un "emolumento", esto es, una retribución o remuneración a la labor del autor, no puede dejar de advertirse que hay en ello algo forzado, artificioso, que confunde la satisfacción moral del creador por su obra con su retribución pecuniaria, y oculta o, por lo menos, omite

por ella antes del matrimonio o durante la vigencia del régimen, pero sin gozar de patrimonio reservado, hipótesis esta última de muy difícil –pero no imposible– ocurrencia práctica. En todos los demás casos, la supuesta contradicción solo se plantearía a la disolución del régimen y, únicamente, si la mujer no renuncia a los gananciales, pues en tal caso surgirá una comunidad entre los cónyuges (o entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido) dentro de la cual figurarán los derechos patrimoniales de autor que hayan tenido el carácter de bienes sociales. Cabe señalar que esta situación no necesariamente infringe lo dispuesto por la Ley n.° 17366, que en su artículo 7° reconoce como titulares secundarios del derecho de autor a quien lo "adquiera del autor a cualquier título". En este caso, y salvo que entendamos que la expresión " [...] adquiera del autor [...]" importa la proscripción de los títulos originarios de adquisición, el título de la adquisición por parte del cónyuge no autor sería la propia ley.

[23] Conforme el *Diccionario de la lengua española*, primera acepción, "remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo". El Diccionario *panhispánico del español jurídico*, en tanto, la define simplemente como "retribución".

La etimología de esta voz, de origen latino, demuestra que ella ha mantenido el mismo sentido desde sus orígenes, ampliando solamente sus alcances. En latín la palabra *emolumentum* aludía a la retribución o remuneración que correspondía a los molineros por su labor.

un aspecto que creemos substancial: toda remuneración o retribución es, en esencia, una contraprestación que se percibe por causa de una labor, de una obra o servicio prestado; y la idea de contraprestación, como su propio prefijo lo adelanta, siempre supone la existencia de otra parte, distinta, sobre la que pesa la obligación de remunerar o retribuir precisamente en razón de lo que él ha recibido o debe recibir de su contraparte. Por lo anterior, tanto la idea de retribución como la de contraprestación solo pueden existir en el marco de la alteridad, de la relación con otro, con los demás.

Por lo anterior es que estimamos que, en rigor, el derecho que asiste al autor para utilizar su obra, transferir sus derechos sobre ella o autorizar su uso por terceros no puede ser considerado un "emolumento" en sentido propio simplemente por el hecho de ser, *lato sensu*, un producto de su trabajo intelectual.

26. Por su parte, el carácter mueble o inmueble del derecho de autor e, incluso más, el que este tan particular derecho sea siquiera susceptible de tal clasificación, no es cosa pacífica, encontrándose al respecto todos los pareceres que pueden concebirse. Hay los que estiman que el derecho de autor no puede ser calificado de mueble ni de inmueble y, entre quienes sustentan la idea contraria, las posiciones van desde una muy minoritaria, para la cual se trata de un derecho inmueble, hasta los que, sin mayores explicaciones, le atribuyen carácter mueble.

Para Alejandro Guzmán Brito tanto los derechos morales y patrimoniales de autor (derecho real de autor y de autoría, respectivamente, en la nomenclatura utilizada por este estudioso) y, en general, las cosas intelectuales, son inmuebles, por cuanto, si bien ellas no están sujetas a la categoría del movimiento local y, por consiguiente, desde una perspectiva filosófica, no son muebles ni inmuebles, lo jurídicamente relevante para esta distinción, al tenor de los artículos 566 y 568 del *Código Civil*, es simplemente si las cosas pueden o no transportarse de un lugar a otro, y no las causas de dicha imposibilidad[24].

Con el respeto que nos merece tan autorizada opinión, disentimos de ella. De seguirse resultaría que todos los bienes que no se ajusten al criterio que preside la distinción resultarían, por defecto, inmuebles, lo que no nos parece haya sido la voluntad del legislador.

A nuestro parecer, y salvo que sostengamos con carácter de dogma que la *summa divisio* ha de comprender necesariamente todos los bienes y, conforme lo anterior, la terminemos aplicando procustianamente, resulta dificilmente sostenible, por no decir imposible, calificar al derecho de autor

[24] Guzmán (2006), p. 100.

como un bien mueble o inmueble, siendo evidente que estas categorías le son ajenas a la creación intelectual, que no es movible o móvil, ni inmovible o inmóvil ni, por ende, una u otra especie de cosa. En este caso particular, el artículo 580 del *Código Civil* no resulta aplicable, desde que el derecho patrimonial de autor se ejerce sobre una abstracción como es la creación intelectual, y no sobre un bien corporal; y tampoco es correcto afirmar que, atendido que el derecho de autor produce sus beneficios en dinero, su objeto es un bien mueble, ya que por idéntica razón habría que señalar que el usufructo de un inmueble arrendado es bien mueble. Por lo demás, no sería cosa inédita en el derecho que un bien no pueda ser calificado de mueble ni de inmueble, como ocurre, por ejemplo, con el derecho real de herencia.

La única posibilidad de aplicar esta clasificación a las creaciones intelectuales sería que se atendiera al soporte material en que ella se expresa o la contiene (manuscrito, partitura, tela, bloque de mármol, etc.), idea que, aun cuando podría encontrar algún asidero en la absoluta necesidad de exteriorización a través de una forma de expresión que tiene la idea para adquirir propiamente existencia como creación y, por consiguiente, como propiedad intelectual, nos parece sumamente feble, desde que importa una inadmisible confusión entre la creación propiamente tal y su soporte material.

27. No pudiendo, entonces, ser calificado el derecho patrimonial de autor de "emolumento" *stricto sensu*; ni tampoco pudiendo ser calificado (ni reputado) como una "especie mueble" y, por lo mismo, no existiendo normas que expresamente prescriban su ingreso al haber de la sociedad conyugal, ¿puede sostenerse que, por otras razones, deba igualmente aplicársele el estatuto que ley reserva a los emolumentos o bien a las especies muebles?

A primera vista pudiere pensarse que la respuesta afirmativa a la cuestión planteada podría fundarse ya a partir de la consideración que el estatuto de los bienes muebles constituye la regla general en la materia y, por tanto, es supletorio; ya como consecuencia de interpretar extensivamente alguna de las normas que prescriben el ingreso de bienes al haber de la sociedad conyugal. Sin embargo, como veremos, la admisión de cualquiera de estos dos fundamentos exige previamente haber resuelto una serie de reparos que pueden plantearse a la validez de los mismos y que tienen relación, en primer termino, con el carácter que atribuyamos a las normas que ordenan el ingreso de bienes al haber de la sociedad conyugal (y, concretamente, si las entendemos como normas de derecho común o, por el contrario, como normas de derecho singular o excepcional) y, ya decisivamente, si admitimos que normas de derecho singular, no obstante tal carácter, pueden ser igualmente objeto de una interpretación extensiva.

28. Si bien la sociedad conyugal es, en esencia, un régimen de colaboración y de aporte común de todos los beneficios pecuniarios que mari-

do y mujer obtengan de sus respectivas industrias y, luego de examinar las normas que establecen la composición del haber de la sociedad conyugal, pueda aseverarse que ingresan en él todos los bienes que obtengan los cónyuges mediante su trabajo, no debe perderse jamás de vista que esta última afirmación es simplemente fruto de una inducción realizada a partir de las determinadas y precisas reglas que regulan la materia y que su valor no va más allá de su utilidad ilustrativa. Precisamente uno de los matices que tal generalización borra es la consideración que las normas que prescriben el ingreso de ciertos bienes al haber de la sociedad conyugal son todas de naturaleza excepcional o singular, desde que ellas, para posibilitar la constitución de una relación jurídica que, ajustándose a las normas regulares no sería dable alcanzar o sería muy difícil, contrarían un principio general de nuestro ordenamiento jurídico, cuál es que cada uno es dueño de su trabajo y se hace dueño exclusivo de lo que obtenga producto del mismo.

Siendo entonces las referidas normas de naturaleza singular, su interpretación ha de ser de derecho estricto, no pudiendo extenderse a situaciones no previstas expresamente en ellas, ni por interpretación extensiva ni por tampoco por analogía, de tal suerte que, no encontrándose expresamente comprendidos los derechos patrimoniales de autor adquiridos por los cónyuges antes del matrimonio a cualquier título, o adquiridos a título gratuito durante la vigencia del régimen dentro de ninguna de los categorías de bienes cuyo ingreso al haber de la sociedad se prescribe expresamente en los artículos 1725, 1730, 1731, 1736 inciso final y 1738 del *Código Civil*, ha de concluirse, por tanto, que los mismos queda excluidos y se mantendrían siempre como bienes propios.

29. Pero la conclusión anterior, aun cuando se coincida con su planteamiento base, conforme el cual las normas que prescriben el ingreso de bienes al haber de la sociedad conyugal son de naturaleza singular, no es incuestionable.

Pese a que la afirmación de que toda norma jurídica excepcional no es susceptible de interpretarse extensivamente ha tenido un valor de axioma jurídico en las sentencias de nuestros tribunales, en las investigaciones de nuestros juristas y aun en las cátedras, fuerza es reconocer las críticas que, con buenas razones, ha recibido. Con singular precisión ha dicho Nicola Coviello:

> "Ese principio –de que las disposiciones de índole excepcional no son capaces de interpretación extensiva–, no se funda ni en la razón, ni en alguna disposición de derecho positivo, sino sólo en una deplorable confusión de ideas. Efectivamente, si la interpretación debe tener por fin investigar el sentido de la ley, y esta adecuada investigación lleva a reconocer que una palabra es inadecuada para expresarlo, la consecuencia

> necesaria será que habrá de atribuirse a esta palabra el significado correspondiente al espíritu de la ley, así sea más extenso que el natural, sin distinguir las varias especies de normas, ya que la voluntad del legislador debe ser respetada en su integridad aún dentro de normas excepcionales. Estas deben desplegar su fuerza obligatoria en los límites en que el legislador quiso establecerlas: si no se puede traspasar sus limites, tampoco es lícito no llegar hasta ellos. Ahora bien, la interpretación tiene por objeto no rebasar esos límites, sino alcanzarlos, objeto que desconoce el que prohíbe al intérprete, ordenándole que se detenga más acá de aquellos y, por consiguiente, que no respete la ley[25].

30. Aceptado que, conforme lo dicho, normas de derecho singular puedan, sin embargo, ser objeto de una interpretación extensiva, ¿existen razones que aconsejen esta clase de interpretación respecto de las normas contenidas en el artículo 1725 n.º 1º y 4º del *Código Civil*, de acuerdo con las cuales ingresan al haber social "los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio" y las "especies muebles que cualquiera de los conyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere", respectivamente?

Creemos que, sea ya por inducción, a partir de las diferentes normas que determinan el ingreso de bienes al haber de la sociedad conyugal, sea que se deduzca del hecho que este régimen tiene por base y sustento el trabajo y la colaboración común de los cónyuges, es justificado afirmar que el espíritu o intención del legislador fue que ingresaran a ella todos los productos de ese trabajo y colaboración y, en consecuencia, resulte autorizado interpretar extensivamente los conceptos de "salarios y emolumentos" de que se vale el artículo 1725 n.º 1 hasta comprender en él todo producto del trabajo de los cónyuges, cualquiera sea su importancia o naturaleza, su carácter, duración, forma de remuneración o nombre que se le dé. Así las cosas, y en virtud de una interpretación extensiva del artículo 1725 n.º 1, los derechos patrimoniales de autor que correspondan a uno de los cónyuges como creador de la obra, constituidos durante la vigencia del régimen, ingresarían al haber absoluto de la sociedad social, no obstante no tratarse, estricta y propiamente, de un "emolumento" por las razones ya dichas, y salvo se trate de bienes reservados de la mujer casada, en que seguirán la suerte de esta categoría de bienes.

31. Quedaría ahora responder por la suerte que corren los derechos patrimoniales de autor de que es titular original uno de los cónyuges antes de la entrada en vigencia del régimen.

[25] Coviello (1938), p. 83.

En términos generales, el destino de estos derechos patrimoniales de autor estará determinado según lo que comprendamos significa dar aplicación en la especie a las normas sobre el ingreso de bienes a la sociedad conyugal y, más inmediatamente, según si entendemos resulta serles aplicables o no el estatuto reservado para las "especies muebles" aportadas al matrimonio, contenido en el artículo 1725 n.° 4°. Si, por cualquier razón, entendemos que la referida disposición comprende a estos derechos, ellos ingresaran al haber relativo de la sociedad; en cambio, si estimamos que tal norma (ni en realidad ninguna otra existente) los abarca, se tratará de bienes propios, personales de cada cónyuge.

32. Conforme nuestro parecer, no nos parece viable el intento de analogar los derechos patrimoniales de autor a las especies muebles, pues, como ya expresamos, no existe similitud alguna que lo permita, no hay nada parangonable, desde que ni las características de los muebles (ni de los inmuebles) pueden predicarse respecto de las creaciones del intelecto. La única posibilidad para calificarlo como un bien mueble sería que atendiéramos al soporte material en que la creación se expresa o se contiene, idea que, como explicamos en el punto 26, tiene un muy débil sustento.

Tampoco observamos ninguna razón que permita la interpretación extensiva de la expresión "especies muebles" hasta hacer comprender en ella a los derechos patrimoniales de autor, como no sea la que deriva de una errónea concepción de lo que es dar aplicación al estatuto de la sociedad conyugal respecto de los bienes intelectuales, según se verá.

En efecto, aun cuando concordamos plenamente en la necesidad de dar aquí aplicación a la normativa de la sociedad conyugal, divergemos diametralmente en cuanto a qué es lo que significa concretamente ello. A nuestro juicio, en este caso la correcta inteligencia de las reglas que gobiernan la formación del haber social impone que, constatado que los bienes intelectuales pertenecientes a los cónyuges al tiempo de iniciarse el régimen no se encuentran comprendidos dentro de aquellos cuyo ingreso al haber de la sociedad conyugal se prescribe, ha de concluirse, sencillamente, que dichos derechos permanecerán siempre como bienes propios, descartando todo intento que, a pretexto de aplicar la referida normativa, la fuerce hasta hacerla comprender estos bienes, que no tienen cabida, por las razones apuntadas, ni en su letra ni en su espíritu. Quienes propugnan la aplicación de la regla dada para las especies muebles aportadas al matrimonio en el artículo 1725 n.° 4° respecto de derechos patrimoniales de autor adquiridos con anterioridad al inicio del régimen lo terminan haciendo por simple descarte, ante el hecho innegable que tales derechos no pueden ser calificados de inmuebles, ni son salarios o emolumentos devengados durante el matrimonio, ni tampoco frutos o réditos, etc. La conclusión por nosotros propuesta, por

tanto, lejos de dejar sin aplicación las normas de la sociedad conyugal, hace exactamente lo contrario.

33. Como puede apreciarse, un análisis realizado exclusivamente a la luz de la regulación de la sociedad conyugal respecto a si los derechos patrimoniales correspondientes al autor casado bajo el indicado régimen constituyen bienes propios o sociales, no resulta concluyente. Las numerosas discusiones que pueden plantearse en cada momento del examen, cuyas respuestas, naturalmente, inciden en la contestación que se dará a la cuestión fundamental, ensombrecen grandemente pueda afirmarse con razonable certidumbre que los derechos de autoría sean siempre bienes propios, como sería lo deseable. En efecto, a menos que:

a) Se adhiera a la tesis sustentada por Alejandro Guzmán Brito, para quien los derechos patrimoniales de autor son bienes inmuebles y se descarte, asimismo, que dichos derechos puedan ser tenidos por emolumentos devengados durante el matrimonio; o
b) Se estime que esta clase de derechos no se encuentra (estrictamente) comprendido dentro de aquellos cuyo ingreso al haber de la sociedad conyugal ordena y, además, que no existen motivos que justifiquen aplicarles el estatuto propio de los "salarios y emolumentos" ni el reservado a las "especies muebles"

Todas las demás posibilidades interpretativas coinciden en que, por lo menos los derechos patrimoniales constituidos a favor del cónyuge autor durante la vigencia del régimen, pasan a pertenecer al haber absoluto de la sociedad conyugal, salvo se trate de bienes reservados de la mujer casada, los cuales seguirán la suerte reservada a dicha categoría de bienes.

34. Pero pese a la aparente impotencia de las normas que disciplinan el régimen de comunidad contenidas en el *Código Civil* para justificar que los derechos patrimoniales correspondientes al cónyuge autor deban considerarse siempre bienes personales, cabe explorar otro camino que, desembrozando la naturaleza jurídica de esta clase de derechos, permita determinar si existen peculiaridades en ellos de suficiente entidad y gravitación como para sustraerlos, a todo evento, del ámbito de los bienes sociales.

35. Desde esta última perspectiva de análisis, ¿puede estimarse que el derecho patrimonial de autor ingrese, desde su origen, al haber la sociedad, si se tiene en cuenta que, en tanto el cónyuge autor no decida su divulgación, el derecho de utilizar la obra, transferir sus derechos sobre ella o autorizar su utilización por terceros, es decir, los derechos patrimoniales propiamente tales, en rigor no se ha configurado plenamente, existiendo únicamente en potencia, con carácter eventual? Los derechos patrimoniales de autor, antes de que la obra se difunda, existen, si se nos permite una gráfica expresión, como protoderechos. La circunstancia que la ley, por el solo hecho de la

creación de la obra, confiera a su autor, en forma exclusiva, tanto el derecho a mantener su obra inédita (artículo 14 n.° 3) como también el de darla a conocer al público (artículo 18 letra a), y que ambos derechos coexistan originariamente –y por tiempo indeterminado– revela de mejor y más claro modo la real naturaleza de los derechos patrimoniales de autor, cual es que estos no constituyen verdaderamente para su creador una "propiedad" en sentido estricto, sino una mera facultad que él puede libérrimamente optar por no ejercer, simplemente no dando a conocer su obra. Luego, la efectiva existencia de un derecho a utilizar la obra se encuentra subordinada a la ocurrencia de un acto de voluntad puramente potestativo del autor. Supuesto, para el beneficio del análisis, que el derecho patrimonial de autor ingresara a la comunidad desde el momento mismo de la creación de la obra, la sociedad conyugal no adquiriría económica ni jurídicamente ningún derecho a explotar la obra mientras ella no sea difundida.

La distinción de estas etapas o fases en la configuración del derecho patrimonial de autor, absolutamente ociosa y hasta absurda en cualquier otro caso, puede resultar, sin embargo, relevante frente a la sociedad conyugal, pues merced de la misma podría sostenerse que el derecho a la utilización de la obra no ingresa en su más remoto origen al haber de la sociedad conyugal, aserción que, en su momento, puede dar pie para controvertir que el hecho de haberse divulgado la obra, naturalmente siempre posterior a su creación, tenga la virtud de erradicar del patrimonio del autor estos derechos y llevarlos ahora al haber de la sociedad conyugal.

Desde este punto de vista, entonces, y tratándose de obras concluidas, cabría plantear el distingo entre aquellas que han sido divulgadas y las que no. Las que permanezcan inéditas, y en tanto mantengan esa condición, no han roto el cordón umbilical que las liga con su autor y se encuentran inescindiblemente unidas a la personalidad de este, de tal suerte que se trataría siempre de un bien propio, pues pese (y paradojalmente) a la denominación de "derechos patrimoniales de autor" con que, sin distinción alguna, les designa la ley, en esta etapa primigenia se trataría en realidad solo de un germen de tales derechos que, no teniendo una inmediata utilidad económica y, por lo mismo, no siendo susceptibles de avaluación económica, carecen toda aptitud para ingresar al haber de la sociedad conyugal, la cual –no hay que olvidarlo– regula las relaciones pecuniarias de los cónyuges. Una argumentación como esta, al sustraer del ámbito crematístico los derechos sobre la obra no publicada, se anticipa y vadea todas las dificultades que pudiera entrañar para su consideración como bien propio del autor la aplicación de la normativa legal que regula la formación del haber social.

Pero ¿y qué sucede con las obras que han sido divulgadas? Si bien podría sostenerse que con la publicación lo que en rigor adquiere valor es su

producto o, siguiendo el lenguaje del *Código Civil*, sus frutos o réditos, y no la obra en sí misma y que no es lógico que la publicación pueda producir el efecto de transformar la naturaleza del derecho de autor, es nuestro parecer que, configurado ya plenamente el derecho de explotación de la obra por la divulgación de la misma dispuesta por su autor, y teniendo este derecho una naturaleza eminentemente patrimonial, resulta irremisible aplicarle al mismo el estatuto de la sociedad conyugal, con las consecuencias ya vistas que ello trae aparejado. Así las cosas, y a despecho de los estrechos lazos entre el derecho moral y el monopolio de explotación[26], que hacen enorme la influencia que tiene aquel respecto de este, y aconsejan que uno y otro sigan la misma suerte, la posibilidad de tenerles siempre por bienes propios del cónyuge autor, y salvo se adopten las posturas de señaladas bajo las letras a) y b) del punto 33 precedente, no parece, de *lege lata*, posible. Nada hay en nuestra ley que se oponga categóricamente a que el derecho de propiedad intelectual correspondiente al cónyuge autor, por lo menos el constituido durante la vigencia del régimen, ingrese como ganancial en la sociedad conyugal. Por el contrario, autoriza su inclusión en esa comunidad no solo al admitir expresamente la negociabilidad del derecho patrimonial de autor, sino, asimismo, porque tal propiedad se rige también por las disposiciones del derecho común en cuanto no se opongan a las condiciones y limitaciones establecidas por la Ley n.º 17336.

36. Todo lo dicho es siempre bajo el supuesto de que se trata de obras creadas por uno de los cónyuges. Tratándose de obras ajenas, o mejor dicho, que no son de autoría de alguno de los cónyuges, pero que estos han adquirido de un tercero, el tratamiento ha de ser necesariamente distinto.

Para Arturo Alessandri, adquiridas antes de la entrada en vigencia, sea a título gratuito u oneroso, o adquiridas a título gratuito durante la vigencia del régimen, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1725 n.º 4, ingresan al haber relativo de la sociedad conyugal, de tal suerte que a la disolución deberá esta recompensa al cónyuge aportante o sus herederos. En caso de tratarse de derechos adquiridos a título oneroso durante la vigencia de la sociedad, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1725 n.º 5, ingresarán al haber absoluto de la misma, a menos que ellos hayan sido adquiridos por la mujer en el ejercicio de su patrimonio reservado, caso en el cual ingresan a dicho patrimonio, sin perjuicio que su suerte definitiva se determine a la disolución de régimen.

A nuestro juicio, y por las razones expuestas en el numeral 32 anterior, estos serán bienes propios del cónyuge adquirente de tales derechos, salvo

[26] Esta relación estrecha ha llevado a Malaurie et Aynes (1994), p. 176, a calificar el derecho de explotación como "derecho moral y pecuniario"

que su adquisición haya sido hecha a título oneroso durante la vigencia del régimen, caso en el cual pasarán a engrosar el haber absoluto de la sociedad conyugal (artículo 1725 n.° 5) o se trate de una adquisición hecha por la mujer en el ejercicio de su patrimonio reservado, caso este en el seguirán la suerte de esa clase de bienes. A idénticas conclusiones han de llegar también quienes participen de la opinión de Alejandro Guzmán Brito, de acuerdo con el cual el derecho patrimonial de autor es inmueble, pero en este caso dicha conclusión es consecuencia de aplicarles las reglas que la sociedad conyugal reserva a los bienes inmuebles que adquiera marido o mujer.

c) Las utilidades pecuniarias provenientes de la explotación de la propiedad intectual

36. Pese a que, al igual que lo que ocurre tratándose del derecho de explotación, no existe norma que expresamente lo señale, existe concordia entre los autores en torno a que las utilidades patrimoniales adquiridas merced a la explotación de la obra de uno de los cónyuges durante la vigencia del régimen de sociedad conyugal ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal (1725 n.° 2), a menos que se trate de las ganancias provenientes de la explotación de la obra de la mujer autor que ha sido creada durante la vigencia del régimen, que formará parte del patrimonio reservado de la misma.

Y es que si, como dice Marcel Planiol, "la comunidad es una asociación de trabajo"[27] y ella es principalmente alimentada por los productos de la industria de los cónyuges, hay que admitir que todos los beneficios resultantes de la explotación de la obra corresponden a la comunidad, pues no hay razón alguna en este caso para distinguir entre las profesiones artísticas, literarias y, en general, creativas, de todas las demás. Luego, todos los productos de la explotación de la obra, obtenidos durante la comunidad pertenecen al haber absoluto de esta, y sin importar el modo de explotación, sea esta en contratos temporales de edición, contratos por un tanto alzado o a tanto por ejemplar vendido, contrato de representación y aun cesión total de la obra[28].

Sin embargo, debemos hacer presente una cuestión: no existe un divorcio absoluto entre la solución que se adopte respecto del derecho de explotación y la posición que se asuma respecto de las ganancias, sino que, por en contrario, existe a lo menos un aspecto o extremo en que la postura que se adopte respecto del primer problema condiciona lógicamente la respuesta del segundo. En efecto, tratándose de las ganancias o utilidades devengadas con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal y antes de la par-

[27] Planiol y Ripert (1946), tomo iii, n.° 1004, p. 108.
[28] *Op. cit.*, tomo viii, n.° 202, p. 244.

tición de la comunidad, de seguirse la tesis de Arturo Alessandri, ha de estimarse ingresan a la comunidad (1772 inciso 2º); en cambio, si se considera que se trata de un bien propio, dichas ganancias pertenecerán al cónyuge titular del derecho de autor. (1772 inciso 1º).

Lo anterior es sin perjuicio de los que puedan disponer las partes en capitulaciones matrimoniales.

d) El soporte material o corpus mechanicum *de la obra*

37. Como señalamos precedentemente, el objeto del derecho de autor es la obra intelectual. Siendo esto así, resulta posible distinguir, por una parte, su soporte físico o *corpus mechanicum* y, por otra, la obra intelectual en sí misma o *corpus misticum*, objeto de la propiedad intelectual.

La distinción, en todo caso, no siempre resulta sencilla, pudiendo requerir un altísimo grado de abstracción por parte de quien la efectúa: en el caso de obras musicales la distinción resulta fácil, pues, por una parte, está la partitura en que se plasma la obra y, por otro, la creación musical que percibimos cuando dicha partitura es ejecutada. Otro tanto ocurre en la literatura, en que no resulta difícil distinguir entre el manuscrito de una obra y la creación literaria misma, pero esta distinción se hace más compleja con las artes figurativas, como la escultura y la pintura, donde la obra, en cierto modo, se confunde con su *corpus*, pues la actividad creadora del artista se explica también por la forma externa de la obra: sin la forma externa, con la cual se identifica, la obra de arte figurativo no existe.

Precisamente por la dificultad apuntada, es que el problema que expondremos se presenta de modo preferente tratándose de las obras de arte pictóricas y escultóricas, donde es, podemos decir, prototípico. Dada esta circunstancia nuestro análisis se circunscribirá a esta clase de obras.

La Ley n.º 17336 protege y regula las formas de expresión que constituyen obras del intelecto, pero no a los soportes físicos o bases materiales donde puedan contenerse dichas obras (tela, mármol, bronce, etc.)[29], que tienen la naturaleza de cosas corporales, y que, como tales, son susceptibles de dominio o propiedad civil. Este hecho agrava el problema de relacionar estas obras de arte con los regímenes económicos matrimoniales. ¿Qué suerte ha

[29] No obstante, la letra e) del artículo 18, introducido por la Ley n.º 19914, de 19 de noviembre de 2003, al disponer que solo el titular del derecho podrá realizar: "La distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley" parece confundir la obra intelectual con su soporte material.

de correr el bien mueble material en que se ha plasmado la obra, hecha por un autor casado en régimen de sociedad conyugal?

En Francia, la Cour de Cassation ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el problema en dos célebres asuntos: en 1956 en el asunto Bonnard[30] y en 1971 en el asunto Picabia[31] y, en términos generales, sostuvo en ambos que los bienes muebles en los que se materializa una obra de arte ha de seguir el destino genérico que sigue todo bien mueble en la comunidad de muebles y adquisiciones, esto es, considerarlo formando parte de la masa común, si bien matizando o atemperando el alcance de esta declaración genérica por la influencia del derecho moral que corresponde al autor respecto de su obra y que le faculta para modificar o, incluso, destruir su obra. Esta solución resulta solo parcialmente extrapolable a nuestra realidad, atendido principalmente al hecho de que ambos fallos razonan sobre la base que el régimen matrimonial imperante era de comunidad de muebles y adquisicio-

[30]A la muerte del pintor Bonnard, los herederos de la conyuge premuerta pretendieron que debían incorporarse a la comunidad las telas creadas y terminadas por el artista antes de la muerte de su mujer. La Corte, Sala 1° Civil, en sentencia de 4 de diciembre de 1956, consideró que el soporte material, en tanto que bien mueble, formaba parte de la masa común del matrimonio en que regía la comunidad legal –y que en Francia era, a la sazón, un régimen de comunidad de muebles y adquisiciones–, aún cuando atemperó el rigor de su tesis por la influencia del derecho moral que correspondía al creador de la obra y que permitía al autor, si es él quien sobrevive –como ocurrió en este caso– modificar e incluso destruir su obra, pero solamente hasta el momento de la partición. La Court de cassation rechazó la tesis de la *Court d´appel* de París, sentencia de 19 de enero de 1953, que, distinguiendo entre las obras acabadas y las que eran simples bocetos o estudios, consideró que sólo las primeras eran comunes, mientras que las segundas eran propias en cuanto elementos de trabajo o de estudio. Esta distinción hecha en el fallo de la *Court d´appel* de París se funda a que en el derecho francés se estima en forma casi unánime por la doctrina y la jurisprudencia, y pese a la falta de un texto expreso, que los instrumento de trabajo de una persona son siempre propios, tesis que, hasta donde sabemos, no se ha planteado en Chile.

[31] El pintor Francis Picabia, teniendo cuatro hijos de un primer matrimonio, vuelve a casarse bajo régimen de comunidad legal. A su muerte, en 1953, surgen discusiones entre los hijos de su primer matrimonio, quienes pretendían que las telas que se encoentraba en su taller formaban parte de la herencia; y la viuda, que sostenía que debían ser consideradas como bienes comunes matrimoniales. La Cour de cassation, sala 1° Civil, en sentencia de 4 de junio de 1971, decidió que las obras creadas antres y durante el matrimonio, formaban parte del activo común, aun cuando no estubieren divulgadas, desde el momento en que el pintor no había manifestado su voluntad de modificarlas o destruirlas. Aplicando el artículo 1401, en su redaccioón anterior a la Ley de 13 de julio de 1965, la Cour de cassation considera incluidas las telas en la masa común como cualquier otro mueble. De igual modo, en vía de reenvío, la Cour de Orleans, en Sentencia de 13 de noviembre de 1975, señala que "el carácter común o privativo de un bien no puede resultar sino de la ley y no de la voluntad de los cónyuges, la divulgación o la no divulgación de la obra pictórica no puede tener en esta consideración ninguna incidencia". Gallego (1998), pp. 254-255.

nes (régimen legal supletorio que rigió en Francia, desde 1804 y hasta 1965), que es distinto a nuestra sociedad conyugal, que es un régimen restringido a gananciales. Así las cosas, solo puede aprovecharse de ellos su premisa, cual es que el soporte material de la obra debe seguir la suerte que le corresponda según su naturaleza mueble o inmueble, sin olvidar el juego que puede llegar a tener el derecho moral del autor.

Atendido lo anterior, y supuesto que las obras artísticas figurativas son, por regla generalísima, bienes muebles, habría de concluirse que, si la obra fue ejecutada antes del matrimonio, ella ingresa al haber social, quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tenía al tiempo del matrimonio, que es la época en que se efectuó el aporte (artículo 1725, n.º 4º); y si la obra fue ejecutada durante la vigencia de la sociedad conyugal, y el soporte fue adquirido a título gratuito, ingresará al haber relativo (artículo 1725 n.º 4); en tanto que si la adquisición se efectuó a título oneroso, ingresará al haber absoluto (1725 n.º 5), salvo el caso que la obra haya sido ejecutada por la mujer, pues en tal caso constituirá un bien reservado y seguirá la suerte de estos a la disolución del régimen.

38. Con lo expuesto podríamos darnos por cumplidos. Sin embargo, hay algo que no resulta satisfactorio en este análisis y que nos impide, de buenas a primeras, aceptar como definitiva la solución en que desemboca. Y es que, aparentemente por lo menos, hay en este razonamiendo un marcado materialismo sabiniano, que no considera el mayor valor que en la materia incorporó el trabajo creativo del autor, su arte. No se diga que con esta observación estamos incurriendo en el error de confundir el soporte material de la obra con la propiedad intelectual, que permanecen como cosas distintas, aun cuando inseparablemente unidas. La mera consideración a la materialidad de la obra, a su materia prima, no da cuenta de la transformación que esta última ha debió experimentar para transformarse en una obra artística. Toda obra artística es el resultante de la unión entre la materia, por una parte, y la creación y el trabajo humano, por otra, y solo si así se comprende puede explicarse que un sencillo lienzo, un tosco bloque de mármol, o un trozo de metal puedan llegar a adquirir un valor tan superior, muchas veces incalculable.

La consideración ya expuesta, de modo natural y casi inevitablemente, nos evoca a la especificación y, particularmente, el hecho de que en dicho instituto el legislador prefiere a la industria y el trabajo cuando el arte transforma la materia en objetos preciosos o de mucho mayor valor. El artículo 662 en su inciso 3º prescribe que la nueva especie pertenecerá al especificante y el dueño de la materia tendrá solamente derecho a la indemnización de perjuicios si

> "[...] en la obra o artefacto el precio de la nueva especie valga mucho más que el de la materia, como cuando se pinta en lienzo ajeno, o de mármol ajeno se hace una estatua [...]",

exigiendo para ello como único requisito por parte del especificante que haya procedido de buena fe, es decir, en la creencia de que la materia era suya o tenía derecho a usarla (artículo 662 en relación con el artículo 667).

La pregunta que surge al curso de estas ideas es si, tratándose de obras ejecutadas durante la vigencia del régimen, la consideración antes expuesta puede subvertir la regla conforme a la cual todos los aumentos que experimentan los bienes sociales son también sociales y producir ahora que la obra artística pase por ello a ser un bien personal o que, por lo menos, permaneciendo social, la sociedad deba recompensa al cónyuge autor por su trabajo. La duda tiene motivo plausible, si tenemos en cuenta que el hecho que los aumentos que experimentan los bienes sociales se consideren también sociales es simple corolario del principio jurídico conforme el cual "lo accesorio siguie la suerte de lo principal" y, *mutatis mutandis*, la aplicación analógica (no directa) de las reglas dadas en materia de *especificación*, permitiría, utilizando el mismo principio, invertir el resultado, pues, como dijimos, en los casos de producciones artísticas, lo principal es la labor creativa.

Nuestra impresión es que lo dicho no altera la naturaleza social del bien, pues, bien mirado, el tratamiento que la regulación de la sociedad conyugal da a los productos del trabajo de los cónyuges, impide tanto la existencia de los presupuestos de la especificación como también de notas comunes o similitudes que justifiquen la aplicación analógica de las normas dadas en dicha materia.

La especificación supone la unión de la materia ajena y el trabajo propio del especificante y, en este caso, en que lo que tenemos es un bien social que experimenta un cambio, una transformación producto del trabajo de uno de los cónyuges, tanto la materia como el producto de la industria de los cónyuges tienen un solo propietario: la sociedad conyugal. Luego, siendo la obra artística, al mismo tiempo, la materia que la constituye, que, como vimos, es social y el producto del trabajo del cónyuge autor, el cual también es social, no cabe sino concluir que ella es también social.

e) La administración del derecho patrimonial de autor

39. Si se admite que los derechos patrimoniales de autor pueden tener el carácter de bienes propios, y cualquiera sea la justificación que para ello se dé, cabe preguntarse si, tratándose de obras cuya titularidad corresponda a la mujer casada en sociedad conyugal, el artículo 18 de la Ley n.° 17336, al prescribir terminantemente que "sólo el titular del derecho de autor o quie-

nes estuvieren expresamente autorizados por él" tendrán derecho de utilizar la obra en alguna de las formas que la misma norma se encarga de detallar en los literales que la integran, introduce o no una excepción a las reglas de administración de la sociedad conyugal, conforme las cuales la administración de los bienes propios de la mujer corresponde a su marido, como jefe de la sociedad conyugal.

40. El claro tenor literal del artículo 18 citado como, asimismo, su carácter especial en relación con las normas de administración de la sociedad conyugal contenidas en el *Código Civil*, unido a la evidente conveniencia que toda determinación respecto a la utilización de una obra quede entregada a su autor, nos llevan a responder afirmativamente a la pregunta planteada, concluyendo que, en la hipótesis descrita la utilización de la obra ha de quedar entregada exclusivamente a la gestión de la mujer, sin intervención de su marido.

Bibliografía

Alessandri Rodríguez, Arturo (1935). *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada (artículo 150 y título 22 del libro iv del Código Civil)*. Santiago: Imprenta Universitaria.

Álvarez Amézquita, David Felipe, Óscar Eduardo Salazar y Julio César Padilla Herrera (2015). "Teoría de la propiedad intelectual. Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía". *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 15, núm. 28, enero-junio. Disponible en www.redalyc.org/articulo.oa?id=100241608006 [fecha de consulta: Mayo 2021].

Coviello, Nicola (1938). *Doctrina general del derecho civil*. Traducción de la 4ª ed. italiana por el licenciado F. De J. de Tena. México: Hispano-Americana.

Gallego Domínguez, Ignacio (1998). "Derechos de autor y régimen económico matrimonial en el derecho civil francés". *Revista Derecho y Opinión*, n.º 6. París.

Guzmán Brito, Alejandro (2005). "*Los derechos sobre las cosas intelectuales o producciones del talento y del ingenio", en autor responsable . Estudios Dogmáticos de Derecho Civil***.** Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Guzmán Brito, Alejandro (2006). *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Herrera Sierpe, Dina (1999). *Propiedad intelectual. Derechos de autor. Ley 17.336 y sus modificaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Jessen, Henry (1970). *Derechos intelectuales de los autores, artistas, productores de fonogramas y otros titulares*, traducción de Luís Grez Zuloaga. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Malaurie, Philippe et Laurent Aynès (1994). *Cours de Droit Civil. Les régimes matrimoniaux, 3e édition*. Paris: Cujas.

Masse, Pierre (1906). *Le droit moral de l'auteur sur son oeuvre littéraire ou artistique*. Bordeaux: Éditorial A. Rousseau.

Medina, Graciela, "Derecho de autor y régimen patrimonial del matrimonio - Ante la posibilidad de una reforma a la ley de propiedad industrial", LA LEY1998-E, 1022

Planiol, Marcelo y Jorge Ripert (1946). *Tratado práctico de derecho civil*. 10ª ed. Traducción española de Mario Díaz Cruz. La Habana: Cultural.

Ramos Pazos, René (2009). *Derecho de familia*. 6ª ed. actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Rengifo García, Ernesto (2009). "El Derecho de Autor en el Derecho Romano". *Revista de Derecho Privado*, n.° 16. Disponible en https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/506 [fecha de consulta: Mayo 2021].

Satanowsky, Isidro (1954). *Derecho intelectual*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, tomo I.

Vega Vega, José Antonio y Virginia Vega Clemente (2020). "Los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de gananciales y regímenes forales análogos". Disponible en www.aeafa.es/files/noticias/2020_06_22_derechos_propiedad_intelectual_sociedad_gananciales_y_forales_analogos.pdf [fecha de consulta: Mayo 2021].

Zapata Sanhueza, José Miguel (1992). *Propiedad intelectual. Régimen general y protección penal en la Ley 17.336*. Memoria de prueba. Concepción, Universidad de Concepción.

Zuloaga Villalón, Antonio (1943). *Derecho industrial y agrícola; explicaciones de clases revisadas por el profesor*. Santiago: Editorial Nascimento.

LA OBLIGACIÓN *IN SOLIDUM* EN EL DERECHO FRANCÉS. SU PROYECTADA ADOPCIÓN POR EL SISTEMA CHILENO

THE OBLIGATION *IN SOLIDUM* IN FRENCH LAW. ITS PROJECTED ADOPTION BY THE CHILEAN SYSTEM

Cristián Eduardo Aedo Barrena[*]
Renzo Munita Marambio[**]

Resumen: El estudio de las obligaciones *in solidum* del derecho francés supone una categoría obligacional de relevante análisis, para quienes, desde las veredas del derecho chileno, discuten en torno a su argumentación normativa. Bien es sabido que Andrés Bello consignó en el *Código Civil* chileno el artículo 2317, el cual regula un caso de solidaridad legal para supuestos de comisión conjunta de delitos y cuasidelitos civiles. Una disposición equivalente no se detecta en el *Code* de 1804 ni en sus posteriores reformas. De aquí que se haya postulado por importantes voces de la doctrina chilena que en nuestro ordenamiento jurídico no tendría cabida una proyección similar a la francesa, al menos desde una perspectiva general. Dicho planteamiento ha sido contestado en la actualidad bajo una serie de argumentos que, aunque deben seguir madurando, reflejan el interés de parte de la academia chilena actual por el reconocimiento de las obligaciones *in solidum*, mejor denominadas concurrentes o por el total no solidarias.

Palabras clave: *In solidum*, concurrentes, solidaridad.

---

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

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

Cabe consignar que este trabajo forma parte de proyecto 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.

Abstract: The study of the obligations in solidum of French law is a category of obligation of relevant analysis for those who, from the sidewalks of Chilean law, discuss about its normative argumentation. It is well known that Bello included in the Chilean Civil Code Art. 2317, which regulates a case of legal solidarity for cases of joint commission of crimes and civil quasi-delicts. An equivalent provision is not found in the Code of 1804 or in its subsequent reforms. Hence it has been postulated by important voices of Chilean doctrine that in our legal system there would be no place for a projection similar to the French one, at least from a general perspective. This approach has been contested at present under a series of arguments that, although they must continue to mature, reflect the interest of part of the current Chilean academy in the recognition of obligations in solidum, better known as concurrent or non-solidarity obligations.

Keywords: *In solidum*, concurrent, solidarity.

Introducción

El estudio de las obligaciones *in solidum* del derecho francés supone una categoría obligacional de revisión obligada para quienes pretenden estudiar el fenómeno desde la vereda de sus propios ordenamientos. El anterior es el propósito que pretendemos acometer en el presente trabajo, en cuya virtud mediante una revisión general de la cuestión desde la base del derecho galo de las obligaciones y de la responsabilidad, analizaremos los contornos de la misma desde las fronteras del nuestro. Bien es sabido que Andrés Bello consignó en el *Código Civil* chileno el artículo 2317, que bajo una mirada tanto general como literal, regula un caso de solidaridad legal para supuestos de comisión conjunta de delitos y cuasidelitos civiles, lo cual no se detecta en el *Code* de 1804, ni en sus posteriores reformas. La inquietud investigativa entonces, se traduce en explorar si a la luz del tratamiento panorámico del derecho francés en la materia, de su evolución y del debate en torno a sus argumentos, pudiera ser posible cobijar entre nosotros el mérito indemnizatorio y general de daños provenientes de diversos hechos generadores de responsabilidad, cuando cada uno de ellos, individualmente considerados, son susceptibles de provocar el mismo daño, de aquí que pueda ser demandado un resarcimiento por la integridad de aquel a cualquiera de los culpables. La interrogante, si bien ha sido abordada por destacados autores en el contexto nacional, consideramos que aún no está resuelta. De manera tal, que vale la pena un esfuerzo más, el cual implica reconocer una problemática que se enfrenta a una triple encrucijada: rechazar la fuerza indemnizatoria de las obligaciones

in solidum, también denominadas concurrentes o por el total no solidarias; aceptarlas al margen del artículo 2317 del CC bajo el presupuesto que dicha disposición no impide su eventual configuración, sino que exclusivamente equivale a un pronunciamiento del legislador para casos comisión conjunta; o, incluso, entenderlas subsumidas dentro de la misma disposición mediante una interpretación amplia a la unidad de acción exigida por la disposición. Pues bien, de conformidad a lo indicado, en una primera parte nos haremos cargo del tratamiento de las obligaciones *in solidum* en el sistema francés de responsabilidad civil (I); para posteriormente ocuparnos del esquema chileno (II).

I. Las obligaciones *in solidum* en el sistema francés[1]

1. La noción de las obligaciones in solidum

Desde el prisma del derecho francés de la responsabilidad civil contractual como extracontractual, el estudio de las obligaciones *in solidum* ha motivado el espíritu analítico de diversos autores a través de las décadas, cuyas conclusiones paradojalmente no han logrado ser reconocidas en los capítulos reformistas al Code de 1804. De hecho, la noción no fue considerada por la ordenanza de 10 de febrero de 2016 que modificó el derecho de obligaciones y de los contratos[2], y tampoco hay certeza si se incorporará en el proyecto de reforma al derecho de la responsabilidad civil presentado por la Cancillería en marzo de 2017, pues recientemente siendo comentado por los senadores Bigot y Reichardt se considera que la responsabilidad por el todo –consignada en dicho proyecto en el artículo 1240, aplicable a daños corporales derivados de supuestos de causalidad alternativa– implicaría derechamente un esquema de responsabilidad solidaria[3]; en palabras de los senadores:

> "Inspirándose en el artículo 1348 del anteproyecto Catala, la Cancillería desea consagrar –solo para los daños corporales– el principio de la *responsabilidad solidaria*[4] de las personas identificadas que actúan concertadamente o en ejercicio de una actividad similar para un daño causado por una persona indeterminada entre ellas. Cada persona respondería

[1] Se hace presente que, si bien en el cuerpo del trabajo se han extraído citas de autores franceses incorporadas en traducciones editadas, la mayor parte de ellas obedecen a traducciones libres de Renzo Munita.

[2] V. LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[3] Bigot et Reichardt (2020), p. 18.

[4] El destacado es nuestro.

> por el todo, a menos de demostrar que ella no pudo haberlo causado. Los 'responsables' contribuirán en seguida entre ellos en proporción de la probabilidad que cada uno haya causado el daño".

Inferimos de lo anterior que el tratamiento de este particular tipo obligacional no ofrece claridades absolutas y sus pilares denotan el esfuerzo de la jurisprudencia y de la doctrina gala por soslayar el despropósito de la mancomunidad –reconducción refleja a consecuencia de la aplicación de la máxima consagrada en el artículo 1202 del *Código de Napoleón*, actual artículo 1310: "la solidaridad no se presume"– incapaz de conseguir soluciones justas a problemas reales configurados en torno a la pluralidad. Lo dicho se aprecia en las palabras de Stéphanie Porchy-Simon, quien enseña:

> "Cuando varias personas causan por diversos hechos generadores un daño único a la víctima, la existencia de una obligación solidaria no en reconocida por la ley, más allá que respecto de hipótesis restringidas (padres por el hecho de sus hijos, coautores de un crimen o de un delito). En los otros casos, la víctima debe entonces teóricamente dividir sus acciones entre los corresponsables, pues a defecto de estipulaciones particulares, ellos están sujetos a una simple obligación conjunta. Ahora bien, los inconvenientes prácticos de una solución similar han conducido a la jurisprudencia al reconocimiento de una obligación *in solidum*"[5].

Por su parte, el ejercicio es más reciente de lo que pudiera pensarse. De aquí que Français Chabas, afirme:

> "La obligación *in solidum* remonta, para decir la verdad, a la noche de los tiempos. Esto no impidió que sólo a mediados del siglo la expresión haya aparecido en los fallos de la *Cour de cassation*"[6].

Desde un plano conceptual, una obligación *in solidum* no debiera ser tenida como una obligación solidaria, por cuanto esta última se distingue de la primera, según lo enseñan algunos, en la carencia de un vínculo de representación entre los responsables; no existe, en definitiva, un mandato tácito y recíproco entre los integrantes del grupo o, en otros términos, no hay una comunidad de intereses entre los involucrados. En este sentido, la figura supone obligaciones de fuente independiente, que carecen de unidad de objeto, pero que significan para el acreedor o para la víctima un idéntico derecho a la indemnización, es decir, un mismo crédito. Así, en palabras de Philippe Malaurie, Laurent Aynès y Philippe Stoffel-Munck, quienes sostienen:

[5] Porchy-Simon (2017), p. 515.
[6] Chabas (2004), p. 101.

> "Desde el lado del acreedor, no existe, en cierto sentido, más que un solo crédito. Pero cada uno de los deudores es sujeto a una deuda distinta: es la gran diferencia con la solidaridad pasiva donde los codeudores son obligados a una misma deuda"[7].

En pluma de otros, y en particular de los célebres George Ripert y Jean Boulanger:

> "la obligación *in solidum* no puede ser una forma degradada de la noción de solidaridad, un artificio de lenguaje que permita eludir la regla según la cual la solidaridad no se presume, pues eso nos llevaría. Ala noción de solidaridad imperfecta que se ha juzgado condenable, no habría sino una sustitución de un vocablo por otro. No es, pues, por la ausencia de representación entre los codeudores por lo que debe caracterizarse la obligación *in solidum*. Lo que puede permitir reconocerle una naturaleza propia, es el hecho de que cada codeudor está obligado a contribuir al pago de una deuda que le es común con otros: en este sentido, puede existir una obligación por el total"[8].

Sin perjuicio de lo indicado, los citados Philippe Malaurie, Laurent Aynès y Philippe Stoffel-Munck revelan en sus letras que la separación entre obligaciones solidarias e *in solidum* no es nítida; en palabras de los autores:

> "La obligación *in solidum* tiende a no ser más que una variedad de la solidaridad, aunque la jurisprudencia sea cautelosa y que varios autores contemporáneos sean de opinión contraria. Con todo, la obligación *in solidum* dista en mayor medida de la obligación conjunta que de la obligación solidaria propiamente dicha"[9].

En el mismo sentido, François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette exponen:

> "La obligación in solidum parece bien ser, en definitiva, una solidaridad endulzada, reinventada después de la renuncia a la aplicación extensiva de la solidaridad estricto sensu, renuncia a la cual la jurisprudencia se resignó en razón de la regla formulada en el artículo 1202. La obligación *in solidum* es una solidaridad que no puede decir su nombre y que la jurisprudencia aplica allí donde el legislador ha omitido preverla, mediando algunas diferencias –la exclusión de efectos secundarios– que a menudo no tienen gran incidencia"[10];

como Philippe Le Tourneau, quien sostiene:

[7] Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck (2017), pp. 761-762.
[8] Ripert y Boulanger (1956), p. 543.
[9] Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck (2017), p. 761.
[10] Terré, Simler et Lequette (2009), p. 1247.

> "En definitiva, al observar la gran similitud de efectos de la responsabilidad solidaria y de la obligación *in solidum*, viene al espíritu que ésta última no es más que una variante que la primera, una modalidad imperfecta desprovista de la mayor parte de los efectos secundarios de la solidaridad pasiva. Cabe agregar, que estos efectos no son de su esencia, habiendo sido agregados por la jurisprudencia al régimen legal"[11].

2. Problemas dogmáticos que plantea la figura

a) Sustento dogmático de obligaciones por el todo

El cuestionamiento va en línea de afirmar que las obligaciones *in solidum* tienen respaldo dogmático suficiente como para no suponer una figura contra ley. La verdad es que no es fácil configurarlo, sea desde la letra del C*ode*, sea desde su completa independencia respecto de las obligaciones solidarias. De aquí que sea afirmado por Pamela Mendoza:

> "la obligación *in solidum* es una institución puramente judicial, que se encuentra justificada principalmente en una pretendida intención de protección a la víctima de un hecho dañoso, que es su fin más loable"[12].

En esta misma línea, la citada profesora sostiene que las obligaciones en análisis no son más que un reflejo de la aplicación de las obligaciones solidarias "a situaciones jurídicas no contempladas en la Ley y que deberían hoy en día estarlo"[13], juicio que, por cierto, compartimos. Y es que tal como reflexionaba Pierre Raynaud, ambas figuras se confunden en un idéntico afán garantista; el autor explica:

> "Podemos en efecto preguntarnos si la oposición que se ha querido ver entre las dos instituciones es tan neta como se ha dicho. ¿La obligación al total de los coautores de un delito es tan diferente de la obligación solidaria? Ella no es más que una modalidad de obligación destinada a bridar garantías al acreedor evitándole la división de acciones y protegiéndolo contra la insolvencia de uno de sus deudores. Pero la obligación *in solidum* de los coautores de un delito ¿tiene otra justificación que la de garantizar las víctimas de la misma manera?"[14].

El desafío implica rescatar, sin embargo, argumentos de doten de normatividad y no de mero voluntarismo la presente empresa. Al margen de lo que venimos de mencionar, y que para nosotros nos parece sustancial, desde

[11] Le Tourneau (2006), p. 465.
[12] Mendoza (2015), p. 61.
[13] *Ibid*.
[14] Raynaud (1981), p. 331.

la perspectiva de una respuesta favorable a la justificación dogmática de obligaciones por el todo, conocida es la línea argumentativa, que, esquivando trabas de orden legal, permite atribuirles caracteres en parte similares a las obligaciones solidarias, y en lo medular, habilita a los acreedores o víctimas de particulares daños a interponer acciones civiles integrales, aun cuando la obligación incumplida no sea puramente solidaria, ya que ni la ley ni la voluntad de las partes la ha entendido como tal.

El ejercicio no supuso una novedad en sí misma, pues los franceses a través de su jurisprudencia no hicieron más que "resucitar la obligación *in solidum*"[15] del derecho romano, así lo manifiestan los Mazeaud. En rigor, tal como exponen los célebres autores:

> "los Romanos admitieron en todos los dominios, al lado de la correalidad o solidaridad perfecta, que no resultaba sino de la voluntad del hombre, una solidaridad imperfecta que tiene su fuente en una culpa común: los coautores culpables de un daño eran obligados *in solidum*, cada vez que no era posible de separar el perjuicio causado por cada uno de ellos; cada uno habiendo concurrido al daño entero debía el todo: solidum"[16].

De aquí que pueda afirmarse que existiría una obligación de esta naturaleza cada vez que detectándose un supuesto de pluralidad de responsables la aproximación solidaria no tenga como reflejo originario ninguna de las fuentes antes mencionadas y no resulte plausible identificar el daño causado por uno de los integrantes de dicha pluralidad. Por lo anterior, el ejercicio "sucedáneo de solidaridad"[17] siguiendo los términos de François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette, siempre ha rondado el espíritu del derecho francés de la responsabilidad civil, aunque no necesariamente en términos pacíficos.

b) Obligación por el todo, una obligación solidaria, aunque imperfecta

El planteamiento va en línea de afirmar que es también una manifestación de responsabilidad solidaria la que permite condenar por el total a los integrantes de la pluralidad. Prueba de ello es, en primer lugar, la jurisprudencia que, fundada en el derecho precedente al *Code* y en fuentes romanas, se inclinó originalmente por ordenar indemnizaciones integrales. Sobre este punto se refieren Marcel Planiol y Gorges Ripert, considerando:

> "Una jurisprudencia sumamente antigua admiten que todas las personas que han coparticipado en un mismo delito o cuasidelito civil quedan

[15] Mazeaud (1956), p. 873.
[16] *Op. cit.*, pp. 872-873.
[17] Terré, Simler et Lequette (2009), p. 1247.

> solidariamente obligadas a su reparación. Esa jurisprudencia tiene su origen en los principios romanos sobre el dolo y la violencia. Si varias personas cometen el delito, todas quedan obligadas a la indemnización total, porque la responsabilidad de uno de ellos no queda disminuida por la culpa de los demás; pero si uno solo indemniza a la persona perjudicada, los demás quedan liberados porque ya no existe daño alguno que reparar. Esa regla fue mantenida constantemente en nuestro antiguo derecho"[18].

En segundo lugar, una proyectable interpretación analógica del artículo 55 del *Código Penal* francés de 1810, norma redactada en los siguientes términos:

> "Todos los individuos condenados por un mismo crimen o por un mismo delito son solidariamente obligados a las restituciones, daños y perjuicios e intereses".

Gabriel Baudry-Lacantinerie y Louis Barde, sobre este particular, presentan una sentencia que razonó como sigue:

> "Considerando que en los términos del artículo 55 del Código Penal, todos los individuos condenados por un mismo crimen o un mismo delito son solidariamente obligados a los daños y perjuicios; aunque el rol de cada uno de ellos en la ejecución de un crimen o de un delito puede haber sido muy distinto y resultar de actos separados; es suficiente, para que sean solidariamente obligados, que hayan más o menos concurrido a la ejecución de un mismo crimen o de un mismo delito; que por analogía, la misma regla debe ser aplicada en materia de cuasi delitos, para la reparación del daño causado; que, en efecto, no hay ninguna diferencia entre el delito y el cuasi delito desde el punto de vista del daño causado"[19].

Y, en tercer lugar, una "solidaridad virtual" que podría extraerse del artículo 1382 del C*ode* (actual artículo 1240), cuestión que infiere Larombière, indicando: "la solidaridad resulta así virtualmente de las disposiciones del artículo 1382"[20]. La idea que hay detrás de lo expuesto es que cada uno es responsable por los daños generados a consecuencia de sus actos culpables, la cual es capaz de albergar una suerte de solidaridad virtual al no ser posible identificar concretamente al autor.

Más allá, el ejercicio, disperso en fundamentos, ganó cierto orden una vez incorporado en el análisis la reflexión conducente al reconocimiento de

[18] Planiol y Ripert (1945), p. 382.

[19] Baudry-Lacantinerie et Barde (1907), pp. 413-414, citando sentencia de la CA de Caen, de 5 de marzo 1894, D.P., 95. 2. 329.

[20] Larombière (1862), p. 45.

lo que se denomina solidaridad imperfecta, aspecto que revisamos a continuación. En el estudio de la génesis de las obligaciones por el todo, no debe desatenderse que en el mismo artículo 1202 del C*ode* hoy 1310, antes citado, se detectó un interesante argumento en el sentido de evadirlo, pues fue afirmado que dicha norma es exclusivamente aplicable a casos de solidaridad pura o perfecta. La interpretación esbozada se ve favorecida, pues en el C*ódigo* francés, ni antes ni ahora, se concibe una norma similar al artículo 2317 del C*ódigo* de Andrés Bello. Luego, el silencio de la ley permite, al menos, no contradecir ningún mandato expreso o aparente del legislador en el sentido de limitar la aproximación solidaria solo a los daños civiles cometidos en coautoría, tal como se afirma usualmente desde la perspectiva chilena. En línea con lo mencionado se opone a una solidaridad pura o perfecta, la noción de solidaridad imperfecta o impropia, que a su turno ha significado un conocido argumento sustantivo en pos de una condena por el todo.

La articulación de la indicada distinción, obra de Frédéric Mourlon, y Charles Aubry y Charles Rau, se endereza básicamente en que el ejercicio solidario no debe limitarse a figuras en las cuales sea posible reconocer un mandato en los términos ya indicados, por cuanto pueden darse situaciones en las cuales los coobligados no tengan ningún tipo de vínculo entre sí, cuestión que hace excluir la idea de representación mutua, pero no la idea de solidaridad. Así, el primero de los citados autores, proyecta la solidaridad imperfecta, como sigue:

> "Acontece a menudo que varias personas están obligadas solidariamente, en circunstancias que no son codeudores solidarios propiamente dichos. Tal como en la solidaridad perfecta, el acreedor tiene derecho de perseguir cada uno de los deudores por el todo, de igual manera, en la solidaridad imperfecta, cada uno de los codeudores puede ser constreñido a pagar la deuda entera; limitándose a ello el derecho del acreedor. No existe, en efecto, ningún vínculo, ninguna asociación entre los codeudores, los cuales están obligados en virtud de una solidaridad imperfecta; no son mandatarios o representantes los unos de los otros, ni respecto de recibir las acciones del acreedor, ni respecto de perpetuar la obligación"[21].

A su turno, los segundos autores, si bien incorporan la referencia a las obligaciones *in solidum* (sin referirse expresamente a una solidaridad imperfecta), lo hacen desde la base de reconocer en su opuesto una solidaridad perfecta. Respecto de las primeras, consideran que se fundamentan en "ra-

[21] Mourlon (1832), p. 564.

zones de orden público o para la garantía de ciertos intereses"[22], desprendiéndolas de diversas disposiciones legales vigentes a la época de sus escritos, considerando que:

> "las disposiciones de esta naturaleza no crean, directamente o por ellas mismas, obligaciones perfectamente solidarias. Ellas confieren solamente al acreedor el derecho de perseguir el total contra una u otra de las personas responsables, y de provocar contra todos una condena solidaria"[23].

c) Cuestionamientos a la solidaridad imperfecta y su tránsito a las obligaciones *in solidum*

La idea de solidaridad imperfecta nunca ha comulgado completamente con la ausencia de reconocimiento legal de este tipo de obligaciones, llegando a ser considerada por Gabriel Marty y Pierre Raynaud como dotadas de un fundamento "extremadamente frágil"[24] por lo que provoca que el argumento carezca de vigor normativo suficiente. En este sentido Louis Josserand sostiene:

> "No existen, en nuestro derecho francés, dos formas de solidaridad pasiva, una perfecta, que comportaría la idea de representación, otra imperfecta, que no recibiría la noción del mandato mutuo y cuyos efectos se resumirían en la obligación en la obligación del todo: correspondería a los casos en que la solidaridad se establece fuera de la voluntad de los codeudores y en que, por consiguiente, la suposición de un mandato convencional recíproco resulta inadmisible [...]"[25].

Lo mismo puede ser leído en las letras de Georges Ripert y Jean Boulanger, quienes afirman:

> "Esta distinción de las dos clases de solidaridad ha sucumbido tanto en la doctrina cuanto en la jurisprudencia. Se le ha reprochado en primer término carecer del apoyo de los textos: por doquier la ley habla de solidaridad, la supone siempre homogénea y no conoce sino una. La distinción que se pretendía hacer era por tanto puramente arbitraria y hubiese constituido una innovación con respecto a nuestra tradición jurídica. En segundo lugar, su punto de partida era falso; hemos denunciado ya la confusión que implica esa teoría, entre el mandato y la representación (núm. 206; t. IV); la representación es aquí la forma jurídica de una especie de comunidad de intereses que establece la solidaridad

[22] Aubry et Rau (1935-1938), p. 29.
[23] *Op. cit.*, pp. 31-33.
[24] Marty et Raynaud (1962), p. 800.
[25] Josserand (2014), pp. 479-480.

> entre los deudores; ahora bien, esa especie de solidaridad puede existir, cualquiera que sea el origen de la deuda. Se puede también observar que los partidarios de la solidaridad imperfecta nunca pudieron ponerse de acuerdo sobre la lista de casos en que debía admitirse"[26].

Sin perjuicio de lo anterior, se desprende del citado Louis Josserand, que la impertinencia de las obligaciones solidarias imperfectas no ha impedido que mediante el reconocimiento jurisprudencial de las obligaciones *in solidum* se logre superar precisamente la objeción "sacada de la unidad de la solidaridad"[27]. Cuestión a la cual también hacen alusión Georges Ripert y Jean Boulanger, haciendo presente que:

> "la rigidez de la teoría de la solidaridad, tal como lo han establecido los textos de Código y las decisiones de la jurisprudencia, responde mal en ciertos casos a las necesidades de la práctica"[28],

agregando, luego, que para superar los problemas antes mencionados "se ha imaginado" la oposición entre la solidaridad y la obligación *in solidum*, en cuya virtud:

> "Es la propia naturaleza, o el origen, de la obligación lo que hace que el acreedor se halle en posición de reclamar una prestación determinada a varios deudores"[29].

El paso de la obligación solidaria impropia a la obligación *in solidum* es también expuesto en Chile por Hernán Corral, quien afirma:

> "Posteriormente, la doctrina francesa profundizó más la diferencia y, siguiendo a los romanistas de la época, transitó desde la idea de la solidaridad imperfecta hacia la noción de obligaciones *in solidum*. Ya no se trataba de una diferencia de grado o de la intensidad de los efectos, sino de la propia naturaleza del fenómeno obligacional. No se trataba, según estos autores, de una variante o modalidad de la obligación solidaria, sino de una categoría obligacional autónoma que se distinguía netamente de la solidaridad no solo en materia de efectos. Esta autonomía estructural la encontraban en la pluralidad de obligaciones que se da en las obligaciones *in solidum*, a diferencia de la unidad obligacional que caracteriza a la solidaridad"[30].

[26] Ripert y Boulanger (1956), pp. 540-541.
[27] Josserand (2014), p. 481.
[28] Ripert y Boulanger (1956), p. 541.
[29] *Ibid*.
[30] Corral (2019), p. 248.

3. La exploración de su fundamento

El punto es relevante, pues ha motivado a la doctrina a explorar diversos fundamentos, distintos evidentemente al de la solidaridad imperfecta, que permitan justificar el mencionado recurso por el todo. Para algunos juristas se ha entendido que es la fuerza misma de las cosas la que vertebra la comentada aproximación, toda vez que, de otro modo, se entendería como solidaria una obligación que ni la ley ni la convención ha pensado como tal lo cual resulta impertinente[31]. Es en sentido como se pronuncia Charles Demolombe, ilustrando:

> "Defendemos, al contrario, que la obligación *in solidum* tiene lugar independientemente de toda disposición de la ley; ella tiene lugar por la fuerza misma de las cosas, por la necesidad de situaciones, cuando, en efecto, emana de estas situaciones una obligación tal, por su propia constitución, en que varios se encuentran obligados por el todo. La voluntad de las partes o la disposición de la ley sería sin duda indispensable para volverla solidaria. Es por esto por lo que ella no es solidaria, permanece simplemente *in solidum*, cada vez que ni la voluntad de las partes ni la ley no hay incorporado la calidad accidental de la solidaridad"[32].

Para otros la pertinencia de la obligación *in solidum* se robustece en la idea de indivisibilidad. En este sentido, a diferencia del incumplimiento de una obligación solidaria, en la cual existe una única causa o vínculo conector entre el hecho generador y el daño, en el ámbito de las obligaciones *in solidum*, el comportamiento de cada uno de los codeudores o de los coagentes suponen una

[31] Cabe mencionar que respecto de especiales supuestos, parte de la doctrina se negó en su minuto a atribuirles la dimensión de obligaciones *in solidum*, aun cuando aquello había sido a su turno resuelto. En este sentido, Gabriel Baudry-Lacantinerie y Louis Barde, hacen presente respecto del derecho de alimentos (ejemplo que la doctrina propone a su turno como reconocimiento de las indicadas obligaciones), que no es por la naturaleza de las cosas que el padre y la madre se encuentren sometidos a una obligación *in solidum*; en términos de los autores: "Es de la naturaleza misma de la obligación que cada uno no pueda ser demandado que por su parte. De la misma forma en que ellos han participado en la procreación del hijo, de igual forma son llamados a participar en los gastos de educación. Desde que estos gastos deban ser integralmente asumidos, resulta, sin dudas, que, si uno de los dos esposos es solvente, debe pagar la totalidad de la deuda; pero cuando el padre y la madre tienen recursos, no debe ser pretendido que cada uno de ellos pueda ser demandado por el todo" (1907), p. 423.

[32] Demolombe (1873), pp. 84-85; en este mismo sentido se pronuncia Vincent (1939), p. 668, empleando los términos: "necesidad de las situaciones". El recién citado autor expone una reflexión que nos parece de suma relevancia: "El carácter de la obligación *in solidum* es entonces una forma de ser de la obligación; no hay aquí ninguna derogación al derecho común [...] los principios generales de derecho de las obligaciones deben ser suficientes para reglar los diversos problemas que revela la existencia de tal situación", *ibid*.

diversidad de comportamientos culpables involucrados, con la particularidad en que cada uno de dichos comportamientos es susceptible de ser tenido como causa del daño, cuestión equivalente a proyectar un problema de indivisibilidad en la causalidad[33]. Partidario de esta posición es René Meurisse, quien explica:

> "ella debe encontrar su fundamento y su razón de ser no en la indivisibilidad de las culpas cometidas por los coautores, porque estas culpas son perfectamente distintas las unas de las otras, no suponen un acuerdo previo, pueden ser unas de comisión, otras de omisión, intencionales o involuntarias, probadas o presuntas, simultáneas o sucesivas, tampoco en la indivisibilidad de la reparación del daño, pues la indemnización de perjuicios es perfectamente divisible, pero sí en la indivisibilidad del vínculo causal entre la culpa y el daño. Es porque cada culpa es por ella misma causa del daño que la obligación de reparar todas las consecuencias pesa sobre cada un de los coautores"[34].

Una distinción en la indivisibilidad puede también detectarse en este punto, pues se proyecta el mismo efecto teniendo como enfoque al daño. Tributario de lo antes mencionado es Alain Bénabent, quien afirma:

> "Se trata de una creación jurisprudencial calcada sobre la solidaridad. Ella encuentra su justificación en la idea muy simple, que cada uno sería responsable del daño entero como si fuera solo, y puede ser tratado como tal por la víctima desde que el daño es indivisible"[35].

Es del caso hacer presente que la diversidad de enfoques de la mencionada indivisibilidad había sido anteriormente constatada por León Mazeaud, quien explicaba el fenómeno enseñando:

> "Sin duda la jurisprudencia emplea bien a menudo otros términos; ella invoca la indivisibilidad de la culpa o la indivisibilidad del hecho dañoso,

[33] De igual manera, el punto ha sido tratado exclusivamente desde la óptica del análisis de la causalidad, que va más allá de la proyección intelectual de la indivisibilidad del elemento. En este ejercicio, Quézel-Ambrunaz (2010), p. 600, considera como insatisfactorio entender como fundamento de la obligación *in solidum*, la aplicabilidad de la equivalencia de las condiciones, pues: "si esta teoría puede atribuir un rol causal al autor de cualquier condición sine qua non del perjuicio, ella no contiene ninguna información relativa a la divisibilidad eventual de la deuda de reparación", proponiendo retener el fundamento, más bien, en la noción de "balanza de causalidad (que en palabras del autor obedece a un esquema de 'comparación de roles de la víctima impecable y de cualquiera de los corresponsables, atribuyendo a este último un rol infinitamente superior en la realización del daño', combinada con la del movimiento de valor: cada uno debe el todo, pero el todo no es debido más que una sola vez", *ibid.*

[34] Meurisse (1962), p. 41.

[35] Bénabent (2016), p. 507.

> o la indivisibilidad del daño, o también la imposibilidad de determinar la proporción en la cual cada culpa ha concurrido al daño. Por estas expresiones revienen siempre en el fondo a expresar la misma idea: cada uno es obligado al todo porque cada uno ha causado todo"[36],

reiterando más adelante:

> "Así cualquiera que sea la fórmula empleada por las sentencias, ella expresa siempre más o menos claramente la idea esencial: la obligación de cada uno al todo viene de que cada uno por si mismo ha causado todo el daño"[37].

Es lo que, a su turno, Geneviève Viney y Patrice Jourdain exponen, diciendo:

> "La sola condición de orden general es que el hecho que se le reprocha al demandado haya realmente 'causado' el daño respecto del cual el tercero igualmente ha participado. En otros términos, es necesario que las consecuencias de la actividad de los coautores sean indisociables, que el daño sea indivisible"[38];

noción sobre la cual Marc Mignot sienta la base de la obligación por el todo, sosteniendo:

> "La obligación a la reparación integral está en fin condicionada por la indivisibilidad del daño. Por este carácter queremos decir que la actividad de cada coautor da nacimiento a la totalidad del daño y que es imposible determinar la parte causada especialmente por uno de ellos"[39],

sin que sea posible aplicar, agregamos, la ecuación causalidad parcial = responsabilidad parcial, sobre la que Boris Stark[40] se pronunció críticamente hace algunas décadas.

Se ha levantado, asimismo, la noción de garantía como fundamento plausible, representándose la posición en la que se sitúa cada coobligado respecto de los daños cometidos por los demás, en que además de ser responsable del daño cometido por ellos, puede ser puesto en posición de indemnizar el daño por el mismo causado. El citado fundamento es recogido por Rémy Cabrillac, para quien:

---

[36] Mazeaud (1930), p. 147.
[37] *Op. cit.*, p. 148.
[38] Viney et Jourdain (2006), p. 304.
[39] Mignot (2002), p. 206.
[40] Stark (1970).

> "A pesar de las diferencias de régimen con la obligación solidaria, la obligación *in solidum* participa de la misma idea, la protección de la víctima. Cada coautor es deudor por su parte y garante por la de los otros: la víctima no tiene que dividir su persecución y soportar la insolvencia de uno de los deudores. Así se explica que la Corte de Casación renuncie a censurar las decisiones de los jueces de fondo que emplean un término en lugar de otro"[41].

Al cual Chistian Larroumet y Sara Bros le conceden el favor al señalar:

> "Es verdad que el fundamento de la obligación *in solidum* de los corresponsables de un daño es discutido, algunos aprecian una indivisibilidad de la causalidad, mientras que otros ven una garantía en el interés de la víctima. En realidad, la segunda justificación parece imponerse a la luz del derecho positivo respecto de otros problemas de causalidad y, en particular, en lo que concierne la exoneración parcial por la culpa de la víctima" [42];

y sobre el que Français Chabas ya se había pronunciado, argumentando:

> "La persona obligada al todo es muy a menudo presentada como el garante de su coautor. La mayoría de las veces, cada autor es considerado como causa de una simple parte del daño. Pagar el todo es entonces para él, pagar su parte y la de su coautor. Esta afirmación ha devenido un postulado considerado como indiscutible y que pocas personas se atreven a cuestionar"[43].

Adhiere también a esta postura, Marc Mignot, formulando:

> "La obligación al total de los coautores de un mismo daño se funda en la superposición de dos relaciones, la relación fundamental, por una parte y la relación de garantía, por otra parte. Esta última relación se encuentra en dependencia unilateral con la primera relación. La relación fundamental constituye la causa objetiva de la relación de garantía. Para que la relación de garantía exista completamente, resulta necesario que la relación fundamental

[41] Cabrillac (2010), p. 288.

[42] Larroumet et Bros (2018), pp. 786-787. Los citados autores cuestionan, además, la teoría de la indivisibilidad, aduciendo: "La indivisibilidad del vínculo de causalidad implica que no es posible fraccionar las causas del daño. Entonces no comprendemos porque lo que no se puede hacer en las relaciones entre los corresponsables y la víctima, podría hacerse en las relaciones entre los corresponsables, autorizando el recurso del que ha pagado contra el otro", nota 3, p. 787; y a continuación: "Cuando la víctima ha cometido una culpa, ella debe soportar una parte de su daño, lo que demuestra que la causalidad es divisible", nota 4, p. 787.

[43] Chabas (1967), p. 313.

> exista igualmente en plenitud. La existencia de esta relación de garantía supone que la relación fundamental sea establecida respecto de todos los coautores. En el cuadro de la garantía mutua, la víctima puede perseguir uno solo de los coautores demostrando que su responsabilidad está comprometida"[44].

4. *Obligaciones* in solidum *y obligaciones solidarias, una cercanía evidente*

Lo dicho revela, desde luego, una evidente cercanía entre la lógica que envuelve a las obligaciones *in solidum* y las obligaciones solidarias; la cual se manifiesta en sus efectos, aunque no completamente. Así las cosas, si bien existe una plena identificación entre ambas con el efecto principal de la solidaridad pasiva, la separación es perceptible a la luz de sus efectos secundarios los cuales en principio no son atribuibles a las obligaciones *in solidum*, pues –nuevamente– la independencia de los vínculos obligacionales obstaculizan la representación mutua, elemento siempre presente en la solidaridad, y desde donde derivan aquellas consecuencias. Lo dicho se aplica, entonces, a propósito de la interrupción de la prescripción, de la constitución en mora, de la excepción de cosa juzgada, entre otras materias. No debemos decir que el ejercicio intelectual resulte definitivo, pues doctrina autorizada trae a colación jurisprudencia en la que la indicada inaplicabilidad de efectos resulta menos nítida de lo dogmáticamente defendible. En este sentido Philippe Malaurie, Laurent Aynès y Philippe Stoffel-Munck evocan:

> "Sin embargo la jurisprudencia alcanza por otras vías resultados idénticos a los que habrían producido los efectos secundarios de la solidaridad, lo que demuestra que la diferencia entre solidaridad pasiva y obligación *in solidum* no está zanjada"[45].

Por otra parte, es del caso mencionar que el pago de la deuda o de la indemnización exigida a uno de los deudores o de los agentes involucrados libera a los demás de dicha obligación, pues debe ser asumida por el todo. Se hace presente que subsiste el derecho para repetir respecto de los demás integrantes del grupo, sea por partes iguales, sea en atención a diversas aproximaciones porcentuales. Por la primera alternativa se ha inclinado León Mazeaud, diciendo:

> "[...] el que ha indemnizado a la víctima por la totalidad del perjuicio sufrido puede dirigirse contra los otros y reclamarles el reembolso de

[44] Mignot (2002), pp. 411-412.

[45] Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck (2017), p. 765.

> sus partes calculadas en la deuda común. Al contrario, en los vínculos entre los coautores con la víctima, cada uno es obligado al todo porque cada uno por si mismo ha causado el daño; no hay más que una estricta aplicación del artículo 1382 del Código Civil. Y como el artículo 1382 no vincula a esta obligación los caracteres particulares de la solidaridad, se está en presencia de una obligación *in solidum*, a menos que textos excepcionales no vengan, respecto de especies particulares, a decidir de otra manera. En una palabra, los codeudores delictuales son respecto de la víctima obligados cada uno a reparar la integridad de los daños, sin ser por eso codeudores solidarios, y el que ha pagado el todo puede recurrir contra los otros para efectos del reembolso de sus partes viriles en la deuda común"[46].

Respecto de la amplitud de la segunda alternativa, se ha enseñado por Français Chabas que:

> "La modalidad de la contribución a la deuda fue durante largo tiempo la repartición en función de la gravedad de las respectivas culpas. Cuando aparecen las responsabilidades objetivas, la C*our de cassation* dejó un poder soberano a los jueces del fondo para apreciar la parte de responsabilidad de cada uno, autorizándolos para proceder a la repartición por parte iguales únicamente cuando no puedan llegar a determinar la parte respectiva de los coautores. El poder soberano es actualmente concedido también al juez del fondo cuando la contribución tiene lugar entre coautores culposos"[47].

Es del caso hacer presente que ambas formas de repartición de la carga contributiva han sido reconocidas en litigios que forman parte de un mismo contencioso. Es como puede apreciarse a propósito de los daños vinculados a la distribución del medicamento Distilbène, el cual fue distribuido en la década de 1960 en Francia con el propósito de evitar partos prematuros. Es del caso de hacer presente que a la época de su distribución ya se registraban estudios que advertían riesgos asociados, los cuales lamentablemente se comprobaron como efectivos, en la edad adulta de las hijas de las mujeres a las cuales se les recetó el fármaco. En particular, presentaron cuadros de cáncer de útero. La Corte de Casación condenó *in solidum* a los laboratorios involucrados, ordenando en dos fallos[48]: "Pertenece a cada uno de los laboratorios probar que su producto no estaba en el origen del daño". Por lo indicado la víctima podía demandar por el total a cualquiera de los laboratorios.

[46] Mazeaud (1930), p. 176.

[47] Chabas (2004), pp. 102-103.

[48] Stuard con S.A. UCB Pharma (2009); Ferrero con S.A. UCB Pharma (2009).

El derecho al reembolso de parte del laboratorio condenado se hizo efectivo –punto que nos interesa aquí– y, si bien en principio se validó la tesis de la igualdad[49], posteriormente la jurisprudencia se abrió a reconocer una distribución que consideró la participación del laboratorio en el mercado a la época de la distribución del medicamento[50].

El derecho a repetir entre los coautores, en cuanto a principio, es también objeto de oscuridad, por cuanto es posible de entender que bajo la lógica de la independencia obligacional entre los codeudores o coagentes respecto del acreedor o del dañado –ausencia de unidad, rasgo distintivo de las obligaciones *in solidum*– no debiera existir dicha prerrogativa[51]. En términos simples, cada codeudor paga lo que debe, de aquí que nada, en principio, pueda recuperar. En rigor, en el derecho romano tampoco habría existido dicho derecho, así lo afirma Jean Français en los siguientes términos:

> "Si revisamos los obligados *in solidum*, debemos constatar que no hay ninguna comunidad de intereses en torno a este género entre los individuos, que lo más probable es que se ignoren. De aquí, que ningún recurso sea posible. Con todo, para atenuar el rigor de este principio, Ulpiano nos enseña en el mismo fragmento que le es permitido al deudor que paga en solidum de hacerse ceder las acciones del acreedor contra sus codeudores, siempre que no hubiera cometido robo. El reconocimiento de este beneficio de cesión de acciones deja sin embargo intacto el principio enunciado".

Sin perjuicio de lo anterior, es el argumento de la equidad el que ha permitido enderezar la acción restitutoria, así lo expone Français Chabas, que, tras cuestionar otros órdenes de fundamentos, considera: "Todas estas razones incitan a pensar que finalmente el recurso entre los coautores es injustificable en derecho; solo, la equidad puede fundarlo"[52]. Idea que profundizan Geneviève Viney y Patrice Jourdain, manifestando:

> "En Francia, aún los autores que fundan la obligación *in solidum* sobre la indivisibilidad absoluta del vínculo causal, si bien manifiestan una cierta reticencia respecto de este principio (el de repetición)[53] que no va en la lógica de su teoría, lo admiten, no obstante, justificándolo en un llamado a la equidad"[54].

[49] SA UCB Pharma con S.A.S. Novartis Santé Familiale y otros (2012).
[50] SA UCB Pharma con Valérie, Marie P. (2016).
[51] Français (1936), p. 24.
[52] Chabas, (1967), p. 33.
[53] El paréntesis es nuestro.
[54] Viney et Jourdain (2006), p. 308.

Lo que acabamos de explicar es igualmente debatido entre los científicos de la obligación *in solidum*, cuestionando la equidad. De hecho, Marc Mignot a este respecto considera:

> "M. Chabas admite que el *solvens* pueda recurrir sobre el fundamento de la equidad. La explicación puede parecer insuficiente. Hay que dar un fundamento técnico al recurso del *solvens* que pueda determinar su régimen"[55].

Incluso, más atrás el mismo autor evoca a propósito del aludido fundamento: "Técnicamente, este principio, mas bien vago, no explica nada"[56]. En síntesis, para Marc Mignot, el derecho a reembolso no sería sino una explicación de la unidad de objeto que también supondría este tipo obligacional, pues,

> "resulta entonces muy difícil sino imposible, sobre el plano teórico, acordar un recurso al codeudor *solvens* admitiendo que cada codeudor debe un objeto propio"[57].

Abordado el planteamiento respecto de la pertinencia del principio tendiente a la repetición, y más allá de lo enseñado por Marc Mignot, resta explorar la forma en como aquel se concretiza, cuestión que ha sido explorada desde la lógica de la subrogación o del ejercicio de una acción personal, alternativa que, a su vez, debe proyectarse en concordancia con quienes postulan las obligaciones *in solidum* desde la perspectiva de la indivisibilidad, o desde la garantía, ambas de opuesta densidad. En atención a lo expuesto, los citados Geneviève Viney y Patrice Jourdain, razonan:

> "Los autores que fundan la obligación *in solidum* sobre la idea de garantía han en efecto alegado en favor de la subrogación que corresponde adecuadamente a su concepción porque el coobligado perseguido por el todo, ha, según ellos, pagado, además de su propia deuda, la de los coautores, a título de garante, cumpliendo así las condiciones que el artículo 1251-3° (antiguo[58]) del Código Civil impone para conferir el beneficio de la subrogación legal desde que es obligado 'con o por otros'.
>
> En contra, los partidarios de la indivisibilidad del vínculo causal han tomado el contrapié de esta demostración. Estimando que el obligado *in solidum* no paga la deuda de otro, sino que únicamente su propia deuda, sosteniendo que el artículo 1251-3° (antiguo[59]) es acá inaplicable y

[55] Mignot (2002), p. 247.
[56] *Ibid*.
[57] *Ibid*.
[58] El paréntesis es nuestro.
[59] El paréntesis es nuestro.

> que el recurso no puede entonces ser fundado que sobre las relaciones personales entre los coobligados"[60].

Por su parte, en materia de corresponsabilidades contractuales, afirman los antes citados autores, se observa

> "una tendencia a justificar el recurso entre los diferentes cocontratantes de una víctima sobre el fundamento de una acción personal. Cuando los cocontratantes d la víctima no son vinculados contractualmente entre ellos, el recurso consistirá en el ejercicio de una acción en responsabilidad delictual"[61].

5 Sobre su campo de aplicación

El campo de aplicación de este tipo obligacional es amplio, y, si bien doctrina autorizada proyecta su limitación a casos ajenos a la responsabilidad contractual. Es lo que al menos Françoise Terré, Philippe Simler e Yves Lequette afirman bajo la perspectiva de lo ordenado por la jurisprudencia, considerando que:

> "La obligación *in solidum* no podría sin embargo suplir, en materia contractual, la ausencia de cláusula expresa de solidaridad, lo que se traduciría en la negación de la hipótesis de pluralidad de obligados no solidarios. Así la Corte de Casación a justamente juzgado que los comutuantes no podían en la ausencia de indivisibilidad de la obligación, ser condenados *in solidum* al reverso de la deuda"[62].

Aunque, a decir verdad, la Corte de Casación ha aplicado el ejercicio *in solidum* también en el ámbito contractual, es necesario mencionar que dicha aproximación exige algunas advertencias, pues, tal como comenta Olivier Deshayes:

> "Cuando varios deudores son obligados en virtud de un mismo contrato a la ejecución de una obligación, jamás son obligados *in solidum* a la reparación del daño causado por la inejecución [...]. Sea se comprometieron solidariamente y su obligación es solidaria. Sea ellos se comprometieron sin solidaridad, conjuntamente, y entonces cada uno no debería ser obligado que, de las consecuencias del incumplimiento de su parte en la obligación, al menos cuando la obligación es divisible. La obligación *in solidum*, este 'sucedáneo de la solidaridad' no tiene vocación a aplicarse

[60] Viney et Jourdain (2006), p. 313.
[61] *Op. cit*. p. 316.
[62] Terré, Simler et Lequette (2009), p. 1250.

> más que en la hipótesis de incumplimientos a obligaciones contractuales surgidas de contratos distintos"[63].

Teniendo claro lo anterior, y en palabras de Christian Larroumet y Sara Bros:

> "Es el sistema de la obligación denominada *in solidum* de corresponsables de un daño. Poco importa que ellos sean obligados unos contractualmente y otros extracontractualmente. La solución, no se funda, en efecto, sobre la naturaleza de la responsabilidad"[64].

Más allá, el abanico de supuestos respecto de los cuales se ha considerado por la jurisprudencia el ejercicio *in solidum* es amplio, y abraza una diversidad de ámbitos, entre los que destacan la obligación alimenticia, la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual[65].

Habiendo abordado panorámicamente el tratamiento de las obligaciones *in solidum* en el derecho francés de obligaciones y de responsabilidad civil, pasemos a ocuparnos a su discutida cabida en el esquema chileno.

II. La discusión en el derecho chileno

1. El antecedente de la discusión: el artículo 2317 del Código Civil *chileno*

El traslado de la figura en análisis al sistema chileno ha tenido un devenir distinto, en la medida que el *Código Civil* chileno, a diferencia del francés y de todos aquellos atentos a su tradición, consagró una regla de responsabilidad solidaria en el caso de concurrir copartícipes del daño. Andrés Bello fue, por consiguiente, original[66]. En este sentido, para configurar la regla de solidaridad,

---

[63] Deshayes (2016), p. 21.

[64] Larroumet et Bros (2018), p. 787.

[65] Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck (2017), p. 762-763.

[66] Una excepción importante, aunque posterior al *Código Civil* chileno, lo es el *Código Civil* italiano, de 1865. El artículo 1156 estableció: "Se il delitto o quasi-delitto è imputabile a piú persone, queste sono tenute in solido al risarcimento del danno cagionato". El *Codice Civile Universale Austriaco* per Regno Lombardo-Veneto, de 1815, con una amplísima regulación de reglas de responsabilidad, también contiene una regla de solidaridad, en el artículo 1302: "In questo caso, se il danno è stato dato per colpa e se possa determinarsi quello da ciascuno cagionato, ognuno è risponsabile soltanto pel danno recato pero sua colpa. Se poi il danno è stato dato con propósito, o se non cosa conocersi in qual parte vi abbia ciascuno contribuito, sono tutti obbligati solidariamente, salvo a quello che lo avesse risarcito il diritto di regresso

la doctrina está de acuerdo que se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos[67]:

a) concurrencia de dos o más personas;
b) que hayan actuado con dolo o culpa;
c) unidad de daño;
d) unidad de acción.

Veamos brevemente cada uno de ellos.

En cuanto a los sujetos, hay acuerdo en la antedicha concurrencia de sujetos puede presentarse, haya o no acuerdo previo entre ellos, alcanzando, incluso, a cómplices[68]. De lo que se desprende que la norma contempla, al menos, dos casos distintos: aquel en que las partes acordaron la realización de un ilícito, o no. Así, en cuanto al acuerdo en su realización, tanto Arturo Alessandri, como Enrique Barros, se ponen en la hipótesis que exista concierto de voluntades o, al menos, el hecho ha de tener una orientación final que es compartida[69]. Si ello fuese así, *resulta difícil pensar que la norma pueda configurarse en las hipótesis de culpa* (de ahí que Robert Pothier la restringiera a los delitos únicamente), porque la unidad de propósitos parece excluirla. Con mayor razón, pensamos, el cómplice, para tener aquella calidad, debe, al menos, haber aceptado el resultado (no solo preverlo) y, por consiguiente, no parece poder configurarse un caso de una complicidad culposa.

Por otro lado, puede afirmarse que el artículo 2317 cabe presentarse en la hipótesis en que las partes no han tenido un concierto previo, particularmente en las hipótesis conocidas como de causalidad alternativa, es decir, cuando dos cursos causales independientes, sin concierto previo, son capaces de producir el mismo resultado. El ejemplo que emplea Claus Roxin, para criticar la teoría de la equivalencia de las condiciones, es la hipótesis en que A y B viertan veneno, independientemente, en el vaso de C[70]. Enrique Ba-

verso gli altri". Aunque Andrés Bello cita *Las Partidas* como fuente, no se encuentra norma similar en la tradición española, que pudo haberla recogido de *Las Partidas*: ni en el proyecto de 1836 ni en el de 1851, de Florencio García Goyena, ni en el de 1889, encontramos alguna referencia a la responsabilidad frente a la cocausación del daño. Sin perjuicio de lo anterior, Florencio García Goyena admitirá la solidaridad tratándose de delitos o faltas. Véase García (1973), p. 94. Pero, sobre este punto, es importante hacer la salvedad, como se hemos explicado que, en el proyecto de 1851, como ocurrirá en lo sucesivo con la tradición española, la responsabilidad civil derivada de delito es una cuestión ajena al C*ódigo Civil*. García (1973), p. 252, solo se limita a señalar el artículo respectivo del C*ódigo Penal* que define los delitos y a la definición general de las obligaciones que se adquieren sin convención.

[67] Por todos, Mendoza (2019), p. 313.

[68] Por todos, Corral (2017), pp. 666-667.

[69] Véase Alessandri (2005), pp. 346-347; Barros (2020), p. 444; Mendoza (2019), p. 314.

[70] Las cuestiones relativas a causalidad alternativa han puesto de manifiesto la insuficiencia, en determinados supuestos causales, de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Véase,

rros, acertadamente a nuestro juicio, pone un buen número de estos casos, en los accidentes de tránsito[71].

En cuanto al encubridor, se ha considerado, en general que responde, del mismo modo que autores y cómplices[72]. Y los autores llevan razón, a nuestro juicio, porque el artículo 2317 consagra la solidaridad, sin importar el grado de participación causal, lo que constituye una importante atenuación a la determinación exacta de intervención en el resultado. También podría pensarse que, la solución alternativa, que seguidamente analizaremos, no representa una solución uniforme, pues el aprovechamiento de las circunstancias del delito solo puede estar referido al dolo y, por consiguiente, a los delitos[73]. Otro sector ha pensado que la responsabilidad del encubridor puede limitarse, aplicándole la regla del provecho ajeno del dolo[74]. Finalmente, aunque Hernán Corral afirma la posición general, que entiende que la responsabilidad alcanza al encubridor[75], considera que dicha responsabilidad está supeditada a varias distinciones y matizaciones. Así, si el encubridor es de aquellos que no han perpetrado el hecho doloso o culposo, este autor sostiene que no le alcanza la responsabilidad solidaria, en la medida que su actuación es posterior a la comisión del hecho. Si, en cambio, el encubridor es de la clase del artículo 17 n.º 1 del *Código Penal*, puede concurrir, respecto de él, la apli-

sobre este problema, Barros (2020), pp. 444-445 y Aedo (2018), p. 391. En cuanto a Claus Roxin y sus críticas a la teoría de la equivalencia de las condiciones, véase Roxin (1997), pp. 350-351. Para este autor, la teoría de la equivalencia de las condiciones y el test de la supresión mental, es una doctrina inútil, que no aporta nada para comprender la causalidad, pero que, además, se trata de una fórmula que puede inducir a error y pone dos ejemplos: uno de causalidad hipotética y otro de causalidad alternativa: "Así, por ej., si se reprocha a alguien haber realizado un fusilamiento ilícito en guerra y el mismo alega que, si se hubiera negado, otro hubiera efectuado el fusilamiento exactamente de la misma manera, entonces se puede suprimir mentalmente su hecho sin que desaparezca el resultado [...]. Y lo mismo ocurre en el caso de manual de causalidad alternativa, en el que A y B, actuando independientemente uno del otro, ponen veneno en el café de C; si C muere por ello, pero ya la dosis puesta por A o por B hubiera provocado por sí sola la muerte exactamente del mismo modo, se puede suprimir mentalmente la conducta de cada uno de ellos sin que desaparezca el resultado".

[71] Barros (2020), p. 445 en relación con la p. 774 y ss.

[72] En este sentido, Alessandri (2005), p. 347; Bidart (1985), p. 113. Así lo ha establecido también la jurisprudencia, por sentencias de la Corte Suprema (1962), p. 66; Corte de Apelaciones de Santiago (1961), p. 58.

[73] Véase, aunque sin argumentar como se ha aquí, Aedo (2006), p. 617.

[74] Tapia (2005), p. 301. Un fallo de la Corte Suprema (1967), p. 75 equiparó la situación del encubridor a la de aquel que recibe provecho del dolo, por lo que limitó la acción de perjuicios. Sin embargo, lamentablemente la solución de la Corte Suprema no puede asumirse con criterio uniforme, pues el aprovechamiento de las circunstancias del delito solo está referido al dolo y no al hecho culposo.

[75] Corral (2004), p. 363.

cación del artículo 2316 del *Código Civil*, que lo hace responsable por el provecho del dolo ajeno. Y, si la conducta del encubridor forma un hecho con los autores y/o cómplices, el encubridor responderá también solidariamente[76].

En relación con la unidad de daño, Pamela Mendoza señala que, si bien la norma no lo exija, parece evidente que debe tratarse de un mismo resultado dañoso, aunque advierte que la cuestión es sumamente discutida, al punto que los instrumentos europeos de armonización, tienden a mostrar ideas distintas de daños a estos efectos[77].

En cuanto a la unidad de hecho, como hemos visto, hay acuerdo. Es del caso hacer presente que el hecho puede ser simple o complejo, de modo que los varios autores pueden intervenir de distintas maneras[78]. La cuestión es problemática, al menos si se analizan los casos que quedarían excluidos. Aquí ya no hay tanta unanimidad dogmática. Por ejemplo, mientras para Enrique Barros es posible la responsabilidad solidaria en cursos causales alternativos[79], Hernán Corral, al parecer, lo niega[80].

Desde un punto de vista más preciso, hay tres casos en que la doctrina entiende que no alcanza la solidaridad consagrada en el artículo 2317. En primer lugar, la responsabilidad de sujeto indeterminado, de grupo determinado[81]. Aunque Pamela Mendoza indica que no hay un lineamiento claro en nuestra legislación[82], parece más razonable la opinión de aquellos que estiman la concurrencia de la solidaridad, bien porque se trata de hacer responsables del riesgo al grupo[83], bien porque el artículo 2317 se erige como la

[76] Corral (2017), pp. 669-671.

[77] Mendoza (2019), p. 317. Véase también Mendoza (2017), p. 141.

[78] Barros (2020), p. 444; Corral (2017), pp. 681-682. Como señala Hernán Corral, en relación con los hechos complejos: "Los segundos, en cambio, se componen o se integran por un conjunto de comportamientos singulares, algunos iguales y otros de distinta naturaleza, que, en virtud de uno o más elementos jurídicos y materiales comunes que los vinculan, constituyen, según una valoración jurídica comprensiva, una sola conducta ilícita. Nos parece que a este tipo de hechos ilícitos alude Enrique Barros cuando los define como "un conjunto de actos autónomo pero normativamente vinculados entre sí y que causan daño".

[79] Barros (2020), p. 445.

[80] Corral (2004), p. 200: "Otro supuesto ocurre cuando las acciones de los agentes, en cambio, pueden considerarse todas causas del daño, aunque fueron realizadas de modo independiente, como por ejemplo, si dos industrias vierten sus desechos tóxicos al cause de un agua, que produce la intoxicación de quienes beben de él. En este caso, pareciera que, siendo ambas conductas causas del daño, deben contribuir a su reparación en proporción a la entidad causal de sus comportamientos".

[81] A favor de esta posición, Alessandri (2005), p. 483 y Corral (2004), p. 370.

[82] Mendoza (2019), pp. 319-320. Explica la autora que, por una parte, el artículo 2328 consagra, para un supuesto específico, responsabilidad mancomunada, el artículo 47 de la Ley n.° 19496 consagra la responsabilidad solidaria del importador, fabricante y proveedor.

[83] Rodríguez (2001), pp. 510-511.

regla general, frente al artículo 2328[84]. Esta última opción nos parece la más adecuada, sobre todo porque, a la luz del origen histórico: la génesis de la regla parece estar, precisamente, en la responsabilidad del sujeto indeterminado del grupo; en segundo término, la responsabilidad por el hecho ajeno, contenida en los artículos 2320 a 2322[85] y, en tercero, en los casos de responsabilidad en los se responde del mismo hecho, pero por distintos regímenes, por ejemplo, contractual y aquiliano[86]. Si bien el primero de los casos no ha sido objeto de mayor tratamiento en nuestro derecho[87], respecto de los dos restantes, la doctrina ha ido admitiendo paulatinamente, para el sistema chileno, la aproximación obligacional *in solidum*, también denominada, entre nosotros, por el total no solidaria o concurrente[88]. Vemos brevemente.

2. *Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad* in solidum *en el sistema chileno*

a) La distinción entre responsabilidad solidaria y responsabilidad concurrente

¿Cuáles serían las diferencias entre las obligaciones concurrentes y las obligaciones solidarias? No solo los casos, que luego analizaremos, sino la caracterización del tipo de obligaciones y sus efectos, justificaría la distinción entre obligaciones solidarias y las denominadas concurrentes[89]. Aunque en ambas

[84] Véase Barría (2011), p. 174 y ss.

[85] En una línea similar, la Corte Suprema (2018a), casó la sentencia que había condenado a los demandados directo y por hecho ajeno solidariamente. Dijo la Corte: "En este caso, la recurrente resulta ser responsable civilmente por el hecho perpetrado por su dependiente, el autor material del delito, y no por un hecho propio y distinto de aquél -no obstante que sea de su responsabilidad y de su cargo probar las hipótesis fácticas de la exención de responsabilidad que prevé el artículo 2320 inciso final del Código Civil-, no es posible entender que se configure una situación en que tenga cabida el artículo 2317 del Código Civil, texto que supone la concurrencia de más de una conducta para producir el resultado dañoso, evento este último en el que pudo ser posible dar paso a la solidaridad dispuesta por el fallo atacado. La Corporación demandada no responde en lo medular por un hecho propio que conlleve la responsabilidad solidaria que regula el texto recién citado, de modo que, al decidir lo contrario los jueces del grado incurrieron en un yerro jurídico que tuvo influencia sustancial en lo decisorio, en tanto se impuso a la parte que recurre una responsabilidad solidaria que no resultaba procedente (considerando 12° de la sentencia de casación)". Aunque, se ha resuelto también exactamente en contrario. Véase el fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena (2016).

[86] Mendoza (2019), pp. 320-323.

[87] A excepción de Barría (2011).

[88] Seguimos la denominación propuesta por Corral (2015).

[89] Aunque estos efectos se reconocen, la doctrina chilena tradicional era completamente contraria a la introducción de la figura en el ámbito contractual. Arturo Alessandri, Manuel

hay pluralidad de sujetos pasivos, divisibilidad de objeto y la posibilidad de exigir el total por parte del acreedor, la diferencia radicaría en que no estamos en presencia de una sola obligación, sino frente a diversas obligaciones, estructuralmente diferentes, respecto de las que no se producen los efectos propios de la solidaridad en términos de mora, prescripción, remisión, cosa juzgada y transacción[90]. Como hemos visto, a propósito de la doctrina francesa, el debate se sitúa en estimar si se está frente a un objeto común o, bien, en presencia de objetos diferentes a los que une el interés del acreedor.

Por último, los efectos serían diferentes, porque mientras en la solidaridad opera la subrogación, como regla general, conforme los artículos 1522 y 1610, n.° 3 del *Código Civil*, en las concurrentes no hay subrogación y la repetición dependerá del caso. En efecto, como indica Andrés Kuncar, debemos tener presente que solidaridad y sus efectos, regulados en las normas antes indicadas, hacen depender los efectos internos entre los codeudores del sacrificio económico y del interés, elemento que regula la solidaridad desde la óptica contractual. Ello haría lógico la operación del citado artículo 1610 n.° 3, en términos que si un deudor solidario paga el total, asume en parte una deuda ajena y, respecto de ella es un tercero. En cambio, tanto para las obligaciones solidarias legales como en las obligaciones concurrentes, la idea de interés no podría ser aplicada, ni los efectos internos se regirían por las normas de la subrogación[91].

Por consiguiente, los efectos internos, siguiendo a Andrés Kuncar, tanto en el caso de las obligaciones solidarias legales como las concurrentes, dependerán de los casos. Por regla general, tanto para la regla del artículo 2317 como en los supuestos de obligación concurrente, como regla general, en la contribución a la deuda debe atenderse a criterios de participación causal[92]. Una regla diversa se encuentra en el artículo 2325, que regula el derecho del

Somarriva y Antonio Vodanovic, incluso en la última edición de la obra relativa a las obligaciones, entienden que el artículo 2317 resuelve el problema en el ámbito extracontractual. Véase Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016), p. 148. En el mismo sentido, Abeliuk (2014), p. 515.

[90] Corral (2015), p. 468 y ss. Así se señaló, a propósito de un caso de responsabilidad consagrado en la Ley de Urbanismo y Construcción, la sentencia de la Corte Suprema (2017a): "Estas obligaciones presentan una importante diferencia con las obligaciones solidarias, en especial en materia de contribución a la deuda. En el caso de las obligaciones solidarias al haber vínculo entre los deudores por tratarse de una sola prestación, todos se encuentran obligados al pago y por tanto les es exigible el total de la misma; en el caso de las obligaciones concurrentes, no hay conexión entre los deudores por lo cual no se está obligado al pago total de la deuda, pudiendo soportarla íntegramente solo si efectivamente genera el daño, pero caso contrario puede o no pagar o reclamar reembolso de lo pagado". Véanse también las sentencias Corte Suprema (2018b) y Corte Suprema (2020a).

[91] Kuncar (2017), pp. 230-231.

[92] *Op. cit.*, p. 235. Para la regla del artículo 2317, por todos, Barros (2020), p. 425.

tercero civilmente responsable a repetir en contra del dependiente, por el total de la indemnización pactada[93].

b) Casos en los que se presentaría la figura

En lo que atañe a la responsabilidad denominada por hecho ajeno, aunque se reconoce que la regla del artículo 2317 no es directamente aplicable (porque se trata de dos hechos, el del responsable directo y del tercero responsable), se aboga por una interpretación extensiva de la regla, o derechamente por el establecimiento de una responsabilidad *in solidum*[94]. Este ha sido también el camino jurisprudencia, como demuestra la sentencia de la Corte Suprema, de 8 de abril de 2019, rol 5.393-2018[95]. Hernán Corral considera que la regulación del régimen de subcontratación laboral, presenta un problema similar[96], aunque ya la jurisprudencia se habría pronunciado por la solidaridad, por vía de la unificación[97].

[93] Gian Franco Rosso ha demostrado, en un extenso y completo trabajo, que se trata de un raro inserto en el *Código* de Andrés Bello, pues la repetición en contra del directamente responsable, fue un mecanismo de compensación que se ideó en el derecho romano en el caso de un régimen de responsabilidad estricta. Agrega que esta cuestión es ajena y extraña a un sistema de culpa: Pero Bello no se contentó con todo lo anterior. A través del artículo 2325 (2352) introdujo al sistema la acción de repetición del tercero civilmente responsable en contra del dependiente, autor directo del hecho ilícito. Así, la cesión de acciones romana creada como uno de los instrumentos limitativos de una responsabilidad objetiva, recaló en el Código de Bello como limitación de una responsabilidad por culpa, que en realidad no la necesitaba. En todo caso, con ello estableció otra diferencia con el Code, pues este no había contemplado una disposición similar, sin perjuicio de la admisión de su procedencia por la doctrina francesa (lo que sumado a la falta de prueba liberatoria en el artículo 1384 ha establecido las bases para que en Francia el sistema de responsabilidad, por el hecho de los dependientes, haya sido tradicionalmente calificado de vicario). El problema generado a partir del artículo 2325 (2352) estriba en que una acción de regreso en contra de los dependientes culpables es técnicamente contraria a que el fundamento de la responsabilidad del tercero sea una culpa propia de su parte, sea in eligendo vel vigilando". Véase Rosso (2019), pp. 404-405. Esta misma anomalía la explica Mendoza (2015), p. 197, para el caso español. El tercero civilmente responsable se comportaría como una especie de caución. En este sentido, por todos, Alessandri (2005), p. 233.

[94] Peñailillo (2014), p. 303 y ss.; Barros (2020), pp. 186; 936-937; Mendoza (2015), p. 191 y ss. También lo ha aplicado así la Corte Suprema, por ejemplo, en un caso de responsabilidad civil médica, en la que se condenó además al organismo de salud privado. Véase sentencia en Corte Suprema (2018c).

[95] Aunque ha habido recientes pronunciamientos en contrario. Véase Corte Suprema (2018a).

[96] Corral (2015), p. 458.

[97] Mendoza (2019), pp. 321-322,cita el fallo de unificación de la Corte Suprema (2014), a propósito del artículo 183-E. Se reiteró este sentido en el fallo de la Corte Suprema (2018d), con-

Un segundo supuesto se refiere a la hipótesis en que los autores responden por ámbitos de responsabilidad distintos. Hay dos casos. En el primero, tanto Pamela Mendoza como Hernán Corral estiman que el artículo 2317 no se aplica si dos o más sujetos responden con regímenes diversos[98]. No obstante, como reconoce también Pamela Mendoza[99], la jurisprudencia de la Corte Suprema hace una interpretación más amplia del artículo 2317 y lo aplica a los casos en análisis. Un ejemplo en este sentido, es la sentencia de la Corte Suprema, de 14 de diciembre de 2017[100]. Dijo la Corte:

> "Sexto: Que, en este punto, conviene precisar que la unidad de hecho es una cuestión que no se encuentra ligada ni condicionada por el factor normativo de atribución de responsabilidad, razón por la cual, con independencia que algunos sujetos respondan en virtud de lo establecido en el artículo 2314 del Código Civil o 42 de la Ley N° 18.575 o 174 de la Ley N° 18.290 u otro texto legal especial, puede existir unidad de hecho si la acción u omisión que causa el daño es la misma. En el caso concreto no existe duda que el supuesto fáctico que origina el daño, es el accidente acaecido 12 de noviembre del año 2011. Sin embargo, no

siderando 7°: "se trata de un régimen que busca intensificar y mejorar la posición del trabajador que se desempeña en régimen de subcontratación frente a los derechos que le son conculcados, por lo que la correcta comprensión de la naturaleza de la obligación de indemnizar por los daños provocados en el contexto de un accidente del trabajo que le corresponde a la empresa dueña de la obra, debe entenderse como solidaria, pues si frente a las obligaciones laborales y previsionales no se discute dicho estatuto, en el contexto de mejoramiento de la protección al trabajador, con mayor razón se debe entender aplicable respecto del incumplimiento de los preceptos que procuran la protección de la vida y salud del trabajador". A la misma conclusión se arribó en la sentencia de unificación Corte Suprema (2020b). Una precisión se impone, sin embargo. La responsabilidad solidaria si viene incorporada en el *Código del Trabajo* para los fenómenos de subcontratación, a partir de la Ley n.° 20123, en el artículo 183-B, a propósito de las prestaciones de dar. Dispone el *Código*: "La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal". El artículo 183-E se refiere, por tanto, a las obligaciones de hacer, relativas al deber de seguridad del empleador por accidente de trabajo. Es respecto de ella que se discutió la concurrencia de la solidaridad. Para un análisis de estas figuras, véase Marín (2017), p. 241 y ss.

[98] Corral (2017), p. 693; Mendoza (2019), pp. 322-323. Véase también, en el mismo sentido, Kuncar (2017), p. 228. Así también lo ha resuelto la jurisprudencia. Véase, en este sentido, el fallo en Corte Suprema (2018e).

[99] Mendoza (2019), p. 323.

[100] Corte Suprema (2017b); Mendoza (2019), p. 323, de su parte, pone un ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de 21 de enero de 2018, que resolvió por la vía de la responsabilidad *in solidum*.

> es este siniestro por sí sólo el que genera la responsabilidad. En efecto, en un primer acercamiento, se puede establecer que la solidaridad que se produce entre Edgardo Vicencio Henríquez y Empresa Andes Cargo Transportes Limitada, no produce inconvenientes, toda vez que existe texto expreso que así lo determina, esto es el artículo 174 de la Ley N° 18.290. Por su parte, tampoco genera problemas la solidaridad que existe entre la sociedad Puerto Terrestre Los Andes Concesionaria S.A y el Servicio Nacional de Aduanas, toda vez que ambos incurren en la misma omisión, esto es la de adoptar las medidas de seguridad en el lugar en que occiso ejercía sus funciones. Pues bien, asentado lo anterior, se debe precisar que en el caso concreto el hecho ilícito es complejo, pues no existe una sola acción u omisión que determine su configuración, toda vez que la producción del daño se debe a la participación simultánea de varias culpas, esto es la negligencia culpable del chofer que fue condenado como autor del cuasidelito de homicidio y la omisión culpable que determina la responsabilidad de la sociedad Puerto Terrestre Los Andes Concesionaria S.A y la falta de servicio del Servicio Nacional de Aduanas, toda vez que el atropello es consecuencia no solo del manejo descuidado de Edgardo Vicencio Henríquez, sino que de la omisión de las medidas de seguridad cuya falta reprocha el fallo. Se trata de un caso en que los agentes han participado de la acción dañosa, pues no sólo han contribuido a la producción del daño, sino que, atendida la complejidad del hecho ilícito, han participado en su producción. Justamente, atendidas las circunstancias que originan la responsabilidad de los demandados, es factible establecer la unidad de hecho que origina la solidaridad, siendo del caso destacar que es aquello lo que permitió accionar en contra de los demandados en la forma como se dedujo la pretensión, a la luz de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Procedimiento Civil"[101].

El segundo caso sería aquel en que algunos deben responder de responsabilidad aquiliana y otro(s), en responsabilidad contractual. Tanto Enrique Barros como Hernán Corral, piensan expresamente en el caso de interferencia ilícita de un contrato ajeno y que, en tales casos, la responsabilidad que puede establecerse es *in solidum*[102]. Un reciente fallo, de 7 de abril de 2020, emanado de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, resolvió el problema de la responsabilidad contractual de la parte y la extracontractual del tercero, condenando a ambos por el total, por aplicación analógica del artículo 1526 n.º 3, considerando, por tanto, la responsabilidad como una cuestión de indivisibilidad de pago[103].

[101] Véase también la sentencia en Corte Suprema (2013).

[102] Corral (2017), p. 692; Barros (2020), p. 1104 y ss.

[103] Según la Corte: "Décimo Cuarto: Que reflexión aparte representa la forma en la que deben responder los demandados, es decir, la situación del incumplimiento culposo (con-

c) Los fundamentos dogmáticos de las obligaciones *in solidum*

Admitido que hay casos, en el *Código Civil*, que escapan a la aplicación del artículo 2317, se ha abogado por la aplicación de la figura en análisis, pero invocando distinto fundamentos. Hernán Corral estima que en parte la confusiones se generan por razones terminológicas, al emplearse la expresión *in solidum*, que se utiliza en la dogmática francesa. Según este autor, por las razones vistas, estamos en presencia de una obligación que supone una condena por el total, completamente diversa de las solidarias y que deben ser caracterizadas y acogidas en el sistema chileno, a la hora de resolver supuestos diversos al artículo 2317, el que no puede ser en su concepto un obstáculo para configurar las obligaciones concurrentes[104]. Pamela Mendoza considera que la responsabilidad *in solidum* se sustenta en la indivisibilidad[105]. Una idea parecida ha sostenido Álvaro Vidal, a propósito de la responsabilidad médica; quien, además, analiza el fallo de la Corte Suprema, de 31 de enero de 2018, que condena al médico y la clínica *in solidum* por la responsabilidad que les cabe en los daños causados a un paciente. Aunque el punto sobre el que debate, tiene relación con la responsabilidad del auxiliar, también demandado y absuelto, llega a la conclusión de que la condena debería ser simplemente conjunta, con arreglo al artículo 1511 y no *in solidum*, pero que el juez puede recurrir al artículo 1526, número 3, y condenar como si se tratase de obligaciones indivisibles. Ello, según afirma, permitiría recurrir al ***Código*** y no a una vaga idea de justicia[106]. Para Ruperto Pinochet, el principio de no presunción de solidaridad que opera en el ámbito contractual, a propósito del artículo 1511, no puede extrapolarse en su concepto al ámbito aquiliano,

tractual y no doloso) de una parte, y la complicidad, de un tercero (Serviu), por otra, no se encuentra específicamente tratada en el Código Civil chileno. A falta de disposición expresa, debe recurrirse a la analogía legis que proviene del artículo 1526 N°3 de este cuerpo legal cuando señala que "Aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor", es decir que quien incumple culposamente, deben responder del total de la indemnización. Así, si dos deudores han incumplido con culpa, ambos responden del total. Por razones análogas a las establecidas en esta norma, deben responder del total tanto la parte incumplidora (contractualmente), como el tercero, que ha sido cómplice –ausencia de diligencia- en el incumplimiento, también por negligencia".

[104] Corral (2015).

[105] Véase Mendoza (2015), pp. 53 y ss.; y Mendoza (2018), p. 390: "Así, se dice que la obligación concurrente o in solidum se fundamenta en la idea de indivisibilidad, ante la imposibilidad de dividir las responsabilidades pese a tener su origen de diversas causas y tener diversidad de objeto".

[106] Vidal (2020), pp. 186-188.

en el que la lógica estaría en la mejor protección de la víctima frente a los autores del daño. Pero, además, sostiene que en materia de responsabilidad civil se ha dado una extensión muy restringida a la idea de "unidad de hecho", que importante para el ámbito penal, debe ser reinterpretado para la aplicación en el campo civil[107]. En este sentido, pudiera, incluso, entenderse que las obligaciones concurrentes o por el total no solidarias, son subsumidas en la solidaridad del artículo 2317.

III. Aproximaciones conclusivas

Si bien es cierto que la idea de obligaciones solidarias imperfectas nace para solventar, tanto en el sistema francés, la ausencia de una regla como la del artículo 2317 del *Código Civil*, la doctrina chilena más moderna ha venido reconociendo ámbitos en los que la regla del artículo 2317 no puede ser aplicada. No obstante, parece que no basta con reconocer el problema, sin aproximarse a un fundamento normativo concreto de la figura y, en este sentido, la doctrina chilena todavía no ofrece respuestas definitivas. En otras palabras, la figura sigue en construcción y, como pocas veces, nos enfrenta al problema de la introducción de una categoría dogmática, que no parece tener asiento en la norma chileno. De todos modos, se pueden ensayar dos tipos de aproximaciones. Una primera sería ampliar los requisitos del artículo 2317, como la unidad de acción o la unidad de daño, para hacerlos calzar con ámbitos o figuras a las que la regla no alcanza. Pero debe reconocerse, como analizamos, que una ampliación de los requisitos no podría incorporar todas las hipótesis de obligación concurrente, como en los casos de responsabilidad en diferentes regímenes.

Una lectura que juzgamos más interesante, en términos que permite despejar los radios de aplicación normativa, son las aproximaciones que han ensayado Ruperto Pinochet y Andrés Kuncar. Aunque generalmente se ha afirmado que las reglas de la solidaridad pasiva, que es la que nos interesa, se aplica a todo tipo de solidaridad[108], Andrés Kuncar, como hemos visto, ha señalado con acierto que las reglas internas de la solidaridad pasiva están diseñadas para un entorno contractual, en el que puede ser aplicado la idea de interés en la deuda[109]. Luego, en las relaciones internas tratándose de otras

[107] Pinochet (2020), pp. 536-539.

[108] Por todos, Abeliuk (2014), p. 515.

[109] Sobre esta cuestión y con una aproximación crítica, Larenz (2020), pp. 342-343. La idea de interés, adoptada en un sentido subjetivo, daría cuenta de que la solidaridad se mueve en la esfera de lo contractual, en la medida que el contrato importa un reparto de los riesgos

obligaciones solidarias, de carácter legal, como el caso del artículo 2317, las relaciones internas obedecen a otros criterios[110].

Nos parece, además, que puede ensayarse un argumento adicional, en la línea de lo indicado por los autores antes analizados. La cuestión de las relaciones internas, como se regulan en el artículo 1522, se sitúan en el ámbito del cumplimiento obligacional[111]. Cuestión distinta acontece con la esfera del incumplimiento. Frente al daño causado al acreedor, la regla es que el incumplimiento pesa sobre el causante del perjuicio, no sobre todos los codeudores. Tanto la solidaridad legal como la denominada impropia, operan, en cambio, en el ámbito del incumplimiento, sea un incumplimiento obligacional, en el sentido estricto, o en el sentido más amplio de incumplimiento de un deber[112]. Visto así el asunto, y considerando una interpretación amplia a la unidad de acción exigida al menos formalmente por el artículo 2317, no existirían diferencias estructurales entre la solidaridad del referido artículo y la concurrente, pues en ambos casos las relaciones internas no se ajustan al artículo 1522.

En fin, consideramos que el artículo 2317 no debiera significar un obstáculo irrebatible para acoger en el esquema obligacional chileno a las obligaciones concurrentes. Si bien habrá que perseverar en los esfuerzos para identificar el argumento normativo aplicable, creemos que cada uno puede ser obligado al todo porque cada uno ha estado en posición de causar todo, es lo que, a nuestro modo de ver, la fuerza misma de las cosas, en justicia, exige, y es de resorte de los operadores jurídicos ofrecer los postulados sustantivos necesarios. Continuaremos.

Bibliografía

Abeliuk Manasevic, René (2014). *Las obligaciones*, 6ª ed. actualizada. Santiago: Thomson Reuters.

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

que las partes pueden hacer. Véase Brantt (2010), pp. 86 y ss.; Cartwright (2019), pp. 121; Fleming (1987), p. 2; Mejías (2011), pp. 96-97; Zimmermann (2019), p. 100.

[110] Véase Corral (2017), p. 679.

[111] Para la noción de relación obligatoria y su dinámica, en los ámbitos de débito y responsabilidad, Larenz (2020), p. 43 y ss.

[112] Para la idea de incumplimiento en la doctrina chilena, véase la opinión general de la doctrina chilena. Véase, especialmente: Barros (2009), p. 145; De la Maza y Vidal (2018), pp. 260-261; Mejías (2011), pp. 88-91; Vidal (2007), pp. 56-57. Cfr. con Brantt (2020), p. 562 y ss.

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

Alessandri Rodríguez, Arturo (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno.* reimpresión de la 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Alessandri Rodríguez, Arturo, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic Haklicka (2016). *Tratado de las obligaciones.* Santiago: EJS, tomo i: De las obligaciones en general y sus diversas clases.

Aubry, Charles et Charles Rau (1935-1938). *Cours De Droit Civil Français: D'après La Méthode De Zacharia*, 6e éd., revue e mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Etienne Bartin. Paris: Libraires Techniques, tome iv.

Barría Díaz, Rodrigo (2011). "El daño causado por el miembro indeterminado de grupo y su posible recepción en el Derecho Civil chileno". *Revista de Derecho. Escuela de Posgrado Universidad de Chile*, n.º 1. Santiago.

Barros Bourie, Enrique (2009). "El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad", en Carlos Pizarro Wilson, (coord.). *Estudios de derecho civil IV*, Santiago: LegalPublishing.

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

Baudry-Lacantinerie, Gabriel et Louis Barde (1907). *Traité theorique et pratique de droit civil. Des obligatios*, 3e édition. Paris: Libraire de la Societé du recueil J. B Sirey et du journal du Palais, tome ii.

Bénabent, Alain (2016). *Droit des Obligations*, 15e édition. Paris: Domat.

Bidart Hernández, José (1985). *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Bigot, Jaqcques et André Reichardt (2020). Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur la responsabilité civile, Senat, session extraordinaire de 2019-2020, enregistré à la Présidence du Sénat le 22 juillet 2020.

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

Brantt Zumarán, María Graciela (2020). "La colaboración de las partes en los contratos de larga duración". *Estudios de derecho civil XV*, Santiago: Thomson Reuters.

Cabrillac, Rémy (2010). *Droit des obligations*, 9e édition, Paris: Dalloz.

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

Chabas, Français (1967). "Remarques sur l'obligation in solidum". *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tome 65.

Chabas, Français (2004). *Cien años de responsabilidad civil en Francia*. Traducción y notas de Mauricio Tapia R., Paris: Van Dieren.

Corral Talciani, Hernán (2004). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Corral Talciani, Hernán (2015) "Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes", en Álvaro Vidal Olivares, Claudia Mejías Alonso y Gonzalo Severin Fuster (coordss). *Estudios de derecho civil X*. Santiago: Thomson Reuters.

Corral Talciani, Hernán (2017). "La responsabilidad solidaria de los coautores de un ilícito extracontractual", en Adrián Schopf Olea y Juan Marín González (eds.). *Lo público y lo privado. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago: Thomson Reuters.

Corral Talciani, Hernán (2019). "Obligaciones por el total no solidarias y obligaciones concurrentes", en *Solidaridad obligacional. Diez estudios sobre sus aspectos civiles y procesales*, Valencia: Tirant lo Blanc.

De La Maza Gazmuri, Iñigo y Álvaro Vidal Olivares (2018). *Cuestiones de derecho de contratos*, Santiago: Thomson Reuters.

Demolombe, Charles (1870). *Cours de Code Napoleon XXVI, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Paris: Auguste Durand-Hachet et Cia., tome III.

Deshayes, Olivier (2016). "La responsabilité contractuelle in solidum". *Revue des Contrats*, n° 2. Paris.

Fleming, John. (1987). The Law of Torts, 7th edition. Sidney: The Law Book Company.

Français, Jean (1936). *De la distinction entre l'obligation solidaire et l'obligation "in solidum"*, Paris: Éditions internacionales.

García Goyena, Florencio (1973). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la edición de 1852. Barcelona: Editorial Base.

Josserand, Louis (2014). *Teoría general de las obligaciones*. 2ª ed. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, colección Clásicos del Derecho.

Kuncar Oneto, Andrés (2017). "Las relaciones internas en la solidaridad pasiva legal y en las obligaciones concurrentes", en Hernán Corral Talciani y Pablo Manterola Domínguez (eds.) *Estudios de derecho civil XII*. Santiago: Thomson Reuters.

Larenz, Karl (2020). *Derecho de obligaciones*. Traducción de Jaime Santis Briz, Santiago: Olejnik.

Larombiére, M.L. (1862). *Theorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV livre du Code civil*: art. 1101 à 1386. 3e édition. Paris: Bruylant-Christophe-A. Marescq, Bruxelles-Paris, tome II.

Larroumet, Chistian et Sara Bros (2018). *Les obligations, Le contrat*, 9e édition, Paris: Económica.

Le Tourneau, Philippe (2006). *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6e édition, Paris: Dalloz.

Malaurie, Philippe, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck (2017). *Droit des Obligations*, 9e edition, Paris: LGDJ.

Marín Eterovic, Rodrigo (2017). "Trabajo en régimen de subcontratación. Expansión de la responsabilidad de la empresa principal", en Yenny Pinto Sarmiento (coord.) *Problemáticas en torno a la subcontratación. Análisis a diez años de vigencia de la Ley Nº 20.123*. Santiago: Librotecnia.

Marty, Gabriel (1952). *Derecho civil. Teoría general de las obligaciones*, Traducción de José M. Gajica Jr. Puebla: Cajica, vol. ii.

Marty, Gabriel et Pierre Raynaud (1962). *Droit civil*. Paris: Sirey, tome ii: Les obligations.

Mazeaud, Henri, León et Jean (1956). *Leçons de Droit Civil*. Paris: Montchrestien, tome ii.

Mazeaud, León (1930). "Obligation in solidum et solidarité entre codébiteurs delictuels". in *Revue Critique de Législation et Jurisprudence*, tome 50.

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

Mendoza Alonzo, Pamela (2015). *La obligación solidaria impropia*, Madrid: La Ley.

Mendoza Alonzo, Pamela (2017). "El reforzamiento de la responsabilidad colectiva en la regulación de la pluralidad de deudores del Soft Law Europeo", en Carlos Céspedes Muñoz (dir.). *Estudios jurídicos en homenaje a los 40 años de la Facultad de Derecho de la U. Católica de la Santísima Concepción*. Santiago: Thomson Reuters.

Mendoza Alonzo, Pamela (2018). "Obligaciones concurrentes o insolidum. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, de 26 de enero de 2017". *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. xxxi, n.º 1, Valdivia.

Mendoza Alonzo, Pamela (2019). "Los sujetos pasivos de la acción de responsabilidad del artículo 2317 del Código Civil chileno", en Carlos Céspedes Muñoz (dir.). *Estudios de Derecho Privado en memoria del profesor Nelson Vera Moraga*. Santiago: Thomson Reuters.

Meurisse, René (1962). "Le déclin de l'obligation in solidum". *Recueil Dalloz de Doctrine de Jurisprudence et de Législation*, Paris.

Mignot, Marc (2002). *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Paris: Dalloz.

Mourlon, Frédéric (1832). *Répétitions écrites sur le deuxiéme examen du Code Napoleón*. Paris: A. Marescq, tome ii.

Peñailillo Arévalo, Daniel (2014). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*. Reimpresión de la 1ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Pinochet Olave, Ruperto (2020). "La incorporación en el derecho civil chileno de la teoría de las obligaciones concurrentes: algunas distinciones necesarias",

en Fabián Elorriaga de Bonis (coord.). *Estudios de derecho civil XV*, Santiago: Thomson Reuters.

Planiol, Marcel y Georges Ripert (1945). *Tratado práctico de derecho civil francés.* Traducción española de Mario Díaz Cruz, con la colaboración de Eduardo Le Riverend Brusone, con el concurso de Pablo Esmein, Juan Radouant y Gabriel Gabolde. La Habana: Cultural, tomo vii: Las obligaciones (2ª parte).

Porchy-Simon, Stéphanie (2017). *Les obligations, Droit civil 2e année 2018*, 10e édition, Paris: Dalloz.

Quézel-Ambunaz, Christopher (2010). *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris: Dalloz.

Raynaud, Pierre (1981). "La nature de l'obligation des coauteurs d'un dommage. Obligation in solidum ou solidarité?", in VV.AA. *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, *Jurisprudence Générale Dalloz*, Paris: Dalloz.

Ripert, Georges y Jean Boulanger (1956). *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires: La Ley, tomo v.

Rodríguez Grez, Pablo (2001). *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Rosso Elorriaga, Gian Franco (2019). "El sistema de la responsabilidad de los empresarios por el hecho de los dependientes en el Código de Bello y las dificultades en su interpretación y aplicación", en Felipe Navia Arroyo y Carlos Chinchilla Imbett (eds.). *La vigencia del Código Civil de Andrés Bello*, Bogotá: Universidad Externado.

Roxin, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general, tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas.

Starck, Boris (1970). "La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile (La vie breve d'une fausse équation: causalité partielle = reponsabillité partielle)". *Juris-Classeur périodique*, vol. 3, num. S 1-90.

Tapia Suarez, Orlando (2005). *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. Santiago: LexisNexis.

Terré, Francois, Philippe Simler et Yves Lequette (2009). *Droit civil, Les obligations*, 10e edition, Paris: Dalloz.

Vidal olivares, Álvaro (2007). "Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil chileno. Una perspectiva más realista". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, n.° 1.

Vidal Olivares, Álvaro (2020). *Responsabilidad civil por negligencia médica*. Santiago: Academia Judicial: serie de documentos, materiales docentes.

Viney, Geneviève et Patrice Jourdain (2006). *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4e édition Paris: LGDJ.

Zimmermann, Reihnard (2019). *La idemnización de los daños contractuales*. Traducción de Antoni Vaquer Aloy, Santiago: Olejnik.

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Santiago (1961), de 10 de abril de 1961, Rev., 58, sec. 4ª.

Corte de Apelaciones de La Serena (2016), de 24 de febrero de 2016, rol 781-2015, CL/JUR/1544/2016.

Corte Suprema (1962), de 23 de mayo de 1962, Rev., tomo 59, sec. 4ª.

Corte Suprema (1967), de 5 de julio de 1967, Rev, tomo 64, sec. 4ª.

Corte Suprema (2013), de 5 de agosto de 2013, rol 1006-2012, CL/JUR/1736/2012.

Corte Suprema (2014), de 10 de junio de 2014, rol 10.139-2013.

Corte Suprema (2017a), de 28 de abril de 2017, rol 47.579/2016.

Corte Suprema (2017b), de 14 de diciembre de 2017, rol 18.982-2017.

Corte Suprema (2018a), sentencia de casación de 27 de junio de 2018, rol 38.145-2017, CL/JUR/4713/2018.

Corte Suprema (2018b), de 31 de enero de 2018, rol 9189/2017.

Corte Suprema (2018c), de 15 de abril de 2019, rol 2779-2018.

Corte Suprema (2018d), de 26 de junio de 2018, rol n.° 40.700-17.

Corte Suprema (2018e), de 6 de agosto de 2018, rol 34.224-2017.

Corte Suprema (2020a), de 16 de abril de 2020, rol 2880-2020.

Corte Suprema (2020b), sentencia de unificación de 6 de marzo de 2020, rol 5739-2019.

Ferrero con S.A. UCB Pharma (2009): Corte de Casación, civil 1ª, 24 de septiembre de 2009, n.° 08-16.305, *Boletín* 2009, I, n.° 187.

SA UCB Pharma con S.A.S. Novartis Santé Familiale y otros (2012): CA de París, 26 de octubre de 2012, n.° 10/18297, JurisData: 2012-027169.

SA UCB Pharma con Valérie, Marie P: (2016): CA Versalles, 14 de abril de 2016, n.° 16/00296.

Stuard con S.A. UCB Pharma (2009): Corte de Casación, civil 1a, 24 de septiembre de 2009, n.° 08-10.081, *Boletín* 2009, I, n.° 186.

Normas legales

LOI n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

ELEMENTOS PARA UNA LEGISLACIÓN CLIMÁTICA EFECTIVA Y EL NECESARIO CAMBIO DE PARADIGMA EN LA GESTIÓN AMBIENTAL

ELEMENTS FOR EFFECTIVE CLIMATE LEGISLATION AND THE NECESSARY PARADIGM SHIFT IN ENVIRONMENTAL POLICY

Robert Currie Ríos[*]
Paulina Sandoval Valdés[**]

Resumen: El presente artículo aborda los aspectos claves a ser considerados para una legislación climática efectiva y eficiente, así como el necesario cambio de paradigma en la gestión ambiental en general, y climática en particular, de forma de descentralizar la gestión del cambio climático desde el Ministerio del Medio Ambiente hacia los demás órganos de la Administración del Estado, con el involucramiento activo de todos los sectores de la sociedad. En este contexto, nuestro trabajo describe las brechas que presenta la acción climática en el ámbito institucional, funcional y estructural, y la forma en que estas podrían ser superadas a partir de una lógica regulatoria que considere la naturaleza transversal de este fenómeno. Dicha lógica debiese considerar el establecimiento de objetivos a largo plazo mediante una meta de carbono neutralidad al 2050; la creación de instrumentos específicos para la gestión del cambio climático vinculados expresamente a los compromisos internacionales que asume el país; el fortalecimiento de la institucionalidad actual mediante la incorporación de mandatos vinculantes, con plazos y responsables definidos; y, la existencia de

[*] Máster en Derecho Ambiental (LLM) por la Universidad de Columbia. Profesor del Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Jefe del Departamento de Legislación y Regulación Ambiental del Ministerio del Medio Ambiente. Correo electrónico: r.currie@udd.cl

[**] Máster en Derecho Ambiental (LLM) por la Universidad de New York. Jefa de la División Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente. Investigadora independiente. Correo electrónico: pnsandov@gmail.com

un mandato transversal a todos los órganos de la Administración del Estado, incorporando el cambio climático como parte fundamental de los presupuestos que habilitan el ejercicio de su potestad regulatoria. Por otra parte, abordamos el involucramiento que debiesen tener los actores no estatales, particularmente en lo que se refiere al papel de los regulados en los mercados de carbono, así como a la participación ciudadana en la gobernanza e instrumentos de gestión del cambio climático. A lo largo de este trabajo se describe como el Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático ha abordado estos elementos, así como las implicancias de las decisiones regulatorias adoptadas.

Palabras claves: Legislación climática, gestión ambiental, mercados de carbono, participación ciudadana.

Abstract: This paper describes the keys aspects to be considered for effective climate legislation, and the necessary paradigm shift in environmental policy, for decentralizing climate policy from the Ministry of the Environment to the rest of governmental institutions and fostering the active involvement of all sectors of society. In this context, our work portrays the institutional, functional, and structural shortcomings national climate change policy currently has and how they could be overcome by proper regulatory choices, considering the crosscutting nature of this phenomenon. Those choices should include: i) long term goals by setting a carbon neutrality target at 2050; ii) the creation of climate change regulatory instruments, which should be expressly tied to the country's international commitments; iii) the strengthening of current institutions by setting mandatory obligations; and iv) the requirement to take climate change into account by governmental agencies across the board, when they carry out their statutory functions. In addition, the paper focuses on the involvement of non-state stakeholders, especially regarding to carbon markets, as well as public participation contribution to climate change governance and regulatory instruments. Throughout this work, it is described how the Climate Change Bill has addressed these elements, as well as the implications of its regulatory decisions.

Keywords: Climate legislation, environmental management, carbon markets, public participation.

Introducción

La actual pandemia originada por el SARS-CoV2, causante de la enfermedad coronavirus 2019 (COVID-19), representa un desafío global que ha reque-

rido una respuesta rápida y coordinada por parte de los Estados alrededor del mundo. Algunos han enfrentado esta crisis sanitaria con mayor éxito que otros, pero en absolutamente todas partes ha surgido la misma incógnita respecto a la capacidad del Estado para hacer frente a un problema global y transversal. Esta misma interrogante es la que plantea otro fenómeno global como lo es el cambio climático.

En ambos casos se trata de problemas con consecuencias catastróficas, que han sido negados en cuanto a su gravedad, cuyas causas y posibles soluciones han sido manipuladas sobre la base de información que no se funda en la ciencia y en que las medidas necesarias para hacerles frente han sido postergadas por diferentes razones[1]. En efecto, se trata de desafíos cuya respuesta debe ser rápida, urgente y a gran escala[2], en que, si bien la acción individual es importante, es superada ampliamente por un problema de tal magnitud que requiere de la acción colectiva y colaborativa global. En este contexto, el papel de la ciencia es esencial para la provisión de un diagnóstico acertado de sus causas y de soluciones sostenibles y permanentes en el tiempo, las que necesariamente deben ponderarse en un escenario de creciente incertidumbre. Por último, al tratarse de bienes comunes –en un caso, la seguridad sanitaria y, en el otro, la estabilidad del clima mundial– los costos de la inacción son soportados por una gran parte de la población, en especial aquellos más vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, cuya situación se ha visto agravada durante la pandemia.

En el caso del cambio climático, la respuesta que históricamente han entregado los Estados ha sido lenta y poco ambiciosa, producto de la equivocada percepción de que la lucha para mitigar los gases de efecto invernadero (GEI) implica un gasto innecesario, asociado a consecuencias indirectas o menores en sus economías. Así, dichas consecuencias suelen ser infravaloradas, aun cuando la evidencia ha demostrado que las pérdidas como resultado de eventos climáticos extremos es catastrófica en cuanto a la cantidad de personas afectadas y millonaria en cuanto a los costos generados. Ejemplo de esto último, son las pérdidas que ha sufrido Chile entre 1926 y 2019 asociadas a sequías que ascienden a cuatro mil millones de dólares y que han afectado a más de seis millones de personas. Por su parte, las inundaciones, han generado pérdidas por más de cinco mil millones de dólares y afectado a más de un millón de personas. Solo en 2015, las inundaciones que afectaron las regiones de Atacama, Antofagasta y Coquimbo, dejaron cincuenta y dos fallecidos, ciento ochenta mil damnificados y pérdidas por dos mil millones de dólares[3].

[1] Kerry (2020).

[2] Bhattacharya, Kharas, Stern & Xie (2020).

[3] Mora (2021).

A mayor abundamiento, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) ha reportado una serie de impactos del cambio climático, entre los que se encuentran: el derretimiento de glaciares, afectando la cantidad y calidad de agua disponible; la disminución de especies terrestres, acuáticas y marinas; impactos en la agricultura, afectando plantaciones y la seguridad alimentaria; y, un incremento de eventos climáticos extremos, tales como olas de calor, sequía e inundaciones, ocasionando una alteración de ecosistemas, disrupción de la cadena de abastecimiento de agua y alimentos, daños a infraestructura y aumento de la morbilidad y mortalidad[4].

Adicionalmente, y a propósito de la pandemia, estudios han demostrado cómo las condiciones ambientales exacerban los efectos del COVID-19, concluyendo que un pequeño incremento en la exposición a largo plazo a la fracción fina del material particulado ($MP_{2,5}$) conlleva un aumento significativo en el índice de mortalidad asociada a esta enfermedad. En este orden de ideas, el uso de combustibles fósiles ha generado un creciente detrimento de la calidad del aire en los centros urbanos, con los consecuentes efectos en el empeoramiento de la problemática climática y la crisis sanitaria. A mayor abundamiento, se estima que en el largo plazo otros factores como la temperatura, humedad y dependencia latitudinal de algunas enfermedades infecciosas, implicarán que el cambio climático podría aumentar aún más la propagación futura de dichas enfermedades, incluyendo el COVID-19[5].

Este escenario es especialmente desfavorable para nuestro país. Al respecto, cabe tener presente que Chile cumple con siete de los nueve criterios de vulnerabilidad establecidos por la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC). Esto es, áreas costeras de baja altura; zonas áridas y semiáridas; zonas con cobertura forestal y zonas expuestas al deterioro forestal; zonas propensas a los desastres naturales; zonas expuestas a la sequía y a la desertificación; zonas de alta contaminación atmosférica urbana; y, zonas de ecosistemas frágiles, incluidos los ecosistemas montañosos.

En este contexto, se hace necesaria una respuesta enérgica de manera global, así como se ha actuado frente a la pandemia ocasionada por el COVID-19. Sin embargo, la falta de instrumentos para que los gobiernos puedan materializar sus esfuerzos de reducción de GEI, ha impactado severamente su capacidad para trazar metas más ambiciosas e, incluso, cumplir las que ya tienen definidas.

Lo anterior, puesto que la gestión del cambio climático ha sido tratada históricamente como un tema de política pública, mezclando la política ex-

[4] Intergovernmental Panel on Climate Change (2014), pp. 4-6.

[5] Ching y Kajino (2020), p. 5167.

terior y la ambiental. Dicha mezcla no ha generado los resultados esperados por lo que, a partir del Acuerdo de París, ha cambiado el enfoque y comenzado a proliferar la legislación climática.

Esta legislación es la que nos provee de un nuevo abanico de instrumentos y herramientas para hacer frente a un problema que escapa a lo meramente ambiental o sectorial, sino que es transversal, multinivel y multisector.

En este sentido, es necesario discutir respecto a los elementos que debiese abordar la legislación climática en Chile y el indispensable cambio de paradigma que se requiere para abordar los problemas ambientales, y cómo estos se encuentran recogidos en el Proyecto de Ley Marco de Cambio Climático (PDLMCC)[6], actualmente en discusión en el Congreso.

Tradicionalmente, el Ministerio del Medio Ambiente (MMA) ha coordinado la elaboración de los instrumentos de gestión ambiental, particularmente las normas de calidad ambiental, las normas de emisión y los planes de prevención y/o descontaminación. En el actual entramado legal, es dicho Ministerio el que soporta la carga de realizar propuestas regulatorias en la que otros órganos de la Administración del Estado colaboran u opinan a través de los comités operativos y en el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. En este orden de ideas, cabe tener presente que cuando se requiere que los ministerios u organismos con competencia en una materia determinada comprometan medidas, como ocurre, por ejemplo, en los planes de prevención **y/o** descontaminación atmosféricos (medidas relativas a transporte, infraestructura, sistemas de calefacción, entre otras), se requieren esfuerzos adicionales de coordinación intersectorial. Lo anterior, debido a la falta de obligaciones concretas de dichos organismos en materia de instrumentos de gestión ambiental.

El cambio climático está siendo abordado de la misma forma. El único mandato legal claro en la actualidad es el establecido en el artículo 70 letra h) de la Ley n.°19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (Ley n.° 19300), que dispone que le corresponderá especialmente al MMA proponer políticas y formular los planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático, siendo dicho Ministerio el responsable de la gestión climática nacional con un involucramiento, menor o mayor según sea el caso, del organismo respectivo. Lo anterior, redunda en una gestión lenta, difícil de monitorear, compleja de evaluar y, por tanto, insuficiente para cumplir los objetivos trazados por el país.

En este contexto surge la necesidad de abordar la gestión climática con una perspectiva radicalmente distinta que considere objetivos a largo plazo,

[6] *Boletín* N° 13191-12.

con instrumentos específicos para la gestión del cambio climático e involucre a los diversos sectores de la sociedad. Asimismo, y quizá lo más importante, es imprescindible hacer parte fundamental de dicha gestión a los organismos sectoriales que representan las mayores emisiones de GEI y son más vulnerables a los efectos adversos del cambio climático, como responsables de implementar instrumentos de gestión del cambio climático. Es decir, ya no como colaboradores o partícipes de un proceso que lleva el MMA, sino que como protagonistas de los cambios que sus propias reparticiones requieren, con metas, responsables e indicadores que permitan el monitoreo, reporte y verificación de sus avances. Así, el MMA se debe convertir en un actor que apoya la gestión climática de los otros organismos del Estado, y no al revés. De esta forma, la cartera ambiental debe dejar de ser el centro de la gestión y así lograr el involucramiento transversal del Estado, incluyendo, además, a los otros sectores de la sociedad.

Nuestro trabajo se enfocará en abordar este cambio de paradigma y los elementos necesarios para una legislación climática efectiva. Para ello, revisaremos cómo se ha abordado la gestión del cambio climático históricamente, identificando las brechas existentes. Luego, analizaremos cómo se pueden superar estas brechas y el cambio de paradigma que se genera a partir de una nueva lógica regulatoria, estructura e instrumentos, describiendo la forma en que el PDLMCC ha abordado estos elementos y las recomendaciones internacionales. Finalmente, nos referimos al involucramiento de los actores no estatales, particularmente en lo relativo al papel de los regulados en los mercados de carbono, así como al rol de la participación ciudadana en la gobernanza e instrumentos de gestión del cambio climático.

I. La gestión climática nacional actual

Como señalamos en el apartado anterior, Chile es altamente vulnerable a los efectos del cambio climático y, en consecuencia, se hace urgente actuar rápida y decididamente. En este contexto, el MMA ha dirigido la política pública en la materia, construyendo una institucionalidad y desarrollando una serie de instrumentos para gestionar el cambio climático.

Estos instrumentos, principalmente planes de acción nacionales y planes de adaptación sectoriales, buscan orientar la ejecución de actividades para reducir las emisiones de GEI y adaptar a los sectores más vulnerables a los efectos del cambio climático. Sin embargo, estos instrumentos no son de carácter vinculante, por lo que constituyen una especie de hoja de ruta que busca incidir en la gestión climática para alcanzar los objetivos trazados por el país. Lo anterior queda de manifiesto en la elaboración de planes sin

plazos definidos, sin etapas regladas y, más importante aún, con baja fuerza obligatoria, quedando su cumplimento entregado, en buena medida, a la voluntad de los sectores a cargo de estos.

Sin perjuicio de los avances que el desarrollo de una institucionalidad y la elaboración de estos instrumentos ha significado, se han podido identificar importantes brechas para una gestión efectiva del cambio climático. A continuación, revisamos las más importantes:

1. Falta de objetivos a largo plazo

Un elemento esencial para la efectiva gestión del cambio climático es trazar objetivos a largo plazo. Son precisamente estos objetivos los que orientarán el actuar de los órganos de la Administración del Estado, los regulados y la ciudadanía en general. Para que estos objetivos sean alcanzables, es imprescindible que estén consagrados en un instrumento que cuente con la jerarquía normativa adecuada, de manera que tenga una mirada que trascienda a los gobiernos de turno.

Con desazón podemos ver cómo en algunos países se ha retrocedido en la gestión del cambio climático, debido a la ausencia de metas a largo plazo consagradas en instrumentos apropiados. Ejemplos de lo anterior, son Brasil y Estados Unidos[7]. De hecho, en este último caso el expresidente Donald Trump fue dejando sin efecto una a una las iniciativas de su antecesor, Barak Obama, en materia climática, hasta el punto de retirarse del Acuerdo de París. Actualmente, el sucesor de Trump, el presidente Joe Biden, ha cumplido su promesa de campaña ingresando nuevamente al Acuerdo y comprometiéndose a ejercer un papel de liderazgo en la materia[8]. Como podemos observar, la falta de una estructura legal en la gestión del cambio climático incide drásticamente en el cumplimiento de los objetivos a largo plazo, quedando supeditada al vaivén de las preferencias o decisiones de los líderes de turno.

En Chile, si bien se ha avanzado progresivamente en la gestión climática, es claro que la falta de una mirada a largo plazo ha socavado las posibilidades de ambición de los instrumentos desarrollados en la materia. Sin una proyección en el tiempo, con objetivos a largo plazo y metas intermedias, difícilmente se puede dar continuidad a políticas y planes que busquen gestionar el cambio climático de manera efectiva y transversal.

Será esta mirada a futuro y la definición de objetivos los que permitan avanzar efectivamente en la mitigación de los GEI y la adaptación al cambio

[7] "ONU critica la 'marcha atrás' en materia medioambiental de Brasil y EE.UU".

[8] "Secretary-General welcomes US return to Paris Agreement on Climate Change".

climático, pero para ello se requiere, además, que las medidas conducentes se materialicen mediante instrumentos adecuados.

2. Instrumentos inadecuados para gestionar el cambio climático

Según lo ya expuesto, en nuestro país la gestión del cambio climático se ha construido sobre la base de políticas y planes orientadores o articuladores, sin la vinculatoriedad necesaria para cumplir sus fines. Así, la ausencia de leyes, normas y reglamentos ha incidido negativamente en cómo se ha abordado este fenómeno.

En este orden de ideas, la gestión climática se ha estructurado sobre la base de instrumentos de política pública, principalmente, dos planes nacionales de acción y una serie de planes sectoriales de adaptación. En los planes nacionales encontramos el Plan de Acción Nacional sobre Cambio Climático 2008-2012 (PANCC), luego actualizado en su segunda versión que comprende el periodo 2017-2022 (PANCC II). Este instrumento de política pública orienta las acciones transversales y sectoriales que se adoptarán en el país en materia de cambio climático, y consta de cuatro ejes principales: mitigación, adaptación, medios de implementación y gestión del cambio climático a escala regional y comunal.

Por otra parte, el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático de 2014 (PNACC) es el instrumento articulador de la política pública de adaptación al cambio climático. Su misión es fortalecer la capacidad de adaptación del país, generando acciones planificadas que permitan minimizar los efectos negativos del cambio climático, entregando lineamientos y proporcionando la estructura operativa para la coordinación y coherencia de las acciones de los diferentes sectores, y en diferentes niveles administrativos territoriales[9].

Cabe tener presente que el PANCC y el PNACC definieron la elaboración de nueve planes sectoriales de adaptación al cambio climático, enfocados en aquellos sectores más vulnerables a los efectos de este fenómeno, a saber: Silvoagropecuario, biodiversidad, pesca y acuicultura, salud, infraestructura, energía, recursos hídricos, ciudades y turismo. Salvo el plan sectorial de adaptación de recursos hídricos, todos los demás se encuentran en implementación y algunos, incluso, en proceso de actualización.

En el ámbito internacional, y en el contexto del Acuerdo de París, el año 2015 nuestro país presentó su Contribución Nacional Determinada

[9] Ministerio del Medio Ambiente (2014), p. 36.

(NDC, por sus siglas en inglés), ante la CMNUCC. La NDC fue actualizada y presentada ante dicho organismo internacional el 9 de abril de 2020[10]. Este instrumento contiene, principalmente, los compromisos nacionales en mitigación, adaptación, fortalecimiento de capacidades, transferencia de tecnología y financiamiento en materia de cambio climático.

Como podemos observar, Chile ha desarrollado una multiplicidad de instrumentos en la materia, los que indudablemente constituyen un avance significativo en la gestión climática. Sin embargo, estos instrumentos son políticas públicas de carácter orientador y articulador, por lo que no son suficientes para lograr los objetivos que ha fijado el Acuerdo de París y, más recientemente la ciencia, que ha instado a las naciones a lograr la neutralidad de emisiones de GEI al 2050.

3. Deficiencias en la institucionalidad

Como adelantamos, el MMA es el responsable de proponer políticas y formular planes, programas y planes de acción en materia de cambio climático. Adicionalmente, el literal d) del artículo 70 de la Ley n.°19300 dispone que le corresponde velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales en que Chile sea parte en materia ambiental. Entre estas últimas, se incluyen, por cierto, la CMNUCC y el Acuerdo de París.

El papel descrito es coordinado a través de la Oficina de Cambio Climático del Ministerio, que colabora con los órganos de la Administración del Estado con competencias en la materia y con el Equipo Técnico Interministerial de Cambio Climático (ETICC), compuesto por los puntos focales de dichos órganos. El ETICC, de carácter intersectorial y técnico, apoya al MMA en la elaboración, implementación y seguimiento de los instrumentos en materia de cambio climático. Finalmente, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad se pronuncia respecto de los instrumentos que se desarrollan en la materia.

Por otra parte, en el ámbito regional, se encuentran los Comités Regionales de Cambio Climático (CORECC), que buscan articular la acción climática en dicho ámbito territorial.

Sin perjuicio de los esfuerzos por crear una estructura institucional funcional, se hacen evidentes las deficiencias que presenta este esquema para abordar un desafío que requiere una gestión activa, multisectorial y transversal.

Lo anterior queda de manifiesto en que, si bien la Oficina de Cambio Climático del MMA coordina la acción climática, son otros ministerios los

[10] Ministerio del Medio Ambiente (2020).

que controlan los mecanismos y recursos requeridos para su implementación, por lo que la inexistencia de un mandato institucional sólido redunda en que la gestión climática depende de la buena predisposición y la capacidad de acción de las carteras respectivas[11].

Algo similar ocurre con el ETICC, que fue incluido dentro de la estructura operativa del PNACC el año 2014[12] y que fue formalizado varios años después mediante la resolución exenta n.° 430, de 9 de mayo de 2019, del MMA. Es así como podemos observar que no cuenta con un mandato legal claro ni con responsabilidades asignadas por las instituciones de las que dependen los puntos focales respectivos, sino que, más bien, su existencia está amparada por el principio de coordinación de la Administración del Estado, dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado (Ley n.° 18575), y por el literal x) del artículo 70 de la Ley n.° 19300, que establece que el MMA podrá crear y presidir comités y subcomités operativos formados por representantes de los ministerios, servicios y demás organismos competentes para el estudio, consulta, análisis, comunicación y coordinación en determinadas materias relativas al medio ambiente.

Por otra parte, los CORECC tampoco se encuentran establecidos legalmente y están formalizados al amparo del gobierno regional. En consecuencia, su funcionamiento e integración es bastante disímil, dependiendo de la región de que se trate. Lógicamente representan un importante avance para fortalecer la gestión regional y el involucramiento de los actores locales, pero su falta de homogeneidad y claridad en los mandatos atenta contra su buen funcionamiento.

Finalmente, si bien el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad se pronuncia sobre los instrumentos de gestión del cambio climático, dicho pronunciamiento se produce en la etapa final de los mismos. En este sentido, y considerando que se trata de una materia transversal que requiere acciones de múltiples organismos, un involucramiento más temprano podría incidir positivamente en la planificación y gestión estratégica de dichos instrumentos.

4. Ausencia de un mandato transversal para los órganos de la Administración del Estado

Estrechamente vinculado con el apartado anterior, encontramos la falta de obligaciones concretas en materia de cambio climático para otros órganos de

[11] Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016), pp. 197-198.

[12] El Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, mediante el acuerdo n.° 21, de 1 de diciembre de 2014, emitió su pronunciamiento favorable al PNACC.

la Administración del Estado. Como ya dijimos, es el MMA el encargado de la gestión climática, con un involucramiento de otros sectores que fluctúa según su predisposición y disponibilidad para abordar estas materias.

En este contexto, se conjugan las deficiencias del marco institucional con la falta de precisión y delimitación de las facultades y obligaciones que los órganos de la Administración del Estado detentan en la materia. A mayor abundamiento, en la evaluación de desempeño ambiental de Chile de 2016, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, recomendó fortalecer y formalizar la base institucional de la política sobre cambio climático, con el fin de establecer responsabilidades bien definidas de implementación, de conformidad con la situación y los compromisos internacionales de Chile[13].

Por tanto, la falta de mandatos legales claros para un institucionalidad robusta y coherente, así como la ausencia de un mandato transversal para la Administración del Estado, representa una brecha imprescindible de superar para una gestión climática adecuada.

II. Elementos para una legislación climática efectiva y el cambio de paradigma en la gestión ambiental

Para superar las deficiencias identificadas en materia de gestión climática, es necesario incorporar diversos elementos, según veremos, y cambiar el paradigma actual, modificando la forma de articular las respuestas que, desde el Estado y la sociedad en su conjunto, se consideran apropiadas para enfrentar el desafío del cambio climático.

Este cambio de paradigma se manifiesta en la descentralización de la gestión del cambio climático desde el MMA a todos los sectores, mediante instrumentos de gestión del cambio climático, con mandatos claros y responsabilidades. Dichos mandatos deben concretarse en una meta legal y en un instrumento articulador y transversal que fije metas a mediano y largo plazo. Lo anterior, conforme a lo requerido por el Acuerdo de París, que establece que todas las partes deben esforzarse por formular y comunicar estrategias a largo plazo para un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero[14].

[13] Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016), p. 44.

[14] El artículo 4.19 del Acuerdo de París dispone: "Todas las Partes deberían esforzarse por formular y comunicar estrategias a largo plazo para un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, teniendo presente el artículo 2 y tomando en consideración sus

Para una adecuada planificación y actualización de los desafíos para el país y las metas, es necesario que esta estrategia de largo plazo esté coordinada con la NDC, que incluye los compromisos asumidos por el país a escala internacional. Las metas trazadas por el país mediante la estrategia de largo plazo y la NDC deben alcanzarse mediante medidas contempladas en planes sectoriales vinculantes, tanto de mitigación como de adaptación que sean responsabilidad de los sectores que representan las mayores emisiones de GEI **y/o** la mayor vulnerabilidad a los efectos del cambio climático. Finalmente, es necesario contar con instrumentos de gestión del cambio climático en el ámbito regional, que tengan relación con las realidades y características propias del territorio en que se aplicarán.

Al respecto, es particularmente relevante enfatizar que los Ministerios responsables de cumplir con los planes sectoriales de mitigación **y/o** adaptación, no gocen de discrecionalidad para fijar metas a su arbitrio, sino que estas sean definidas en la estrategia de largo plazo y actualizadas por la NDC, de manera que los instrumentos mencionados cumplan dichas metas. Para ello, es necesario establecer un control de cumplimiento mediante indicadores concretos y obligaciones periódicas de monitoreo, reporte y verificación.

Finalmente, el MMA debe adoptar un papel verdaderamente coordinador, velando por la coherencia y armonía de las distintas medidas, evitando su doble contabilidad o superposición. Así, la lógica regulatoria que debe subyacer a la legislación climática se estructuraría sobre una serie de instrumentos de gestión del cambio climático que giren sobre el eje de una meta legal a largo plazo y metas intermedias que se actualicen según los compromisos internacionales, de modo que funcionen en cascada, concatenando todos los instrumentos de menor jerarquía a un mismo fin, esto es, alcanzar y mantener la meta de neutralidad de emisiones de GEI, reducir la vulnerabilidad y aumentar la resiliencia climática del país.

Estos elementos clave incidirán en que la legislación climática sea lo suficientemente relevante como para generar un cambio de conducta no solo en los regulados, sino que más importante aún, en la forma cómo los órganos de la Administración del Estado planifican, elaboran e implementan sus políticas, planes y regulaciones en materia de cambio climático. Lo anterior, de modo de generar políticas públicas que sean coordinadas, sistemáticas, durables, equitativas y efectivas en el tiempo[15].

Por tanto, la legislación climática debiese considerar los siguientes elementos:

responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales".

[15] Barton & Campion (2018), p. 24.

i) metas de reducción de emisiones de GEI a largo plazo;
ii) instrumentos que impulsen la acción temprana de los sectores con la finalidad de alcanzar la meta a largo plazo, para lo cual se requiere metas sectoriales de mitigación, mediante *carbon budgets* o presupuestos de carbono, y metas de adaptación;
iii) la identificación de las políticas, medidas y acciones necesarias para alcanzar las metas a largo plazo, así como las metas sectoriales de mitigación y adaptación;
iv) la obligación de los órganos de la Administración del Estado de considerar el cambio climático en la dictación de sus políticas y normas, y de contar con metas claras; y,
v) la existencia de mecanismos de información que permitan evaluar en el tiempo las decisiones adoptadas mediante obligaciones de monitoreo, reporte y verificación[16].

A continuación, revisaremos cómo cada uno de los elementos mencionados debiese ser abordado y cómo se encuentra recogido en el PDLMCC, de manera de superar las brechas indicadas en el apartado anterior.

1. Objetivos a largo plazo

Si bien el Acuerdo de París establece como objetivo mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2°C y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales, así como la necesidad de lograr la neutralidad de emisiones en la segunda mitad del siglo[17], la más reciente recomendación del IPCC es hacerlo al 2050, atendida la magnitud de los impactos que podrían evitarse en los sistemas humanos y naturales[18].

En este contexto, se plantea la interrogante acerca de los instrumentos de política pública que permitan alcanzar de mejor forma dicho objetivo a largo plazo. Frente a ello, se ha propuesto dos alternativas: la dictación de actos administrativos por parte de los gobiernos, o bien, la dictación de leyes.

[16] Barton & Campion (2018), p. 24.

[17] El artículo 4.1. del Acuerdo de París dispone: "Para cumplir el objetivo a largo plazo referente a la temperatura que se establece en el artículo 2, las Partes se proponen lograr que las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero alcancen su punto máximo lo antes posible, teniendo presente que las Partes que son países en desarrollo tardarán más en lograrlo, y a partir de ese momento reducir rápidamente las emisiones de gases de efecto invernadero, de conformidad con la mejor información científica disponible, para alcanzar un equilibrio entre las emisiones antropógenas por las fuentes y la absorción antropógena por los sumideros en la segunda mitad del siglo, sobre la base de la equidad y en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza".

[18] Intergovernmental Panel on Climate Change (2018).

Si bien la dictación de políticas del Ejecutivo presenta ventajas asociadas a la rapidez en su elaboración e implementación, que es, por cierto, el camino que se ha adoptado en el ámbito interno hasta ahora, el consignar dichas metas a largo plazo en una ley presenta ventajas indudables que inciden en la estabilidad y compromiso con estas, no solo por parte del Estado, sino que de la sociedad en su conjunto. En efecto, el someterse a un amplio proceso de consenso a través de la discusión legislativa permite el compromiso de todas las fuerzas políticas con los objetivos trazados y que estos sean estables en el tiempo, ya que no dependen de los gobiernos de turno y su modificación solo puede realizarse sobre la base de los mismos consensos necesarios para su dictación. Ese ha sido el caso, por ejemplo, del Reino Unido, en que la Ley de Cambio Climático de 2008, ha perdurado a gobiernos de distinto signo político y ha permitido que el proceso de dictación de presupuestos de carbono se mantenga a través del tiempo[19].

Adicionalmente, cabe destacar que contar con objetivos de largo plazo en legislaciones climáticas no solo presenta ventajas asociadas a su estabilidad política y permanencia a través del tiempo, sino que, también, en cuanto al impacto que estas tienen en las reducciones de emisiones de GEI. Es así como existen algunos estudios en que se ha constatado que en aquellos países que cuentan con legislaciones de cambio climático se ha reducido la intensidad de emisiones de GEI en el corto plazo (dentro de los tres primeros años) y acumulativamente en el largo plazo, en comparación con aquellos países que cuentan con políticas públicas consagradas en actos del Ejecutivo[20].

A este respecto, cabe destacar que dicha tendencia ha adquirido fuerza en el último tiempo, tal como lo demuestra el hecho que en la actualidad hay seis países en el mundo que cuentan con metas de neutralidad a 2050 establecidas en la ley, salvo por Suecia que la ha fijado a 2045. Asimismo, hay seis países que están discutiendo leyes que establecen dicha meta en la ley, entre los que se encuentra Chile[21].

Por tanto, el papel del Congreso es esencial en la determinación de las políticas de cambio climático futuras; no obstante, la dictación de una ley de cambio climático solo supone contar con la estructura institucional y de instrumentos necesaria para enfrentar el cambio climático, los que deben ser dotados, a su vez, del contenido que permitirá adoptar medidas eficientes, eficaces, transversales y coordinadas en la materia. De esta forma, y si bien son dichas medidas las que, en definitiva, permitirán reducir las emisiones de

[19] Barton & Campion (2018), p. 34.

[20] Eskander y Fankhauser (2020), pp. 750-756.

[21] Energy & Climate Intelligence Unit (2021).

GEI y adaptarnos a los efectos adversos del cambio climático, una legislación climática que incluya los elementos aquí tratados representaría un cambio de paradigma en la forma cómo nos enfrentamos a este tremendo desafío, ya que permitiría contar con una estructura regulatoria vinculante que constituya el marco en el cual las políticas y regulaciones que inciden en el cambio climático serán planificadas, elaboradas e implementadas en el futuro.

En este contexto, cabe destacar que el PDLMCC introduce una meta de neutralidad de emisiones a 2050 que no solo se encuentra dentro de aquellas metas más ambiciosas y a la vanguardia en la legislación climática internacional, sino que es consistente con lo que las recomendaciones científicas han señalado constituye el objetivo que deben fijarse los países para que el aumento de la temperatura mundial no sobrepase los 1,5°C. Lo anterior, más aún si consideramos que desde el momento de su promulgación, habremos establecido en la ley el tipo de desarrollo que nos regirá, al menos, por los próximos treinta años, esto es, bajo en emisiones de carbono y resiliente al clima, tal como lo establece el objeto del proyecto de ley.

2. Instrumentos de gestión del cambio climático

En segundo lugar, es relevante destacar que una meta a largo plazo no es efectiva, si no considera instrumentos de corto y mediano plazo que permitan vincular a los distintos sectores con la finalidad propuesta, de modo que exista el impulso legal necesario para avanzar en el cumplimiento de dicha meta a través del tiempo.

En este contexto, es necesaria una estrategia que contenga los lineamientos de mitigación y adaptación a largo y mediano plazo, de conformidad con las recomendaciones del Acuerdo de París, la que, a su vez, se articule con la NDC, de modo que permita vincular legalmente los compromisos que el país asume en el ámbito internacional, con los instrumentos nacionales de gestión del cambio climático.

Es precisamente la vinculación de los instrumentos nacionales con la NDC, la que por definición debe actualizarse y ser más ambiciosa cada cinco años[22], lo que releva la importancia de incluir dicho instrumento en la legislación climática, en la medida que permite superar la situación actual en que no existen mecanismos nacionales que formalicen lo que se compromete

[22] El artículo 4.3. del Acuerdo de París establece: "La contribución determinada a nivel nacional sucesiva de cada Parte representará una progresión con respecto a la contribución determinada a nivel nacional que esté vigente para esa Parte y reflejará la mayor ambición posible de dicha Parte, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales.".

en la esfera internacional. Es así como, si bien presentamos nuestra primera NDC en 2015 y su actualización en 2020, la falta de un marco jurídico con instrumentos, responsables e indicadores de monitoreo, reporte y verificación claramente establecidos ha incidido en la extensión y profundidad en que dichos compromisos han sido cumplidos.

En este sentido, cabe destacar que el PDLMCC contempla la Estrategia Climática de Largo Plazo (ECLP) que constituye el instrumento articulador de la política climática nacional, y que en materia de mitigación se encuentra asociada a la determinación de un presupuesto nacional de emisiones o *carbon budget*, recogiendo en este punto las recomendaciones internacionales[23]. Dichos presupuestos representan la cantidad máxima de emisiones de GEI con que el país cuenta en un periodo determinado, para alcanzar la meta de neutralidad a 2050, como ha sugerido el IPCC.

La relevancia de establecer un presupuesto de emisiones en lugar de una meta de reducción se manifiesta en que este no solo representa un porcentaje de reducción de emisiones en una época determinada, sino que, además, una cantidad de emisiones acumulada a través del tiempo, que se fija mediante metas intermedias, lo que permite asegurar la planificación y adopción temprana de medidas tendientes a su cumplimiento. En la Estrategia, dicho presupuesto nacional se asigna, a su vez, entre aquellos sectores que representan las mayores emisiones de GEI del país, de forma tal que estos tengan metas claras y obligatorias en cuanto a la cantidad máxima de emisiones disponible para el sector, en un periodo determinado. Por último, es sobre la base de dichas metas que los distintos sectores deben elaborar planes sectoriales de mitigación, los que deben contener medidas costo efectivas para no sobrepasar su presupuesto sectorial de emisiones.

Por su parte, y en cuanto a la adaptación, la Estrategia contiene los lineamientos para las acciones transversales de adaptación, estableciendo objetivos, metas e indicadores de vulnerabilidad y adaptación a escala nacional, a mediano y largo plazo. Dichas metas se asignan a aquellos sectores que presentan mayor vulnerabilidad y que requieren aumentar su resiliencia a los efectos adversos del cambio climático. De la misma forma que en el caso de la mitigación, es mediante la elaboración de planes sectoriales de adaptación, que los sectores podrán identificar las medidas que les permitirán alcanzar dichas metas.

Adicionalmente, y de forma complementaria a los planes sectoriales de mitigación y adaptación que cumplen un papel en el ámbito nacional, es necesario elaborar planes de cambio climático a escala regional, cuya finali-

[23] Barton & Campion (2018), p. 29.

dad sea identificar aquellas medidas de mitigación y adaptación que deban implementarse en los territorios. A este respecto, cabe destacar que el PDLMCC contempla planes de acción regional, los que pueden incluir medidas de mitigación y adaptación que obedezcan al contexto regional, adicionales a aquellas establecidas en los planes sectoriales, por lo que podrán actuar de forma complementaria con estos, siguiendo para dichos efectos las directrices de la ECLP.

En este contexto, la legislación climática no debiese contener medidas específicas para enfrentar el cambio climático, ya que las recomendaciones y experiencias comparadas en la materia han relevado la importancia de fijar objetivos a largo plazo, una estructura institucional e instrumentos formales, pero dejando a los sectores la determinación de las medidas más apropiadas y costo eficientes para dar cumplimiento a sus metas sectoriales. Lo anterior, con la finalidad de contar con la flexibilidad que requiere una gestión climática que está expuesta a cambios tecnológicos, científicos, económicos y sociales en constante y rápida evolución[24]. A este respecto, el PDLMCC sigue las recomendaciones internacionales, otorgando a los sectores la flexibilidad necesaria para ajustar su gestión climática de acuerdo con las circunstancias, pero manteniendo como objetivo el cumplimiento de sus metas a mediano y largo plazo.

En cuanto a la elaboración de los planes sectoriales, y desde un punto de vista sustancial, estos debiesen contemplar una descripción detallada de las medidas que contienen, con indicación de responsables y plazos, así como con indicadores que permitan hacer su reporte, monitoreo y verificación. Asimismo, y desde un punto de vista formal, los procedimientos de elaboración y revisión deben encontrarse establecidos en la ley, con plazos determinados, incluyendo mecanismos de participación de la ciudadanía, así como el involucramiento de la sociedad civil y de los restantes sectores de la Administración del Estado, de manera de lograr la legitimidad que una acción climática transversal de esta envergadura requiere para ser exitosa.

A este respecto, resulta relevante destacar que el PDLMCC contiene procedimientos formales para la elaboración de los planes sectoriales, con responsables y plazos claramente establecidos, así como etapas de participación ciudadana y de involucramiento formal de todos los actores de la sociedad mediante el Consejo Nacional para la Sustentabilidad y el Cambio Climático, y de los órganos responsables de la política climática nacional mediante su participación en el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático.

[24] Averchenkova (2019).

En consecuencia, la legislación climática debe contar con instrumentos que permitan integrar la política climática internacional en el ámbito nacional, así como con una estructura sustancial, funcional y procedimental clara. En este orden de ideas, el PDLMCC cumple con los elementos esenciales que permiten asegurar dicha integración, por lo que representa un gran avance en la forma que el Estado se hace cargo de planificar la acción climática a largo plazo, en todos sus niveles.

3. *Fortalecimiento de la institucionalidad*

Actualmente, y tal como hemos señalado, nos encontramos con un único órgano de la Administración del Estado responsable de dictar políticas y programas en materia de cambio climático, sin que los demás órganos tengan un mandato claro al respecto. Ello, en definitiva, redunda en que los distintos sectores solo colaboran tangencialmente con el MMA, con la extensión y profundidad que quieran imprimirle los gobiernos de turno y siempre que ello no interfiera con el ejercicio de sus funciones primarias.

Por lo anterior, resulta esencial contar con una estructura jerarquizada, transversal, coordinada y con competencias claramente definidas, creando un soporte institucional adecuado para los instrumentos de gestión del cambio climático, de forma que el proceso de toma de decisiones incluya el aporte de la ciencia como insumo fundamental, y se facilite el control del cumplimiento de las metas de mitigación y adaptación mediante el refuerzo de las competencias del MMA.

Con este fin, el PDLMCC crea una institucionalidad que se construye a partir de la inclusión e interacción con aquellos órganos de la Administración del Estado que regulan los sectores que tienen la mayor incidencia en la generación de GEI o que se encuentran más expuestos a los efectos adversos del cambio climático, mediante la asignación de atribuciones y mandatos vinculantes, con plazos determinados y mecanismos de monitoreo, reporte y verificación de sus instrumentos.

Así, los órganos de la Administración del Estado con competencias específicas deben cumplir con los presupuestos sectoriales de emisiones de GEI y/o los lineamientos en materia de adaptación que establezca la ECLP, según corresponda; elaborar e implementar los planes sectoriales de mitigación y/o adaptación, respectivamente; monitorear y verificar el cumplimiento de las metas asignadas y las medidas comprometidas, así como reportar dichos avances al MMA, entre otras obligaciones.

Adicionalmente, se reforma el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, denominándose Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático, otorgándole nuevas competencias, e incorporando al Minis-

terio de Educación y al de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación. Dicho cambio es particularmente relevante, demostrando la preeminencia de la educación para el fortalecimiento de capacidades y el involucramiento ciudadano desde las primeras etapas de la educación escolar. Asimismo, el papel de la ciencia es relevado a lo largo de todo el proyecto de ley, con el objetivo de definir la trayectoria de emisiones del país y adoptar las decisiones regulatorias basadas en la mejor información científica disponible. Finalmente, cabe hacer presente que la incorporación de estos dos ministerios constituye una mejora a la institucionalidad ambiental en general, ya que ambos inciden significativamente en los instrumentos de gestión ambiental.

Como decíamos, la ciencia tiene una connotación especial en el proyecto de ley. Así, se crea el Comité Científico Asesor para el Cambio Climático para apoyar en el diseño e implementación de los instrumentos de gestión del cambio climático establecidos en el proyecto de ley. Dicho Comité está integrado por expertos en materia climática, dedicados a las ciencias ambientales, sociales y económicas.

Por otra parte, se reforma el Consejo Consultivo del MMA denominándose Consejo Nacional para la Sustentabilidad y el Cambio Climático, otorgándole nuevas competencias y modificando su integración, de manera de enfatizar las materias de cambio climático. En este sentido, se incorporan modificaciones para reforzar la integración actual que considera representantes de la sociedad civil, la academia y el empresariado, entre otros, pero con plazas específicas para aquellos con experiencia en materia de cambio climático. Adicionalmente, es relevante destacar la incorporación de un representante de la juventud, que para estos efectos es importante atendida la equidad intergeneracional que debe permear la acción climática.

Finalmente, tanto el ETICC como los CORECC son formalizados, regulando su integración, funcionamiento y competencias.

4. Mandato transversal a los órganos de la Administración del Estado

El papel del Estado en materia de cambio climático es primordial en tanto tiene a su cargo el mandato de dictar las regulaciones e implementar los incentivos necesarios para que las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático sean eficaces y efectivas.

De esta forma y, si bien los privados tienen libertad para desarrollar actividades económicas y actualmente nos encontramos transitando hacia una descarbonización de la matriz energética, ello no ha ocurrido de forma espontánea, sino que ha sido el resultado de una serie de políticas públicas a escala legal, reglamentaria y administrativa, destinadas a favorecer el desarro-

llo de las energías renovables[25]. Algo muy distinto ha ocurrido con el desarrollo de proyectos de reducción de emisiones de GEI que, si bien se han ejecutado voluntariamente al amparo de iniciativas de responsabilidad social empresarial, ello ha sucedido a una escala muy menor atendida la falta de obligaciones en materia de reducción de emisiones. Así, y en muchas otras materias, es posible encontrar ejemplos en que el papel del Estado es esencial para liderar el tránsito hacia una economía baja en carbono y resiliente al clima, y lograr cambios permanentes y significativos en el tiempo.

Para ello no resulta suficiente el fortalecimiento institucional revisado en el acápite anterior, sino que es necesario transitar hacia una función pública en que el Estado en su conjunto cuente con obligaciones y atribuciones claramente definidas, de modo que el ejercicio de sus funciones habituales considere la variable climática como un elemento esencial dentro de los supuestos que habilitan su potestad regulatoria. Si no se materializa ese papel primordial, los incentivos hacia los regulados, la sociedad civil y los individuos en particular, carecerán de la visión transversal e integrada necesaria para hacer frente a los desafíos que plantea el cambio climático.

Es precisamente en la atribución de obligaciones específicas, así como en un mandato transversal claro, que una legislación climática nacional debiera significar un cambio de paradigma en la gestión ambiental, ya que constituiría la primera ley ambiental verdaderamente transversal, en que el cumplimiento de un objetivo ambiental se extiende a toda la estructura estatal sin distinción. De esta forma, el cambio climático se incorporaría como parte de los mandatos sectoriales de cada uno de los órganos que regulan aquellos sectores relevantes por su incidencia en el cambio climático, por lo que estos deberían dar cumplimiento a los mismos mediante políticas, planes y normas tendientes a reducir las emisiones de GEI, o bien, a adaptarse a los efectos adversos del cambio climático. Por tanto, la acción sectorial se encontraría permeada de manera transversal por la promoción y adopción de aquellas políticas, planes, programas y normas que sean conducentes al cumplimiento de las metas nacionales y sectoriales que en materia de cambio climático establezca la ley o los instrumentos dictados a su amparo.

Lo anterior, representaría un cambio en el modo cómo se enfrenta actualmente el cambio climático, en que se ha utilizado una técnica similar al modelo coordinador de los instrumentos de gestión ambiental que se encuentran a cargo del MMA o de otros órganos que forman parte de la institucionalidad ambiental. Dicho modelo supone el ejercicio de atribuciones por parte de la institucionalidad ambiental, mediante un papel coordinador

[25] Pérez Errázuriz (2020), pp. 9-41.

en que los otros órganos de la Administración del Estado concurren desde sus atribuciones sectoriales como colaboradores en el ejercicio de la función ambiental de que se trate. Ese es el caso, por ejemplo, de los planes de prevención y/o descontaminación ambiental, que constituyen instrumentos de gestión ambiental multisectoriales en que más allá de las medidas de reducción de emisiones que se imponen a los regulados, contienen medidas que proponen otros órganos de la Administración del Estado, como es el caso de los subsidios de eficiencia térmica, la construcción de áreas verdes y ciclovías, el mejoramiento de transporte urbano, entre otras. Lo mismo ocurre, en un ámbito mucho más reglado, en el caso del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, en que los órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental participan de la evaluación ambiental pero siempre desde sus competencias y bajo la coordinación del Servicio de Evaluación Ambiental.

El mismo sistema es el que se ha empleado hasta hoy en materia de cambio climático. En efecto, es el MMA el encargado de dictar las políticas y programas de cambio climático; no obstante, la transversalidad de la materia y la falta de atribuciones más específicas ha significado en la práctica que el MMA debe recurrir a los otros Ministerios para que estos desde sus atribuciones contribuyan con su papel en la materia, lo que presenta las falencias ya descritas.

En este orden de ideas, el PDLMCC contempla dos mecanismos mediante los cuales descentraliza la función climática hacia los restantes órganos de la Administración del Estado, de modo de hacerla verdaderamente transversal. Por una parte, contempla atribuciones específicas para aquellos órganos que forman parte de la institucionalidad para el cambio climático como vimos recientemente y, por otra, impone una obligación general a los órganos de la Administración del Estado de incluir el cambio climático en la elaboración y evaluación de sus políticas, planes, programas y normas, según las directrices establecidas en la ECLP.

Sobre este último punto, cabe destacar que conforme el artículo 1° de la Ley n.° 18575, forman parte de la Administración del Estado los ministerios, la intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los gobiernos regionales, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley. De esta forma, el PDLMCC impone un mandato transversal a todos los órganos que conforman la Administración del Estado, no importando si tienen obligaciones específicas al amparo del mismo, lo que implica recoger a nivel legislativo el cambio climático como uno de los elementos que deben considerarse al

momento de elaborar e implementar políticas públicas, en los más distintos ámbitos y niveles.

En este contexto, el MMA asume un rol verdaderamente coordinador de la política climática del país, de modo de asegurar la coherencia y consistencia de los compromisos que asume en el ámbito internacional con las medidas internas que se implementan para asegurar dicho cumplimiento. De esta forma, el Ministerio se encuentra a cargo de elaborar e implementar la ECLP y la NDC; actuar de contraparte técnica de los planes sectoriales de mitigación y adaptación de los restantes sectores; elaborar e implementar los instrumentos de gestión del cambio climático que le corresponden de acuerdo con sus atribuciones generales, como es el caso del plan sectorial de adaptación de biodiversidad; requerir información acerca del cumplimiento de metas y medidas mediante indicadores de monitoreo, reporte y verificación; y, administrar los sistemas de información necesarios para asegurar la trazabilidad, transparencia y contabilidad de los datos, conforme los requerimientos internacionales.

En consecuencia, el PDLMCC implica un cambio paradigmático en tanto supone mirar el problema del cambio climático desde la óptica correcta, esto es, aquella en que el Estado utiliza todo el rango de su potestad regulatoria al servicio de la solución de un problema que es transversal y multisectorial.

III. El involucramiento de actores no estatales

Considerando el papel preponderante que el Estado debe asumir en su conjunto como promotor e impulsor de los cambios que se requieren para lograr una economía baja en carbono y resiliente al cambio climático, es importante relevar, asimismo, el papel que deben tener los regulados y la ciudadanía en general. En este sentido, estos no solo deberían ser receptores de la regulación, sino que formar parte esencial de los procesos de elaboración y revisión de los instrumentos de gestión del cambio climático. Asimismo, deberían ser agentes de cambio en la medida que son quienes pueden gestionar de forma más costo eficiente las reducciones de emisiones necesarias para cumplir nuestras metas de mitigación.

En virtud de lo anterior, las oportunidades e importancia del involucramiento de los actores no estatales en la gestión del cambio climático se manifiesta en dos aspectos fundamentales: los mercados de carbono y la participación ciudadana.

1. Los mercados de carbono

Existe un consenso relativamente amplio en cuanto a las ventajas que presentan los mecanismos de precio al carbono como instrumentos que permiten internalizar los costos sociales y ambientales de las emisiones de GEI, a la vez que favorecen la reducción costo efectiva de dichas emisiones y el desarrollo de nuevas tecnologías[26]. Actualmente, existen sesenta y una iniciativas de precio al carbono en el mundo implementadas o en vías de implementación, ya sea mediante sistemas de emisión transables o impuestos, que representan una cobertura de aproximadamente 22% de las emisiones mundiales de GEI[27].

Por su parte, los sistemas de créditos de carbono han sido utilizados ampliamente para financiar acciones de mitigación en aquellos sectores en los que el costo es menor. En efecto, estos se han utilizado para acreditar el cumplimiento de obligaciones de reducción de emisiones establecidas en virtud de sistemas de emisión transable o impuestos al carbono, así como para compensar emisiones de personas y organizaciones fundadas en compromisos voluntarios de reducción o como requisito para recibir financiamiento climático basado en resultados[28].

Chile no se ha quedado atrás en esta tendencia. Ya desde el año 2014 cuenta con impuestos a las emisiones de dióxido de carbono y a algunos contaminantes locales de relevancia por sus efectos en la salud de la población. Dicho impuesto ha sido recientemente modificado mediante la Ley n.° 21210, con la finalidad de gravar a las fuentes emisoras de acuerdo con la magnitud de sus emisiones y no según la tecnología que utilicen, como ocurría en la formulación original del impuesto. Asimismo, permite deducir de las emisiones sujetas al impuesto aquellas reducciones de emisiones alcanzadas mediante la ejecución de proyectos llevados a cabo con dicha finalidad, creando con ello los cimientos del primer mercado de carbono interno.

En esta misma línea, una legislación climática robusta debiera considerar los incentivos necesarios para impulsar reducciones de emisiones obligatorias por parte de los privados, en la medida que los incentivos para realizar dichas reducciones en forma voluntaria no parecen ser suficientes para cambiar sustancialmente la conducta de los regulados. Asimismo, y tal como se hace en otras jurisdicciones, debería contemplarse la flexibilidad necesaria para que dichas reducciones sean alcanzadas en aquellos sectores donde resulta más costo eficiente de modo de canalizar financiamiento climático hacia actividades de mitigación que actualmente no cuentan con el mismo.

[26] Baranzini, Van den Bergh, Carattini,Howarth, Padilla y Roca (2016).
[27] World Bank Group (2020), p. 9.
[28] *Op. cit.*, p. 48.

En este contexto, se destaca que el PDLMCC contempla la posibilidad de establecer límites a las emisiones de GEI, mediante normas de emisión, y utilizar reducciones de emisiones certificadas para acreditar el cumplimiento de dichos límites.

De esta forma, mediante normas de emisión de GEI se establecerán límites de emisión para un establecimiento, fuente emisora o agrupación de estas, los que se determinarán en función de un estándar de emisiones de referencia por tecnología, sector y/o actividad, considerando las mejores técnicas disponibles, y aplicando criterios de costo-efectividad, equidad, responsabilidad, e impactos económicos, sociales y ambientales.

A este respecto, la relevancia de la definición regulatoria que hace el proyecto de ley radica principalmente en la habilitación legal para la dictación de normas de emisión de contaminantes globales, que puedan vincularse a los compromisos internacionales que ha asumido el país y al aporte de los diferentes sectores en el Inventario Nacional de Emisiones de GEI.

En efecto, y si bien la Ley n.° 19300 le entrega al MMA la potestad de dictar normas de emisión respecto de contaminantes en general, sin distinción alguna, los límites normativos de dicha habilitación no tienen la amplitud necesaria para comprender los contaminantes globales.

En este sentido, la definición de normas de emisión que contempla la referida ley[29] permitiría fijar límites a contaminantes globales en tanto estas tienen por finalidad establecer la cantidad máxima permitida para un contaminante, medida en el efluente de la fuente emisora. Sin embargo, la definición de contaminante[30] supone, por su parte, la existencia de determinados efectos que no es posible vincular a los contaminantes globales con la causalidad necesaria para motivar adecuadamente el establecimiento de un límite de emisión. Lo anterior, ya que se requiere que la presencia o carencia de dichas sustancias o compuestos en el medio ambiente pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental.

De esta forma, y aunque podría sostenerse que los efectos de los contaminantes globales son tan amplios y transversales que inciden en todos y cada uno de los referidos aspectos[31], ello no es suficiente para fijar límites

[29] Artículo 2 literal o).de la Ley n.° 19300

[30] El artículo 2 letra d) de la Ley n.° 19300 define contaminante como "todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, luminosidad artificial o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental".

[31] Intergovernmental Panel on Climate Change (2018).

a sus emisiones atendido que dichos efectos se manifiestan en el sistema climático global de forma acumulativa, no importando el tipo de fuente, el lugar donde se generan ni su temporalidad. Por tanto, la imposibilidad de vincular causalmente los efectos sobre las personas o el medio ambiente ocasionados por los GEI que generan fuentes determinadas impide, bajo la actual estructura legal, fijar límites a sus emisiones.

Esta relación causa-efecto es particularmente relevante, dado que las normas de emisión contempladas en la Ley n.°19300 y tratadas pormenorizadamente en el decreto supremo n.° 38, de 2012, del MMA, se establecen, precisamente, para prevenir un riesgo a la salud o calidad de vida de las personas, o a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental. Por tanto, es dicha causalidad la que permite motivar el acto administrativo al momento de regular, evitando la discrecionalidad administrativa en la fijación de límites. *A contrario sensu*, la falta de este elemento trae como consecuencia que no se pueda utilizar dicho mecanismo para las emisiones de GEI, ya que los estándares no tendrían suficiente motivación, afectando con ello su legalidad.

En este orden de ideas, al existir una ley de cambio climático, con una meta legal, presupuestos sectoriales de emisión de GEI, y una habilitación para dictar normas de emisión de dichos gases, se crea una estructura instrumental para que estas normas ya no se sustenten en una relación directa con la salud o bienestar de la población ni con la preservación o conservación del ambiente, sino que encuentren su fundamento en el cumplimiento de las metas que la ley y sus instrumentos establecen, otorgando la debida motivación al acto en cuestión.

Por tanto, no se amplía la potestad regulatoria de las normas de emisión de la Ley n.° 19300, sino que se crea un instrumento distinto, una norma de emisión de GEI que obedece a una lógica regulatoria completamente diversa. De esta forma, el proyecto supera las dificultades normativas de contaminantes locales versus globales, facultando al MMA para la dictación de normas de emisión de estos últimos, las que se encuentran vinculadas a la ECLP y a los compromisos de reducción de emisiones de GEI asumidos por Chile en virtud de sus NDC. En efecto, las normas de emisión de GEI pasan a constituir una de las medidas que pueden incluir los distintos sectores en sus planes sectoriales de mitigación para no superar sus presupuestos sectoriales de emisión.

Cabe recordar que dichos presupuestos son fijados en la ECLP considerando el presupuesto nacional de emisiones definido en virtud de la meta de carbono neutralidad y la NDC, así como criterios de equidad y costo efectividad, lo que supone ponderar el aporte de los diferentes sectores al Inventario Nacional de Emisiones y las oportunidades de reducción de emisiones económicamente más eficientes.

De esta forma, y considerando la estructura legal propuesta, no es necesario establecer los efectos de los GEI generados por las fuentes de un sector determinado, ya que solo se requiere vincular proporcionalmente su aporte al inventario nacional y evaluar la efectividad de dichas reducciones en comparación con todo el espectro de alternativas con que cuenta el país, de forma de adoptar una decisión regulatoria basada en la efectividad y eficiencia de dichos límites para el cumplimiento de los compromisos de reducción asumidos internacionalmente.

Adicionalmente a la creación de normas de emisión de GEI, el PDLMCC contempla la posibilidad de acreditar el cumplimiento de dichos límites mediante certificados asociados a proyectos de reducción o absorción de emisiones de GEI. Ello presenta ventajas no solo desde el punto de vista de los regulados por normas de emisión, sino que, también, para aquellas fuentes de emisiones que no se encuentran sujetas a obligaciones de reducción.

En efecto, desde el punto de vista de los regulados, les confiere flexibilidad de modo que pueden cumplir con sus límites de emisión mediante reducciones de emisiones en sus propias fuentes ya sea por cambio de combustibles, mejoras tecnológicas u operacionales, entre otras, o bien, mediante certificados que acrediten reducciones de emisiones realizadas en otras fuentes en que dicha reducción sea más costo efectiva.

Por su parte, y desde el punto de vista de aquellas fuentes no reguladas, favorece la implementación de proyectos destinados a la reducción o absorción de GEI, atendido el hecho de que existen sujetos regulados dispuestos a financiar la implementación de nuevas tecnologías, cambios de combustibles o soluciones basadas en la naturaleza para dar cumplimiento a sus obligaciones. De esta forma, se promueve una economía baja en carbono y resiliente al clima en aquellos sectores que no se encuentran sujetos a obligaciones de reducción de emisiones.

Adicionalmente, el PDLMCC dispone la implementación de un sistema de certificación de proyectos, de modo de garantizar su integridad ambiental y asegurar que las reducciones o absorciones de emisiones de GEI sean reales, permanentes, medibles, adicionales, verificadas independientemente y que cumplan con criterios de desarrollo sustentable, tal como recomiendan organismos internacionales[32].

En consecuencia, el proyecto de ley representa una nueva forma en que los regulados se incorporan a la acción climática, ya que al habilitar la dictación de normas de emisión de GEI y la posibilidad de acreditar su cumplimiento mediante compensación de emisiones impulsa el desarrollo de

[32] World Bank Group (2020), p. 50.

una economía baja en carbono no solo en aquellos regulados por la norma, sino que, también, en aquellos sectores en que resulta más costo eficiente lograr reducciones de emisiones mediante la implementación de proyectos específicos.

2. La participación ciudadana

Considerando la naturaleza transversal del cambio climático, la participación ciudadana constituye un elemento esencial en la legitimidad de las decisiones regulatorias adoptadas en el contexto de los instrumentos de gestión del cambio climático. De esta forma, una legislación climática que pretenda integrar adecuadamente la complejidad del cambio climático en todo su espectro debe considerar instancias reguladas de participación ciudadana, con estándares que permitan dar cuenta de un involucramiento activo.

En este contexto, una legislación climática que contemple dichos mecanismos significará un verdadero cambio de paradigma en la manera cómo los órganos de la Administración del Estado generan los instrumentos regulatorios que se encuentran a su cargo.

Tradicionalmente, los instrumentos de gestión ambiental contemplan instancias formales de participación ciudadana. Sin embargo, esta participación está mandatada para los órganos a cargo de dichos instrumentos, esto es, el MMA y el Servicio de Evaluación Ambiental. En consecuencia, podemos observar que el involucramiento ciudadano tiene relación con la institucionalidad ambiental más que con las materias ambientales consideradas transversalmente en el ejercicio de las funciones de otras reparticiones del Estado.

En el caso del PDLMCC, este amplía el espectro de posibilidades de involucramiento ciudadano, creando instancias formales de participación a cargo de todos los órganos de la Administración del Estado encargados de elaborar instrumentos de gestión del cambio climático. De esta forma, el proyecto de ley se destaca, en el ámbito nacional y comparado, por la relevancia que otorga a la participación ciudadana (PAC), como mecanismo de contribución activa en el diseño de los instrumentos de gestión del cambio climático.

Esta importancia se plasma en el principio de transversalidad, en virtud del cual se promueve la participación del sector privado, la academia y la sociedad civil, en los diversos ámbitos territoriales. Dicho principio inspira toda la ley, en especial la obligación que impone a los órganos del Estado de facilitar instancias de PAC, considerando los sectores más vulnerables y con especial enfoque de género, lo que constituye, a su vez, una aplicación del principio de equidad, que impone el deber del Estado de procurar una justa asignación de cargas, costos y beneficios.

En cuanto a la PAC en la elaboración de los instrumentos de gestión del cambio climático, tanto la ECLP y la NDC como los planes sectoriales, y las Normas de Emisión de GEI, incluyen etapas reguladas de participación ciudadana que buscan enriquecer dichos instrumentos. Asimismo, todos estos instrumentos contemplan revisiones periódicas que también consideran instancias de PAC, brindando la oportunidad a la ciudadanía de evaluar el avance de los instrumentos y presentar observaciones para la mejora de estos.

De esta forma, el PDLMCC introduce la participación no solo en los instrumentos que elabora el MMA, sino que en aquellos que emanan de las autoridades sectoriales responsables de elaborar instrumentos de gestión del cambio climático. En consecuencia, deberán realizar etapas formales de participación ciudadana los Ministerios de Energía; Transporte y Telecomunicaciones; Minería; Salud; Agricultura; Obras Públicas; Vivienda y Urbanismo; Economía, Fomento y Turismo; y, Defensa Nacional.

Por otra parte, y de manera adicional a las instancias de participación descritas, existe una de carácter permanente en el Consejo Nacional para la Sustentabilidad y el Cambio Climático, integrado por representantes de organizaciones sin fines de lucro que tienen por objetivo la protección del medio ambiente, así como científicos y académicos expertos.

En este orden de ideas, cabe hacer presente que para que exista una participación adecuada y significativa de la ciudadanía, es necesario que exista información disponible de manera permanente para la sociedad en su conjunto. De esta forma, el proyecto de ley contempla múltiples sistemas de información sobre cambio climático, a saber: el Sistema Nacional de Inventarios de GEI, Sistema Nacional de Prospectiva, Sistema de Certificación de GEI, Plataforma de Vulnerabilidad Climática y Repositorio Científico. Estos sistemas constituyen herramientas de información activa en materias que van desde contabilidad y proyección de GEI, hasta mapas de vulnerabilidad del territorio.

Finalmente, en cuanto al acceso a la información, el PDLMCC dispone que los órganos que participan en la gestión del cambio climático deben remitir al MMA información acerca de sus actividades, acciones, programas, proyectos, instrumentos y presupuestos en materia de cambio climático. Dicha información será incorporada al Sistema Nacional de Información Ambiental, de libre acceso al público, consagrándose así una disposición robusta de acceso a la información y transparencia activa.

Conclusiones

El cambio climático es un problema global y transversal que afecta a todos los países y a todas las personas, generando consecuencias drásticas en el medio

ambiente y en la salud de la población. En el ámbito nacional, nuestro país es altamente vulnerable a los impactos de este fenómeno, por lo que se hace urgente actuar. Adicionalmente, y en un contexto de pandemia, en que sus consecuencias se ven exacerbadas producto del cambio climático, cobra aún mayor importancia abordar esta problemática de manera integral y coordinada por parte del Estado, de forma de sentar las bases de una acción permanente y duradera en el tiempo.

No es menor que el inicio de este proceso legislativo haya coincidido con la pandemia más dura de los últimos cien años, con implicancias para la salud de las personas, la economía mundial, la globalización y los modos de vida modernos que, sin lugar a duda, son catastróficas y que nos han obligado a reevaluar nuestro lugar en el mundo y la relación con el planeta. De alguna forma, esta pausa obligada ha servido para reforzar la urgencia de la acción climática, atendida las similitudes y paralelos con las causas y efectos de la pandemia, y la necesidad de enfocar los esfuerzos de recuperación económica de forma consistente con la promoción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en especial con el tránsito hacia una economía baja en carbono y resiliente al clima[33].

En este contexto, Chile ha desarrollado una serie de instrumentos de política pública y un esquema institucional que busca hacer frente a los desafíos del cambio climático, de modo que ha experimentado un notorio avance en los últimos cinco años, tal como ha sido reconocido internacionalmente[34]. No obstante, hemos identificado brechas que tienen relación con la falta de objetivos a largo plazo; instrumentos inadecuados para gestionar el cambio climático, dado su carácter orientador y la consecuente falta de vinculatoriedad; una institucionalidad deficiente, producto de su informalidad e imprecisión de competencias; y, la ausencia de un mandato transversal para los órganos del Estado involucrados en la materia, con facultades y obligaciones delimitadas.

Asimismo, hemos realizado propuestas para superar estas brechas, considerando las recomendaciones internacionales que incluyen fijar objetivos a largo plazo, con una mirada de Estado que trascienda a los gobiernos de turno; crear instrumentos de gestión del cambio climático especializados, con metas, responsables, indicadores y obligaciones de monitoreo, reporte y verificación; fortalecer la institucionalidad con mandatos claros, integración y funciones definidas e interacciones con instrumentos de gestión de cambio climático; y, finalmente, entregar un mandato transversal a los órganos de la Administración del Estado, delimitando competencias e involucrando al Estado en su conjunto para hacer frente a un problema intersectorial.

[33] Bhattacharya, Kharas, Stern & Xie (2020).

[34] Burck, Hagen, Höhne, Nascimento & Bals (2020).

El PDLMCC ha recogido todos estos elementos, demostrando ser una iniciativa sumamente ambiciosa que se formula al alero de la mejor información disponible. Por tanto, y sin perjuicio de las modificaciones o mejoras que pueda experimentar el texto en su tramitación legislativa, es esperable que los elementos aquí descritos se mantengan, pues representan el necesario cambio de paradigma en la gestión ambiental, en que el MMA deja de ser el responsable exclusivo en materia climática, asumiendo el papel de un auténtico coordinador de la gestión del cambio climático, que pasa a ser de todos los órganos de la Administración del Estado. Dichos órganos se ven investidos de nuevas competencias y obligaciones que, a su vez, están dirigidas por una meta definida en la ley y una trayectoria de emisiones determinada por la ECLP y la NDC, al amparo de los compromisos internacionales y la mejor ciencia disponible. De esta manera, los instrumentos de gestión del cambio climático están concatenados e interactúan en los diversos niveles jerárquicos y territoriales.

Este cambio de paradigma se extiende más allá del Estado y alcanza a los regulados y la sociedad civil. Así, el sector privado recibe incentivos para invertir en tecnologías más eficientes y bajas en emisiones, con un doble propósito, cumplir límites normativos e insertarse en un mercado de carbono que abre las puertas a la competitividad de energías limpias y eficientes, redundando en una mejora ambiental y tecnológica para el país.

Asimismo, la forma en que la sociedad civil se vincula con el Estado experimenta considerables mejoras, permitiendo un involucramiento significativo y constante en la gestión del cambio climático. Lo anterior, mediante el mandato transversal para los órganos del Estado de llevar adelante instancias formales de participación en la elaboración y revisión de los instrumentos que contempla el proyecto de ley, permitiendo un control permanente de la ciudadanía, que contribuirá a la mejora de estos instrumentos para la consecución de sus fines. Adicionalmente, dicha participación está apoyada por múltiples sistemas de información y acceso.

En suma, el PDLMCC otorga una visión y una estructura regulatoria que permite gestionar el cambio climático de manera realmente transversal con el involucramiento activo de todos los sectores, mejorando la aproximación de los instrumentos de gestión ambiental tradicionales, y creando un cambio de paradigma en la gestión ambiental en general y climática en particular. Solo queda esperar que la discusión parlamentaria enriquezca este proyecto y se tramite con paso firme y decidido, aunando voluntades políticas con miras a un país que sea menos vulnerable y más resiliente al clima, que genere su política pública con el involucramiento de todos los actores, y que se convierta en líder en la lucha por la mitigación de GEI, velando por el bienestar de su población, así como de las generaciones futuras.

Bibliografía

Averchenkova, Alina. (2019). "Legislating for a low carbon and climate resilient transition: learning from international experiences". Disponible en www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/policy-paper-2019-legislating-low-carbon-climate-resilient-transition [fecha de consulta: 2 de enero de 2021].

Baranzini, Andrés, Jeroen van den Bergh, Stefano Carattini, Richard Howarth, Emilio Padilla y Jordi Roca (2016). "Seven Reasons to Use Carbon Pricing in Climate Policy", Disponible en www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2016/02/Working-Paper-224-Baranzini-et-al.pdf [fecha de consulta: 7 de enero de 2021]

Barton, Barry & Jennifer Campion (2018). "Climate Change Legislation: Law for Sound Climate Policy Making", in Donald Zillman, Marha Roggenkamp, LeRoy Paddock and Lee Godden (eds.). *Innovation in Energy Law and Technology: Dynamic Solutions for Energy Transitions.* Oxford: Oxford University Press.

Bhattacharya, Amar, Homi Kharas, Nicholas Stern & Chunping Xie (2020). "Reviving global cooperation in challenging times". Disponible en www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2020/11/Reviving-global-cooperation-in-challenging-times.pdf [fecha de consulta: 13 de enero de 2021].

Boletín N° 13191-12, Proyecto de Ley que fija Ley Marco de Cambio Climático, ingresado al Senado el 13 enero de 2020, actualmente en primer trámite constitucional. Disponible enwww.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13191-12 fecha de consulta: Marzo de 2021]

Burck, Jan, Ursula Hagen, Niklas Höhne, Leonardo Nascimento & Christoph Bals (2020). "Climate Change Performance Index 2021". Disponible en https://ccpi.org/download/the-climate-change-performance-index-2021/ [fecha de consulta: 13 de enero de 2021]

Ching, Joseph, & Mizuo Kajino (2020). "Rethinking Air Quality and Climate Change after COVID-19". *International journal of environmental research and public health*, 17(14). Disponible en https://doi.org/10.3390/ijerph17145167 [fecha de consulta: 13 de enero de 2021]

Comisión Económica para América Latina y el Caribe y Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2016). "Evaluaciones del desempeño ambiental: Chile 2016". Disponible en www.cepal.org/es/publicaciones/40308-evaluaciones-desempeno-ambiental-chile-2016 fecha de consulta: 13 de enero de 2021]

Energy & Climate Intelligence Unit (2021). "Net Zero Emission Race". Disponible en https://eciu.net/netzerotracker [fecha de consulta: 4 de enero de 2021].

Eskander, Shaikh & Sam Fankhauser (2020). "Reduction in greenhouse gas emissions from national climate legislation". *Nature Climate Change* 10. Disponible en https://doi.org/10.1038/s41558-020-0831-z [fecha de consulta: Mayo 2021]

Intergovernmental Panel on Climate Change (2014). *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Disponible en www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/02/WGIIAR5-PartA_FINAL.pdf [fecha de consulta: 14 de enero de 2021].

Kerry, John (2020). "The parallels between the coronavirus and the climate crisis". Disponible en www.bostonglobe.com/2020/04/21/opinion/parallels-between-coronavirus-climate-crisis/ [fecha de consulta 13 de enero de 2021].

Ministerio del Medio Ambiente (2014). "Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático". Disponible en https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/Plan-Nacional-Adaptacion-Cambio-Climatico-version-final.pdf [fecha de consulta: 13 de enero de 2021].

Ministerio del Medio Ambiente (2020). "Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC) de Chile. Actualización 2020". Disponible en https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/NDC_Chile_2020_espan%CC%83ol-1.pdf [fecha de consulta: 13 de enero de 2021].

Mora, Valentina (2021), "Banco Mundial advierte que Chile ha perdido cerca de US$9 mil millones por inundaciones y sequías". Disponible en www.df.cl/noticias/df-lab/cambio-climatico/banco-mundial-advierte-que-chile-ha-perdido-cerca-de-us-9-mil-millones/2021-01-13/213159.html [fecha de consulta: Marzo 2021].

"ONU critica la 'marcha atrás' en materia medioambiental de Brasil y EE.UU", en *El Comercio*, 27 de febrero de 2020. Disponible en www.elcomercio.com/tendencias/onu-retroceso-medioambiental-brasil-eeuu.html [fecha de consulta: Marzo 2021].

Panel Intergubernamental de Expertos en Cambio Climático (IPCC) (2018). *Calentamiento global de 1,5 °C, Informe especial del IPCC sobre los impactos del calentamiento global de 1,5 ºC con respecto a los niveles preindustriales y las trayectorias correspondientes que deberían seguir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero, en el contexto del reforzamiento de la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, el desarrollo sostenible y los esfuerzos por erradicar la pobreza*. Disponible en www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/SR15_Summary_Volume_spanish.pdf fecha de consulta: 12 de enero de 2021].

Pérez Errázuriz, Clemente (2020). "Normas y políticas públicas destinadas al crecimiento de las energías renovables en Chile". *Revista de Derecho Ambiental*, n.° 14. Disponible en doi:10.5354/0719-4633.2020.54038 [fecha de consulta: Marzo 2021].

"Secretary-General welcomes US return to Paris Agreement on Climate Change".UN News. 20 January 2021. Disponible en https://news.un.org/en/story/2021/01/1082602 [fecha de consulta: Mayo 2021].

World Bank Goup (2020). *State and Trends of Carbon Pricing 2020*. Disponible en https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/33809/9781464815867.pdf?sequence=4&isAllowed=y [fecha de consulta: Abril 2021].

Wu, Xiao, Rachel Nethery, Benjamin Sabath, Danielle Braun & Francesca Dominici (2020). "Exposure to air pollution and COVID-19 mortality in the United States: A nationwide cross-sectional study", *medRxiv*. Disponible en https://doi.org/10.1101/2020.04.05.20054502 [fecha de consulta: Abril 2021].

ESTADO DE DERECHO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL

RULE OF LAW AND CONSTITUTIONAL ENVIRONMENTAL BLOCK

Primera parte

Raúl F. Campusano Droguett[*]
Ignacio Carvajal Gómez[**]

Resumen: El objetivo de este trabajo, es presentar algunas reflexiones sobre el Estado de derecho en virtud del ordenamiento jurídico vigente, el derecho ambiental internacional al cual está obligado conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, y cómo su contenido formaría un verdadero Bloque de Constitucionalidad Ambiental que debiera ser considerado y respetado, como punto de partida, marco y limitación en el área, para la actividad de la Convención Constitucional en la redacción de una futura Carta Fundamental. El escrito busca destacar la relevancia de las convenciones internacionales ambientales para el país, las que, habiendo sido incorporadas a su ordenamiento jurídico interno, establecen derechos y obligaciones determinadas en sus respectivas materias, y pueden acarrear la responsabilidad internacional del Estado de Chile ante el

Nota: Por razones de espacio, este trabajo se ha dividido en dos partes. La primera parte se publica en este número y la segunda en el número siguiente de *Actualidad Jurídica*.

[*] Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Abogado de la Universidad de Chile. Master en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts en Estudios sobre la Paz Internacional, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Director de posgrados Derecho UDD, Director académico Programa de Magister en Derecho Ambiental Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl

[**] Abogado de la Universidad Adolfo Ibáñez, Master in Business Law UAI, Magister en Derecho Ambiental, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: icarvajalg@udd.cl

incumplimiento de las mismas. Su texto, está dividido en *cuatro partes*. *Primero*, una introducción referida al concepto de Estado de derecho y a cómo este incluiría el derecho internacional al que se obliga voluntariamente el país. *Segundo*, una propuesta sobre la existencia de un Bloque de Constitucionalidad Ambiental en Chile, que comprendería el contenido de algunos de los principales tratados internacionales ambientales en vigor. *Tercero*, una muestra y análisis del mandato o valor normativo esencial de algunos de los tratados internacionales ambientales que formarían parte de dicho Bloque. Y *cuarto*, las reflexiones finales.

Palabras clave: Constitución, tratados internacionales, Estado de derecho, derecho constitucional, derecho internacional y Bloque de Constitucionalidad Ambiental.

Abstract: The objective of this work is to present some reflections on the rule of law under the current legal system, international environmental law, to which it is bound according to international treaties ratified by Chile and that are in force, and how its content would form a true Block of Environmental Constitutionality that should be considered and respected, as a starting point, framework and limitation of attributions by the Constitutional Convention in the process of drafting a Constitution. The document seeks to highlight the relevance of international environmental conventions for Chilean legal order, which, having been incorporated into its internal legal system, establishes rights and obligations, and may carry international State responsibility in the event of non-compliance. The text is divided into four parts. First, an Introduction, referring to the concept of the Rule of Law and how it would include the International Law to which the country voluntarily binds itself. Second, a proposal on the existence of an Environmental Constitutionality Block in Chile, which would include the content of some of the main international environmental treaties in force. Third, a sample and analysis of the mandate or essential normative value of some of the international environmental treaties that would be part of said Block. And fourth, final ideas.

Keywords: Constitution, international treaties, Rule of Law, Constitutional Law, International Law, Environmental Constitutional Block.

I. Introducción

1. Comentarios preliminares

Los seres humanos son por naturaleza sociables y a lo largo del tiempo han ido buscando distintas maneras de organizarse y vivir junto con los de su misma especie, intentando generar las mejores condiciones para ello. En un principio, ocurrió en grupos familiares, bandas o clanes, para luego ir desarrollando organizaciones con distintos grados de complejidad social. Así, durante la historia de la humanidad, han surgido diversas figuras en miras a este objetivo, entre ellas las polis (por ejemplo: en la Grecia Antigua), los imperios (por ejemplo: en Roma con posterioridad al periodo de la República), los reinos (por ejemplo: en la Edad Media) y, finalmente, los Estados (a partir de la Época Moderna, pasando a la Contemporánea y hasta nuestros días)[1].

Este trabajo, tiene cuatro partes. *La primera*, se refiere a los Estados, en general, y al de Chile, en especial, analiza el concepto de Estado de derecho (según su significado teórico en la tradición europea continental), considera su consagración en el ámbito internacional y busca su conexión con la realidad del país (a través de las disposiciones constitucionales relacionadas) para determinar su contenido específico en el ordenamiento jurídico interno. *La segunda*, propone la existencia de un Bloque Convencional Ambiental en Chile, formado por el contenido de algunos de los principales tratados internacionales celebrados en la materia y que se encuentran en vigor. *La tercera*, contiene una muestra de estos y destaca sus mandatos o valores normativos esenciales para el Estado chileno. Por último, *la cuarta*, presenta reflexiones finales.

2. Concepto de Estado y sus elementos

Los *Estados*, constituyen un concepto político y jurídico vinculado a una forma de organización social, que cuenta con instituciones soberanas, y que regulan

[1] Un caso especial lo constituye la Unión Europea (UE), la que ha desarrollado un sistema jurídico y político (el comunitario europeo), único en el mundo, que se rige por mecanismos y procedimientos de funcionamiento interno complejos, que se han extendido y evolucionado a lo largo de su historia hasta conformar, en la actualidad, un sistema híbrido de gobierno transnacional difícilmente homologable que combina elementos próximos a la cooperación multilateral, si bien fuertemente estructurada e institucionalizada, con otros de vocación netamente supranacional, regidos ambos por una dinámica de integración regional muy acentuada. Está compuesta por veintisiete Estados europeos, fue establecida con la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (TUE) –el de noviembre de 1993– y cuenta con personalidad jurídica única como sujeto de derecho internacional.

la vida de los individuos en una comunidad determinada y en el marco de un territorio nacional[2]. Es posible encontrar diversas definiciones de este término, atribuibles a varios pensadores que vivieron en distintas épocas y lugares, y que ponen énfasis diferentes en el mismo. Algunas de ellas han derivado, por ejemplo, en clasificaciones de los Estados (Estado Unitario o Estado Federal) y en el análisis de cómo se ejerce dicha autoridad (forma de Estado y forma de gobierno). Sin perjuicio de lo anterior, existe consenso en la doctrina especializada de que la noción actual de Estado, como sujeto principal, normal y originario del derecho internacional, debe contar con cuatro elementos constitutivos:

a) El territorio;
b) La población;
c) El gobierno y
d) La soberanía o independencia[3].

3.- *Noción de Estado de derecho*

A. Aspectos generales:
Evolución del concepto, tipos y contenido

El origen del concepto de Estado de derecho, es propio del derecho constitucional alemán y su denominación corresponde a Robert von Mohl. Si bien, no existe una correlación exacta en Francia ni en países anglosajones, sí ha tenido gran influencia en España y, desde ahí, en el derecho constitucional chileno contemporáneo.

Al hablar de *Estado de derecho*, se hace referencia a un concepto que es, en sí mismo, vago y ambiguo[4]. Se trata de un producto del raciocinio político y jurídico, que es resultado de una extensa evolución histórica, en virtud de la cual se fueron delineando y confirmando los contenidos que, hoy se entienden ser parte integrante de dicha noción, parte de la cual se revisará en la primera parte de este trabajo.

Si bien, el origen terminológico del concepto y una primera conceptualización del mismo, sugieren la posibilidad de entender al Estado de de-

[2] Andrés Bello, en su (obra) *Derecho Internacional*, definió al Estado independiente en los siguientes términos: "Toda nación... que se gobierna a sí misma, bajo cualquiera forma que sea, y tiene facultad de comunicar directamente a las otras, es a los ojos de éstas un Estado independiente y soberano". Benadava (2004), p. 102. Este concepto es definido, en similares términos, por diversos autores de la doctrina especializada y por la Real Academia Española (2020), véase 'estado'.

[3] Benadava (2004), p. 103.

[4] Al respecto, recomendamos revisar a: Marshall (2010), pp. 186-187.

recho como un tipo o modelo de Estado determinado, la desambiguación de esta noción, como un concepto normativo, se produce con más claridad a partir de su consagración positiva en los ordenamientos jurídicos de diversos países del mundo, lo que ha ocurrido expresamente, como en el caso de la Constitución española (artículo 1.1)[5] o, bien, implícitamente, como en la Ley Fundamental de Bonn (artículos 20.3 y 28.1)[6].

En cuanto a la configuración del Estado de derecho, como un modelo institucional, es preciso distinguir entre su *fundamento* y su *objetivo*.

Su *fundamento*, se vincula al carácter racional de la organización del Estado, en atención al pensamiento de los teóricos del derecho natural liberal (esto es, al derecho suprapositivo, permanente y universal que emana de la razón). Así, autores como Ernst Böckenförde, fijan la base de sus características originales:

a. El Estado es una creación de la comunidad política y está a su servicio (sin provenir ni estar enfocado en una entidad superior o divina);
b. Los objetivos del Estado están restringidos a la garantía de la libertad, la seguridad y la propiedad individual y
c. La organización y regulación de la actividad estatal, debe desarrollarse conforme a principios racionales y, entre ellos:
   i) Los derechos fundamentales de la ciudadanía (libertad, igualdad y propiedad);
   ii) La representación popular;
   iii) El dominio de la ley;
   iv) La separación de poderes y
   v) La responsabilidad del gobierno[7].

[5] Constitución Española (1978). Artículo 1.1.: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

[6] Constitución de Alemania (Ley Fundamental De BonN (1949). Artículo 20.3: "El Poder Legislativo (die Gesetzgebung) estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo (die vollzichende Gewalt) y el Judicial (die Rechtsprechung) estarán sujetos a la ley y al derecho".

Artículo 28.1: "El orden constitucional de los Länder (Estados Federados) deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental. En los Länder, distritos y municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas. En los distritos y municipios, de acuerdo con el Derecho de la Comunidad Europea, el derecho de votar y de ser elegido lo tienen también las personas que posean la nacionalidad de un Estado miembro de la Comunidad Europea. En los municipios, en lugar de un cuerpo elegido podrá actuar la asamblea municipal. (Modificado 21/12/1992)".

[7] Bockenforde (2002), p. 20.

La ley, también representa un papel central para afirmar y garantizar la prioridad del individuo frente al Estado, constituyendo un eje principal para el desarrollo del concepto en estudio[8]. De tal manera, el Estado de derecho puede ser entendido como una alternativa de organización y actuación estatal conforme a la filosofía política liberal racional, frente a otras como, por ejemplo, el despotismo absolutista. Así, su razón de ser se encuentra, pues, en la naturaleza del individuo y, por ende, en la libertad e igualdad de las personas que forman parte de una comunidad y que cuentan con autonomía moral, igualdad jurídica y posibilidad de lograr bienestar económico a través de la adquisición de la propiedad y el ejercicio libre de la empresa. En otras palabras, el dominio del Estado se legitima en la garantía de la libertad y la propiedad de los individuos (es decir, cuando no infiere en su ámbito o esfera privada)[9].

En cuanto a su *objetivo*, cabe comentar que el Estado de derecho busca responder a la pregunta sobre cuál es el contenido de la actuación estatal. Para definir aquello, es necesario tener presente que, teóricamente, existen dos *tipos de Estado de derecho*, pudiendo distinguir entre el formal y el material.

La tendencia posterior a la conformación original del Estado de derecho en Alemania, fue su reducción a un concepto formal e, incluso, hoy se continúa hablando de un Estado de derecho formal. Este se caracteriza por:

a) No estar relacionado a determinada filosofía política (por lo que se debe vaciar el contenido liberal del mismo);
b) Exigir el imperio de las leyes (sumisión de las autoridades al derecho y en especial de la Administración a la ley) y
c) Ordenar la protección judicial del individuo frente a la Administración.

Por su parte, la propuesta de los autores del Estado de derecho material, está enfocada, en particular, contra la concepción tradicional de los derechos fundamentales. Con ello, la idea de los derechos como una forma de protección de la libertad individual frente al Estado, orientando la organización y el funcionamiento de este a cautelar su no intervención, es reemplazada por la de bienes o valores cuya función ya no es solo la expresada, sino, también, dirigir dicha actuación estatal a la realización de determinados objetivos (siendo concebidos como parámetros de justicia material). Las decisiones del Estado, entonces, deben apuntar a la concreción de los derechos fundamentales, ya no concebidos como límites a la esfera de la acción estatal

[8] Bockenforde (2002), p. 23.

[9] El más importante exponente de esta fundamentación fue Immanuel Kant, para quien la Constitución de un Estado conforme a los principios de la razón requiere de la concurrencia de ciertos postulados base: a) La libertad humana; b) La igualdad jurídica y c) La autolegislación pública. Kant (2004), p. 206.

sino como un "orden objetivo de valores" que este está obligado a realizar[10].

Una concepción del Estado de derecho material equilibrada, implica que el poder estatal es considerado como vinculado sobre todo a determinados principios y valores jurídicos superiores. Por ende, para que estos logren imponerse el Estado de derecho material exige necesariamente la supremacía de la Constitución, pero dejando un margen suficiente de configuración al debate político, que permita tener en cuenta el cambio de circunstancias y de ideas, decidiendo entre ciertas alternativas[11]. En una línea de pensamiento similar, Pablo Marshall señala que los valores irrenunciables aludidos, son los derechos y principios fundamentales consagrados en la Constitución, opinando que su vigencia jurídica e interpretación no pueden quedar encomendadas a un órgano político, sino que uno jurisdiccional. Solo así, el Estado de derecho no se entromete, de forma inaceptable, en la toma de las decisiones democráticas, ni tampoco se limita a establecer mecanismos institucionales que sean estériles frente a las exigencias de justicia material (catálogo de derechos fundamentales), tomando en cuenta tanto el objetivo principal del Estado de derecho como su rol en un régimen democrático. Esto último, no siempre es fácil de lograr en la práctica, genera tensiones en el sistema y ha motivado críticas[12].

Por último, con respecto al *contenido* del Estado de derecho, entendido como un principio constitucional, es posible mencionar dos subprincipios que se contemplan en todas las formulaciones sobre el tema:

1) El principio de distribución y
2) El principio de organización.

El principio de distribución tiene su más célebre reconocimiento en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, estableciendo que la libertad del individuo y la esfera que esta involucra son anteriores al Estado, siendo, en principio, ilimitada mientras que la facultad del Estado de invadirla resulta limitada. Su implementación, se manifiesta en la consagración de derechos fundamentales de libertad, entendidos como una barrera infranqueable para el poder del Estado.

Por otra parte, según Carl Schmidt, el principio de organización busca dar aplicación práctica al principio de distribución, al fijar que el poder del Estado, en principio limitado, se divide (separación de poderes) y se enmarca en un sistema de competencias circunscritas (distribución de competencias entre esos poderes). De todas formas, la organización del Estado, con la finalidad de garantizar lo expuesto, puede entenderse de manera más comprensiva, ha-

[10] Bockenforde (2002), pp. 40-41.

[11] Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (1996), pp. 490-491.

[12] Marshall (2010), pp. 194-195.

biendo desarrollado otras fórmulas de control del poder que también forman parte del principio de organización[13]. Así, al igual como el concepto de Estado de derecho fue evolucionando históricamente, las instituciones, principios y requisitos que lo componen también han ido variando a través de las décadas.

En el punto I.3.C de este trabajo, se profundizará sobre estos principios.

B. Estado de Derecho y su consagración en el ámbito internacional

En el ámbito internacional, según Kofi Annan, exsecretario general de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Estado de derecho puede definirse como:

> "Un principio de gobernanza en el que todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, *están sometidas a leyes que se promulgan públicamente*, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal"[14].

Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas (1945), en su Preámbulo, afirma que uno de los objetivos de la organización es:

> "Crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de *los tratados y de otras fuentes del derecho internacional*"[15].

Y agrega que otro propósito fundamental de la ONU es:

> "Lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz".

En similar tenor, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), así como otras declaraciones y convenciones internacionales posteriores, brinda al Estado de derecho un lugar central al afirmar que:

[13] Schmidt (1983), pp. 138-142.
[14] ONU (2004a).
[15] ONU (1945).

> "Es esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión..."[16].

Por otro lado, la Asamblea General de la ONU, reconociendo el lugar fundamental que ocupa el Estado de derecho para los Estados del mundo y la comunidad internacional, desarrolló, con fecha 24 de septiembre de 2012, en su 67° periodo de sesiones, una reunión de alto nivel sobre el tema. Esta representó una inigualable oportunidad para que los Estados miembros, las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y la sociedad civil, se comprometieran a fortalecer este concepto, concluyendo con la aprobación, por consenso, de una declaración en la que reafirmaron su compromiso en la materia y detallaron las medidas necesarias para aquello. En su contenido, reconoce:

> "*El estado de derecho se aplica a todos los Estados por igual y a las organizaciones internacionales,* incluidas las Naciones Unidas y sus órganos principales, y que el respeto y la promoción del estado de derecho y la justicia deben guiar todas sus actividades y conferir previsibilidad y legitimidad a sus acciones".

Además, sostiene:

> "todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están obligadas a acatar leyes justas, imparciales y equitativas, y tienen derecho a igual protección de la ley, sin discriminación".

Más aún, con la citada Declaración queda de manifiesto el carácter intersectorial del Estado de derecho, que vincula los tres pilares de la ONU (la paz y la seguridad, los derechos humanos y el desarrollo), relación que se explica con aún mayor detalle en la adición del Informe de 2004, del secretario general de la organización, sobre el fortalecimiento y la coordinación de las actividades de la ONU orientadas a la promoción del Estado de derecho[17].

C. Consagración y contenido del Estado de derecho en la *CPR* (Chile)

Si bien, hoy existe un nuevo proceso constituyente en marcha en Chile, la norma jurídica vigente de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico interno es la *Constitución Política de la República* (desde ahora, también la *CPR*)[18].

---

[16] ONU (1948).

[17] ONU (2012a).

[18] La *Constitución Política de la República de Chile*, promulgada en 1980 y que ha sido reformada, parcialmente, en 1989, 1991, 1994, 1996, 1997, 1999, 2000, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2017, 2018 y 2019.

El artículo 5, inciso 1°, de la *CPR*, prescribe:

> "La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio".

Y, **el** inciso *2°*, agrega:

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

De la citada disposición, y de su relación con otras normas constitucionales, *es posible destacar algunos asuntos relevantes para el objeto de estudio de este trabajo* y que se indican a continuación.

a) La consagración del principio de distribución en la *CPR*

La afirmación de que el Estado, en el ejercicio de la soberanía, tiene el deber de respetar los derechos fundamentales, constituye uno de los contenidos principales del Estado de derecho y conlleva la implementación del principio de distribución entre lo que está permitido y lo no lo está para este. De esta manera, la *CPR* establece la primacía de la libertad del individuo respecto de la potestad estatal, pudiendo solo limitarlos mediante normas jurídicas determinadas y debidamente establecidas al efecto[19].

b) El deber de promoción y el Estado de derecho material en la *CPR*

El deber de distribución implica la obligación del Estado de abstenerse de toda acción que pueda afectar a los derechos fundamentales, pero, además, debido a la garantía del deber de promoción involucrado, debe realizar acciones positivas que contribuyan a la realización de dichos derechos. Por ende, se produce lo que se denomina el Estado de Derecho Material (tratado en el punto I.3.A de este trabajo).

[19] La forma en la cual el resultado exigido por principio de distribución se lleva a cabo, permite distintas implementaciones. Primero, está la decisión de concretar el principio mediante un catálogo taxativo de derechos fundamentales, que es la tendencia en el Derecho contemporáneo. Segundo, la decisión sobre cuál va a ser el rol de dicho catálogo. En la concepción del Estado de derecho formal, el catálogo de derechos no puede tener un papel más allá del simbolismo político. Marshall (2010), p. 200.

c) Los derechos fundamentales en la *CPR*

El principio de distribución, consagrado en el artículo 5 inciso 2° de la *CPR*, es complementado mediante una regulación detallada de los derechos fundamentales en la forma establecida por el artículo 19 de la Carta Fundamental. Dicha disposición garantiza los principales derechos que son reconocidos en el surgimiento y la evolución de la noción de Estado de derecho. Así, el poder constituyente soberano "reconoce" en tales derechos un contenido esencial que debe ser respetado, promovido y garantizado por quien represente a la nación en el ejercicio de las funciones públicas. El Estado solo se verá obligado por dichos derechos humanos que están consagrados en la *CPR* y en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

d) El principio de la organización y la protección del Estado de derecho

No obstante, lo expuesto en las letras a) a c) anteriores, se considera necesario el principio de organización, para una cabal protección de los derechos fundamentales a los que se refiere el artículo 5 inciso 2° de la *CPR*. Este último, implica un sistema de controles de constitucionalidad material que establece la Carta Fundamental, para la limitación del poder del Estado frente a la posible afectación de los derechos fundamentales. En este sentido, del contenido de los artículos 6 y 7 de la *CPR* es posible desprender algunos principios constitucionales que permiten darle forma y protección al Estado de derecho en Chile; esto es:

i. La supremacía constitucional (artículo 6 inciso 1°);
ii. La legalidad en sentido amplio (artículos 6 inciso 1° y 7 inciso 1°);
iii. La garantía del orden institucional (artículo 6 inciso 1°);
iv. La fuerza normativa de la *CPR* (artículo 6 inciso 2°);
v. La responsabilidad (artículos 6 inciso 3° y 7 inciso 3°);
vi. La distribución de competencias (artículos 7 incisos 1° y 2°) y
vii. La legalidad en sentido estricto (artículo 7 inciso 1°)[20].

[20] Congreso Nacional (1980). El artículo 6 de la *CPR*: (inciso 1°) "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República (inciso 2°) Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda otra persona, institución o grupo (inciso 3°) La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

Artículo 7 de la *CPR*: (inciso 1°) "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (inciso 2°) Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los

Finalmente, no debe perderse de vista que la protección de los derechos fundamentales antes expuesta y, por ende, del Estado de derecho material, está concebida sobre la base de la existencia no solo de tribunales de justicia competentes, sino que, además, de la acción del Tribunal Constitucional y de la Contraloría General de la República[21]. Si bien hay quienes sostienen la idea de que su adición busca implementar mecanismos directos de control de la constitucionalidad, en miras a suplir deficiencias organizativas del Estado de derecho (para la consecución de su objetivo)[22], lo cierto es que no hay que desconocer la relevante función que estos han cumplido, y que siguen cumpliendo a la fecha, en orden a proteger las bases del Estado de derecho material, tal como fue diseñado en la *CPR*. Lo anterior, es sin perjuicio de la conveniencia de una posible revisión del tema en la redacción de una nueva Constitución.

II. Doctrina del bloque de constitucionalidad ambiental en Chile: Una propuesta

1. Introducción a la propuesta

Si se considera al Estado de derecho como una de las bases fundamentales de la democracia moderna, aquello significa que, en teoría, la Constitución Política del Estado democrático de que se trate, recoge este principio, expresa o implícitamente; y, con ello, exigirá leyes, decretos, reglamentos y resoluciones, de parte de los distintos órganos del Estado, con sujeción a su marco normativo constitucional. En el caso del país, el artículo 4 de la *CPR* establece que Chile es, precisamente, una república democrática, lo que se

que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. (inciso 3°) Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

[21] En Chile, hasta el año 1970, la protección del principio de distribución (esto es, de los derechos fundamentales) se llevaba a cabo mediante la organización estatal propia del Estado de derecho (por ejemplo: la separación de poderes, la legislación democrática, la independencia judicial y la legalidad de la Administración). Luego, con la Constitución de 1925 se consagró un catálogo de derechos fundamentales que expresaban la idea de la distribución, pero su garantía no quedaba entregada directamente a un juez o tribunal. Fue, entonces, con la *CPR* que se incorpora un mecanismo directo de control de constitucionalidad.

[22] Marshall (2010), p. 203. El autor hace un llamado a poner en relieve los problemas democráticos asociados a las decisiones político-morales del Tribunal Constitucional, en contraste con las decisiones políticas tomadas por órganos que tienen una mayor legitimidad democrática; todo esto, en el contexto de la protección del Estado de derecho.

relaciona de manera directa con la noción de Estado de derecho contenida en los artículos 6 y 7 de la *CPR* (estudiados en el punto I.3.C de este texto)[23]. Sin embargo, en la práctica, esta tarea resulta nada simple, no solo debido a la vaguedad y multivocidad de los enunciados jurídicos del derecho actual (que contrastan con la pretensión de codificación y univocidad de las normas de siglos pasados), sino que, además, porque las reglas jurídicas buscan alcanzar el Estado de derecho, es decir, la sumisión del Estado al derecho, debiendo imponerse éste a un poder que lo crea y lo sanciona[24].

A su vez, debido al paradigma de la especialización y la creación de diferentes ramas del conocimiento (esto es, la fragmentación del mismo), el objeto de estudio va quedando también más aislado, lo que puede dificultar la consideración, en su conjunto, de las diversas variables relevantes para decidir sobre un tema. Esto último, es especialmente importante en el estudio de las ciencias modernas y, en concreto, de los fenómenos y problemas ambientales, que tienen varias aristas multidisciplinarias que deben ser incorporadas al análisis para resolver de forma adecuada las complejas causas de algunos de los mayores desafíos del siglo XXI (por ejemplo: crisis-cambio climático y pérdida de Biodiversidad-6°extinción masiva).

Conforme a lo anterior, y entendiendo que el panorama descrito puede constituir una oportunidad positiva para Chile (desde el punto de vista del derecho), parece razonable que, al interpretar las actuales disposiciones constitucionales, se busque aclarar y/o determinar el sentido y alcance de normas relevantes en materia ambiental, dándoles un mayor contenido, fuerza e integración con otras, por medio de la aplicación de principios y doctrinas jurídicas determinadas, como las que se proponen en los puntos II y III de este trabajo. Adicionalmente, creemos recomendable aprovechar el actual proceso constituyente para que, tomando en cuenta dichos postulados, se realice una revisión de los temas que se plantean en los puntos aludidos (principalmente deberes del Estado y derechos de las personas en distintos temas ambientales), de manera que puedan ser contemplados en la redacción de los artículos de una futura nueva Constitución para el país.

Pues bien, nuestro planteamiento, junto con recoger algunas de las contribuciones de otros autores y jurisprudencia, busca aportar una doctrina

[23] En la doctrina nacional, Enrique Evans se refiere al Estado de derecho "[...] cuando las potestades públicas ejercen su acción dentro del ámbito que les señala el ordenamiento constitucional sin que ninguna de ellas interfiera o entrabe ilegítimamente en las funciones de las otras, y cuando los derechos de las personas tienen asegurado su ejercicio y cautelada su vigencia real por un Poder Judicial dotado de autonomía para resolver y hacer cumplir lo sentenciado [...]". Evans de la Cuadra (1999), p. 441.

[24] Hauriou (2003), p. 312.

que permita visualizar y comprender mejor la relevancia de los tratados internacionales (en adelante TI)[25] celebrados por Chile en materia ambiental, así como de su contenido, aclarar ciertas dudas sobre su valor y sus efectos, así como también fortalecer la aplicación de sus normas, especialmente las referidas a los deberes del Estado chileno y a la protección de los derechos fundamentales de la población nacional, que, directa o indirectamente, resultan afectados por ellas.

2. La Propuesta

Establecer una doctrina del Bloque de Constitucionalidad Ambiental en Chile, implica precisar sus antecedentes, conceptualización, contenido, fuentes, fundamentos, fuerza normativa y efectos en relación con el ordenamiento jurídico chileno. Este es, en parte, el desafío que se tiene en mente a través del presente texto, dentro del ámbito de la doctrina constitucional y ambiental chilena, aunque con un carácter más bien sintético y expositivo, considerando su contexto; esto es, un artículo publicado en revista jurídica.

A) Antecedentes:
Doctrina del Bloque Constitucional de Derechos

Desde hace ya algunos años, la doctrina conocida como Bloque Constitucional de Derechos[26], que sirve de base principal al planteamiento doctrinal que hacemos en este trabajo, viene siendo considerada en el país, generando un impacto en el sistema de fuentes, modificando el ordenamiento jurídico interno (específicamente la *CPR*) y configurando, de esta manera, una vía distinta de producción de normas jurídicas a partir de la propia realidad internacional[27]. Esta noción, está estrechamente relacionada a la idea de solidez y unidad de los derechos fundamentales y, por tanto, de su irrescindibilidad, con independencia de si ellos se encuentran asegurados en el texto formal de la Constitución o por fuentes del derecho internacional o principios de *ius cogens* obligatorios para el Estado de Chile[28]. La idea de un bloque con tales

[25] Según el artículo 2, inciso primero, letra a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un TI es: "Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Algunos de estos tratados tienen por objetivo establecer organizaciones internacionales de carácter intergubernamentales enfocadas en asuntos globales o regionales, como ocurre con la ONU y la Organización de Estados Americanos (OEA), respectivamente.

[26] Al respecto, recomendamos leer a Nogueira (2015a), pp. 301.350.

[27] Rojo (2021).

[28] Nogueira (2015b), pp. 111.

características, constituye una nueva fuente del derecho constitucional[29] y además una excepción al ejercicio del poder constituyente derivado[30].

¿De dónde surge esta idea y cuáles son los antecedentes históricos y jurídicos de su evolución?

Francia

Durante la década de 1970, las cortes francesas crearon y construyeron una idea o concepto para referirse a una serie de principios, valores, leyes y TI, a las cuales se les daba el rango de "constitucional", no obstante, ninguna de ellas era realmente parte del texto de la Constitución francesa, propiamente tal[31]. Es a partir de esa noción, y su evolución en el tiempo, que comenzó a sostenerse, por cierta fracción de la doctrina y jurisprudencia, que lo que existía en realidad era un "Bloque de Constitucionalidad" ("Bloc de constitutionalité") en el ordenamiento jurídico francés, entendiendo que todo aquello constituía lo que se denominaba "lo constitucional". Tras su evolución histórica, actualmente este se refiere a la Constitución de 1958, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y a las leyes fundamentales de la República portadoras de principios y derechos[32].

[29] Rojo (2021).

[30] Poder Constituyente Derivado: "[...] Aquel que posibilita adecuaciones de la Constitución manteniendo la continuidad e identidad de la misma y de sus principios fundamentales, poder de reforma constitucional que radica en órganos constituidos representativos de la voluntad popular, de referéndum o plebiscito o procedimientos combinados de democracia representativa y democracia directa". Nogueira (2009), pp. 229-262, pp. 238.

[31] El autor Louis Favoreu, utilizó la expresión *bloque de constitucionalidad* para explicar la decisión DC 71-44 del 16 de julio de 1971 del Consejo Constitucional francés. Se refiere a esta, como "una decisión innovadora del Consejo Constitucional Francés, con la cual declaró la inconstitucionalidad de una ley que modificaba una disposición legislativa de 1901, limitando el régimen de las asociaciones. Para declarar su inconstitucionalidad, dicho Consejo consideró que la ley cuestionada debía ser analizada no solo a partir de la Constitución Francesa de 1958, sino que también tomando en cuenta la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789". Favoreau (1975), pp. 33-48. La referencia al bloque de constitucionalidad, es citada por Carpio-Marcos (2005), pp. 79-114. Así, con el objetivo de justificar esa ampliación del parámetro de constitucionalidad con una norma diversa a la Constitución, el Consejo Constitucional sostuvo que, si bien formalmente la Declaración de 1789, constituía un documento distinto a la Constitución de 1958, esta era aludida directamente por su preámbulo. El hecho de que el Consejo Constitucional tomara como base de control previo de constitucionalidad un documento diferente de la Constitución no tenía cómo explicarse jurídicamente, careciendo de una denominación concreta; y, por ello, Louis Favoreu utilizó una figura proveniente del derecho administrativo: el bloque de legalidad, para idear el concepto del bloque de constitucionalidad.

[32] Junto con integrar normas que no eran parte de la Constitución (por la referencia del preámbulo de 1958), en las primeras decisiones sobre el tema, el Consejo Constitucional

Esta doctrina, continuó desarrollándose en otros lugares del mundo, con particularidades y diferencias propias de cada uno de sus ordenamientos jurídicos y realidades, que llevaron a adaptar la idea e interpretar diversas normas vinculadas, por tribunales y autores, dándole contenidos específicos en cada caso.

España

En este país, existe un ordenamiento jurídico complejo, caracterizado por un conflicto histórico territorial[33], tanto antes como después de la formación de

francés en las décadas 1960 y 1970 utilizó de modo amplio la expresión *principios fundamentales* reconocidos por las leyes de la República, lo que constituyó "un medio útil para designar todo lo que tiene *valor constitucional* sin estar verdaderamente inscrito en la Declaración de Derechos y en el Preámbulo de 1946". De esa manera, en dos decisiones de 1979, el Consejo Constitucional consagró dos principios de rango constitucional: la separación de poderes y la continuidad de los servicios públicos. Esta denominación de principios con rango constitucional fue muy criticada por la doctrina, entre ellos, la jurista Danièle Lochak, quien señaló que se trataba de "principios ilocalizables y de geometría variable", lo que aumentaba el poder del Consejo Constitucional. Luego, tras la llegada del decano Georges Vedel al Consejo Constitucional (1980-1989), dicha corporación asumió una postura bastante más mesurada en las decisiones sobre fuentes de carácter constitucional. Por ello, a partir de la década 1980, comienza una restricción de las decisiones en cuanto a qué constituye o no un parámetro de control formalmente constitucional, considerando que el bloque, en estricto rigor, se compone solo de *textos con nivel constitucional*: esto es, la Constitución de 1958, el Preámbulo de la Constitución de 1946, la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 y las leyes de la República cuando "sean portadoras de principios fundamentales". En cambio, no serían parte del bloque constitucional: los reglamentos de las asambleas, las normas internacionales y los principios generales del derecho. En cuanto a las leyes orgánicas, el Consejo Constitucional ha anulado la violación de las mismas por razones de competencia, es decir, el legislador ordinario debe respetar los límites que le son impuestos por las leyes orgánicas por su contenido material, así como los límites procedimentales; su violación implicaría la transgresión de la ley orgánica, pero no de la Constitución. Favoreu & Rubio-Llorente (1995).

[33] En la península Ibérica, hubo una configuración casi federal entre los siglos xv y xvii, que luego dio lugar a un proceso de centralización, que eliminó progresivamente los elementos federales y que prevaleció hasta el siglo xix. El proyecto centralizador de Castilla no logró borrar el pasado de los fueros locales y la libertad para gobernarse, y, por ende, los rasgos federales que estas estructuras presentaban. Así, algunas de las estructuras de gobierno local permanecieron hasta el siglo xix. Esta situación y el nacimiento de los nacionalismos en ese mismo siglo, realzaron la presencia de comunidades históricas que preceden la formación estatal e impiden la conformación del proyecto nacional español. Esta situación ha sido llamada el *contencioso histórico territorial*; es decir, la confrontación entre los nacionalismos periféricos con el proyecto nacional central de caracteres unitarios. Después la dictadura franquista (Francisco Franco, 1939-1975), uno de los objetivos de la Constitución de 1978 fue resolver el problema de la organización territorial del Estado: esa era una de las condiciones para lograr la democracia. Por lo tanto, se resolvió reconocer la autonomía de las comunidades autónomas y, para ello,

lo que hoy se conoce como España, que en el siglo XX dio vida a un sentido bastante particular del bloque de constitucionalidad en el marco de la Constitución de 1978. Esta, estableció un diseño de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA), que solo se perfecciona con los denominados Estatutos de Autonomía[34]. El carácter complementario de estas leyes orgánicas ha determinado su reconocimiento como "auténticas normas materialmente constitucionales", ya que

> "el sistema de distribución territorial del poder no es resultado único de la Constitución, sino del juego conjunto de esa norma suprema y de los Estatutos de Autonomía".

Estos documentos, concretan el cuadro competencial y ponen en marcha el proceso de autonomía dispuesto por la Carta Fundamental, guardan una especial rigidez (que impide su modificación de forma unilateral por el Estado) y se constituyen en las normas superiores de cada Comunidad Autónoma. Por ello, sin estas normas no es posible comprender la organización territorial de ese país, que resulta del conjunto normativo integrado por la Constitución de 1978 y las diecisiete normas de carácter constitucional derivado o cuasiconstitucionales que configuran la organización territorial del Estado español[35]. Es esta integración, la que se denomina bloque de constitucionalidad y la que brinda una gran flexibilidad al sistema español, puesto que los conflictos competenciales pueden ajustarse fácilmente teniendo en cuenta la diversidad de normas que, como se indicó, integran el parámetro de constitucionalidad. Este bloque constitucional español, no solo tiene una expresión frente a las normas que configuran la autonomía regional, sino que se ha extendido incluso a la configuración de la autonomía local[36].

Italia

En el caso del bloque de constitucionalidad italiano (blocco di constituzonalittá), este se ha desarrollado de la mano del concepto de "norma interpuesta". Este, permite una conformación del parámetro de constitucionalidad por normas formalmente constitucionales, que son complementadas con otras

se aprobó una ley orgánica que desarrolló las competencias dispuestas en la Constitución. Pasadas las leyes orgánicas, tres comunidades obtuvieron el más alto nivel de autonomía (País Vasco, Galicia y Cataluña) y el resto una autonomía limitada, competencias que se igualaron en 1992. Suelt-Cock (2016).

[34] Bustos (2004), pp. 69-87; Tribunal Constitucional (1983), fundamento jurídico 2. Citados en Suelt-Cock (2016).

[35] López-Garrido, Massó-Garrote y Pergoraro (2000), capítulo decimotercero, pp. 565-672.

[36] Suelt-Cock (2016).

normativas de diversos órdenes a las cuales, por medio de reenvíos, se les otorga protección o cobertura de carácter constitucional, lo cual se ha ido ampliando, principalmente, a partir de la reforma constitucional realizada durante el año 2001, que modificó el artículo 117 de la Constitución italiana. A partir de esta, se entiende que las normas de la Convención Europea de Derechos Humanos conforman parte del parámetro constitucional de validez de las normas legales italianas, sin que para ello estas adquieran fuerza normativa constitucional. Consecuencia de lo anterior, la violación de la Constitución italiana se produciría no solo por la infracción de los enunciados normativos que son parte del texto de esa Carta Fundamental, sino que, a su vez, por la vulneración de normas que aun no estando incluidas, formalmente, en la Constitución, esta protege[37].

¿Y qué ocurre en América Latina y en nuestro país,
en relación con este tema?[38]

Por circunstancias históricas, características propias y el enfoque dado al tema por sus respectivas Doctrina y jurisprudencia, el bloque de constitucionalidad de América Latina, no es equivalente al desarrollado en Europa (Francia, España e Italia). A continuación, se revisarán aspectos relevantes de los casos de Colombia, México y Chile.

Colombia

Entre 1949 y 1991, este país vivió más de treinta años bajo estado de sitio. El hecho de que la excepcionalidad se convirtiera en la regla durante ese periodo, tuvo impactos profundos y muy negativos sobre la justicia, el Estado de derecho y la democracia. Luego, a fines de esa década y a principios de la de 1980, la aparición del narcotráfico da origen a una verdadera guerra contra las drogas, que trae como consecuencia una escalada de la violencia y del conflicto armado en ese país.

[37] Zagrebelsky e Marcenó (2012), p. 237.

[38] En esta región del mundo, el discurso de los derechos humanos comienza a influenciar las constituciones a partir de la década de 1970, en parte, por la presión política del presidente de Estados Unidos, Jimmy Carter (1977-1981), quien reconociendo los excesos de la Guerra Fría, y con el apoyo de dictaduras en la América Latina, inicia un movimiento para la firma de la Convención Americana de Derechos Humanos, promulgada en San José de Costa Rica en el año 1969, y asignó recursos para el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, frente la existencia de gobiernos con un gran poder central e importantes niveles de represión, denunciándose la comisión de torturas y desapariciones por parte de agentes oficiales y la realización de juicios a civiles por parte de militares que vulneraban el derecho al debido proceso, se genera una crisis en la situación de derechos fundamentales. Suelt-Cock (2016).

En este adverso escenario, la Constitución de 1991 buscó una renovación de las prácticas políticas y la posibilidad de sentar las bases para la búsqueda de la paz social. Especialmente, la nueva Corte Constitucional, creada con esa Constitución, se hizo cargo de la necesidad de interpretar el texto constitucional para proteger y salvaguardar los derechos fundamentales en el país. En relación con su labor, se destaca el desarrollo de la figura del *bloque de constitucionalidad* en Colombia, como herramienta interpretativa mediante la cual dicha Corte Constitucional ha ampliado el parámetro de control para garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico interno con los TI, así como la tutela de los derechos fundamentales. Dicho bloque, permite una comprensión ampliada de estos últimos, al incluir también los consagrados en TI ratificados por Colombia, representando un cambio de perspectiva del Estado para su respeto y protección[39].

Este término, comenzó a ser utilizado por la Corte Constitucional colombiana solo a partir de 1995, sin embargo, el concepto se venía aplicando desde años anteriores al considerar los valores y principios referidos en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo. Concretamente, la figura se habría adoptado a partir de una sentencia que resolvió un problema de interpretación entre el principio de supremacía constitucional, prescrito en el artículo 4 de la Constitución, y el de prevalencia de ciertos TI de derechos humanos ratificados por el país, consagrado en el artículo 93[40]. En ella, la Corte Constitucional se preguntó sobre cómo armonizar estos dos artículos, imponiendo el respeto de dichos acuerdos internacionales frente a las normas de menor jerarquía. Para ello, sostuvo que, en miras a dar preponderancia a los TI de derechos humanos y de derecho internacional humanitario contemplados en el artículo 93 y 214 numeral 2, debe entenderse que

[39] Suelt-Cock (2016).

[40] En esta sentencia, la Corte revisó la constitucionalidad del protocolo adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. Corte Internacional (1995). Sin perjuicio del pronunciamiento expreso que hace la Corte Constitucional del concepto de bloque de constitucionalidad en esta sentencia, autores como Rodrigo Uprimny-Yepes sostienen que la idea fue contemplada en las primeras sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas, la sentencia T-426-92. Sostiene lo anterior, porque la Corte Constitucional tuvo en cuenta la Declaración de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales para reconocer, como fundamental, el derecho al mínimo vital, que no aparecía de manera expresa en la Constitución. Con ello, se habría admitido la existencia de derechos y principios de valor constitucional y supraconstitucional. Urimny-Yepes (2005); Corte Constitucional (1992).

> "estos forman, con el resto del texto constitucional, un bloque de constitucionalidad cuyo respeto se impone a la ley. De tal forma, se lograría una armonía entre el principio de supremacía de la Constitución, con el de prevalencia de los TI ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción constitucional"[41].

Además, señaló que la Constitución permite la interpretación que da vida al bloque de constitucionalidad, por la importancia que brinda a ciertos acuerdos internacionales, como se establece en los artículos 53, 93, 94 y 214, dejando en claro la relevancia y preeminencia de los TI[42]. Estas remisiones normativas permitirían la interpretación de la existencia del concepto aludido, lo que conduce a la invalidez de la norma que contradice sus contenidos[43].

Por ende, dicho bloque, definido jurisprudencialmente (y, por tanto, variable), estaría compuesto no solo por las normas constitucionales, sino que, también, por

> "aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución"[44].

Desde el año 1995 en adelante, la Corte Constitucional ha ido moldeando su jurisprudencia para legitimar el valor de ciertas normas y principios supranacionales que se encontrarían incorporados en la Constitución y que, por lo tanto, se entenderían ser parámetros del control de constitucionalidad, así como parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes protegidos por la Carta Fundamental[45]. Al respecto, es posible apreciar que hasta el año 2000, el tribunal amplía el parámetro de control de constitucionalidad para proteger derechos, pero luego lo limita aclarando que determinados

[41] En sentencia anterior, sentencia C-295-93, la Corte había señalado cuándo se presentaba la prevalencia así: "para que tenga lugar la prevalencia o superioridad de los tratados y convenios internacionales en el orden interno, es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción". Corte Constitucional (1993).

[42] Corte Constitucional (1995).

[43] Así, en la sentencia C-578-95, la Corte señala: "es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior". Corte Constitucional (1995).

[44] Corte Constitucional (1995), fundamento jurídico 12.

[45] Arango (2004).

instrumentos y jurisprudencia no comprenderán el bloque, sino que podrían ser fuente auxiliar para el intérprete constitucional[46]. Así, en el transcurso de los años, se han observado ciertas contradicciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional al determinar qué instrumentos componen y cuáles no el bloque en cuestión[47].

México

En este país, el concepto en cuestión se conoce como "bloque de regularidad constitucional". Si bien, su desarrollo es mayormente académico, comienza a aplicarse en forma sistemática por los tribunales de justicia y, en especial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México a partir del año 2011, con posterioridad a la reforma constitucional del mismo año al artículo 1 de la Constitución mexicana (motivada luego de la condena en diversos casos en materia de derechos humanos por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)[48]. Con ello, la Constitución de México, a diferencia de la de Carta Fundamental de Colombia, expresa con toda claridad que las personas gozan de los derechos humanos reconocidos por la Constitución formal como por los TI de los que el Estado mexicano es parte, sin que sea necesario que estos sean estrictamente de derechos humanos. De esta forma, todos los derechos fundamentales consagrados, tanto por la Constitución como por los TI, tienen fuerza normativa constitucional, lo cual requiere de una interpretación armónica y adecuada. La reforma constitucional también otorga seguridad jurídica en relación con que los órganos estatales deben interpretar y aplicar la Constitución y los TI, de conformidad al principio *pro homine* o favor persona, esto es privilegiando aquella hermenéutica que sea más beneficiosa para las personas, maximizando el goce y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. Por tanto, ante la necesidad de resolver criterios

[46] Corte Constitucional (2006).

[47] Suelt-Cock (2016).

[48] Artículo 1 de la Constitución mexicana (después de reforma del año 2011): "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de *los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección*, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos *humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley".

normativos en el ámbito de derechos no se aplicaría el principio de jerarquía normativa, sino el principio favor persona[49].

A través de su jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha ido determinando el sentido y alcance de la citada disposición constitucional. Así, por ejemplo, ha establecido que conforman parte del bloque de constitucionalidad todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal con fundamento en sus artículos 1° y 133, todos los derechos humanos contenidos en TI en que el Estado mexicano sea parte y los criterios vinculados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en los que el Estado mexicano haya sido parte, y como criterios orientados de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte cuando el Estado mexicano no haya sido parte[50]. Además, ha sostenido que las normas de la Constitución y la de los TI ratificados que aseguren derechos humanos poseen rango constitucional[51]. Más aún, ha considerado que los TI constituyen fuente de reconocimiento de normas de derechos humanos, con independencia de la materia a que se aboquen formalmente y que, cuando ello ocurre, dichas normas se integran con el propósito de "ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos"[52].

Chile

Tal como señala Humberto Nogueira, la concepción del bloque constitucional que ha ido desarrollando la doctrina chilena –con él como su mayor exponente y defensor– y recogiendo la jurisprudencia nacional, se refiere a derechos fundamentales y no a normas jurídicas (fuentes formales del derecho). Pensar lo contrario, constituiría un error en el cual, en su opinión, incurrirían algunos autores nacionales[53]. Esta idea, traída y adaptada a la realidad de Chile, a partir de la década 1990, surge –como se verá luego con mayor detalle– de la interpretación que este autor realizó de la reforma constitucional del año 1989, y concretamente de la inclusión del inciso 2 del artículo 5 de la *CPR*, que se refiere a los límites de la soberanía, y que establece, como tal, los dere-

[49] Carmona (2011), p. 46. Citado en Nogueira (2015a), p. 333.

[50] Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2011a).

[51] "Las normas provenientes de ambas fuentes gozan de rango constitucional y, por tanto, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellos materializan deben formar en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación" Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2011b).

[52] Suprema Corte Nacional de México (2013). Al respecto, recomendamos ver Ortega (2014).

[53] Francisco Zúñiga Urbina y Marisol Peña Torres, en su análisis crítico del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales incurriría en este error. Nogueira (2015a), p. 311.

chos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados en la C*PR* y en los TI ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. De acuerdo con su raciocinio, con el texto de la reforma indicada, el constituyente estaría reconociendo la existencia de TI que tendrían una jerarquía igual o superior a la Constitución, conformando, junto con esta, lo que se conoce como *bloque constitucional de derechos fundamentales*.

Este conjunto constituye, pues, una unidad indisoluble de naturaleza (al estar formado de atributos y garantías que concretan derechos) y de fundamento común (en torno a la dignidad humana), tal como lo establece tanto el propio texto de la C*PR* (artículo 5 inciso 2) como las fuentes del derecho internacional, entre ellas, principalmente, los TI (por ejemplo: Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos). El bloque material o sustantivo en análisis, tendría una fuerza normativa superior, reconocida por la Carta Fundamental, que va más allá de los derechos asegurados en su texto (derechos subjetivos) y que constituye un límite para el ejercicio de la soberanía y de las competencias de los órganos del poder público estatal, en los términos ya estudiados, como un componente objetivo del orden constitucional.

En este sentido, es posible entender que el bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile, está constituido por los atributos y garantías de los derechos esenciales o fundamentales, asegurados de forma directa por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella, incluyendo el derecho internacional al que se remite a dichos efectos[54]. La C*PR*, a diferencia de la Constitución colombiana, no limita la integración de los derechos humanos a la Constitución material en una perspectiva de bloque de constitucionalidad en sentido estricto (o *estricto sensu*) a aquellos derechos que no son sujetos de limitación en los estados de excepción constitucional, dejando abierta la puerta, en principio, a todo TI en la materia.

Esta noción doctrinaria, ha evidenciado avances durante los últimos años, con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Chile, en relación

[54] Además, el bloque constitucional de derechos en Chile, estaría integrado por el conjunto de atributos y garantías de los derechos asegurados: a) Directamente por la Constitución; b) Por el derecho convencional internacional ratificado y vigente; c) Por el derecho consuetudinario internacional; d) Por los principios de ius cogens y e) Por vía jurisprudencial que asegura derechos implícitos o no enumerados. Nogueira (2015a), p. 315. Según este autor, es necesario avanzar en una mayor precisión y seguridad jurídica del derecho aplicable en la materia, mediante una reforma constitucional del artículo 5 de la C*PR*, de manera de poder determinar en forma explícita e indubitada las fuentes del bloque constitucional de derechos asumidos por vía jurisprudencial, como son los derechos implícitos o no enumerados, los principios de *ius cogens*, los TI ratificados y vigentes, y el derecho internacional consuetudinario, *op. cit.*, p. 342.

con el reconocimiento y la aplicación del bloque constitucional de derechos[55], lo que también ha sido apoyado en forma incipiente por el Tribunal Constitucional del país, en ciertas sentencias del 2014[56]. Además, es posible afirmar que, en la jurisprudencia de ambos tribunales, se observa una aplicación del principio "*pro homine* (o favor persona)", como postulado de interpretación en miras a resolver conflictos normativos de carácter sustantivo o material, lo que no implica necesariamente una aplicación generalizada del mismo o seguridad jurídica de que éstos se resolverán en atención a dicho criterio[57].

B) Conceptualización y contenido del Bloque de Constitucionalidad Ambiental

B.1. Conceptualización del Bloque de Constitucionalidad Ambiental

El Bloque de Constitucionalidad Ambiental en Chile, y que postulamos a través de este trabajo, estaría constituido por un conjunto de derechos esenciales o fundamentales ambientales, asegurados directamente por la Constitución y por las normas de reenvío expresa y directamente establecidas por ella, incluyendo las de derecho internacional. Dentro de ello, tienen especial relevancia, como fuente de dichos derechos ambientales, los TI Ambientales

[55] Esta situación, haría recomendable que este principio sea consagrado expresamente en la Constitución, de manera de brindarle seguridad jurídica en el ámbito constitucional, siguiendo una cierta tendencia en los países latinoamericanos. Actualmente, aquello podría realizarse incluyéndolo en el artículo 5 de la *CPR*, estableciendo el principio favor persona como postulado de interpretación y aplicación en materia de derechos fundamentales, considerando el sentido y alcance que más favorezca el disfrute efectivo de los derechos fundamentales, junto con velar que las regulaciones limitativas del ejercicio de tales derechos tenga una aplicación excepcional y de derecho estricto para no afectar los estándares mínimos que el Estado se ha comprometido a respetar y garantizar a través de TI sobre derechos fundamentales. Dicha consagración del principio referido, debería realizarse, por un lado, en su vertiente normativa, exigiendo la aplicación de la disposición interna o internacional que mejor proteja los derechos (dentro del marco de los estándares mínimos que exige el derecho internacional vigente) y, por otro, se requeriría de un avance jurisprudencial que concrete la diferenciación entre bloque constitucional de derechos fundamentales y parámetro de control de constitucionalidad como concepto este último más específico y con dimensiones procesales, no consideradas en el primer concepto mencionado que tiene un carácter más general y abstracto. Nogueira (2015a), pp. 342 y 343.

[56] Tribunal Constitucional (2014), considerandos 17 y 20. En el considerando 17, el Tribunal asume que se han establecido: "[...] nuevos estándares en materia de justicia militar a partir de la obligación impuesta al Estado de Chile, incluyendo a esta jurisdicción constitucional, en orden *al deber de respetar y promover los derechos garantizados por esta Constitución y por los tratados internacionales, ratificados y vigentes en Chile"*.

[57] Nogueira (2015a), p. 342.

ratificados por el país y que se encuentran vigentes[58]. Así, al ser incorporados al ordenamiento jurídico nacional, se entienden formar parte del mismo, al igual que su contenido, con todo lo que ello significa para el Estado chileno y su población. A ellos, nos enfocaremos en esta sección del punto II y el punto III del texto, debido a la gran importancia que tienen para el presente y futuro de Chile.

Actualmente, existe un extenso y diverso listado de TI celebrados por el país en el área[59]. Algunos, tienen por objetivo principal la regulación de

[58] A partir de la década de 1990, y frente a los grandes desafíos nacionales e internacionales de este complejo siglo XXI, Chile ha decidido ser protagonista de los procesos de globalización e integración que vive el mundo, iniciando una importante profundización de sus vínculos internacionales y celebrando varios TI en diversas materias, entre ellas, el ambiente.

[59] Entre ellos, es posible mencionar los siguientes: 1) La Convención para la Protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América, firmado el año 1940, promulgado y publicado en Chile en 1967; 2) Convenio Internacional para la regulación de la caza de la ballena, firmado en el año 1946, y promulgado y publicado en Chile en 1979; 3) Tratado Antártico, firmado en el año 1959, y promulgado y publicado en Chile en 1961; 4) Convenio sobre zonas húmedas de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (RAMSAR), firmado en el año 1971, y promulgado y publicado en Chile en 1981; 5) Convención sobre Conservación de Focas Antárticas, firmado en el año 1972, y promulgado y publicado en Chile en 1980; 6) Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES), firmado en el año 1973, y promulgado y publicado en Chile en 1975; 7) Convenio sobre la conservación de especies migratorias de la fauna salvaje, firmado en el año de 1979, y promulgado y publicado en Chile en 1981; 8) Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos, firmado en el año 1980, y promulgado y publicado en Chile en 1981; 9) Convenio para la protección del medio ambiente y la zona costera del Pacífico Sudeste, firmado en el año 1981, y promulgado y publicado en Chile en 1986; 10) Acuerdo sobre la cooperación regional para el combate contra la contaminación del Pacífico Sudeste por hidrocarburos y otras sustancias nocivas en caso de emergencia, firmado en el año 1981, y promulgado y publicado en Chile en 1986; 11) Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, firmado en el año 1982, y promulgado y publicado en Chile en 1997; 12) Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, firmado en el año 1985, y promulgado y publicado en Chile en 1990; 13) Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono, firmado en el año 1987, y promulgado y publicado en Chile en 1990; 14) Convenio de Basilea para el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, firmado en el año 1989, y promulgado y publicado en Chile en 1992; 15) Tratado entre la República de Chile y la República Argentina sobre Medio Ambiente, firmado en el año 1991, y promulgado y publicado en Chile en 1993; 16) Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, firmado en el año 1991, y promulgado y publicado en Chile en 1998; 17) Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, firmada en el año 1992, y promulgado y publicado en Chile en 1995; 18) Convenio sobre la Diversidad Biológica, firmado en el año 1992, y promulgado y publicado en Chile en 1994 y 1995, respectivamente; 19) Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertificación en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular África, firmado en el año

temas vinculados al ambiente (por ejemplo: Acuerdo de París sobre Cambio Climático, Convenio de Diversidad Biológica, etc.), mientras que otros solo cuentan con ciertos capítulos o cláusulas determinadas referidas a la materia (por ejemplo: el Tratado de Libre Comercio de Chile con Estados Unidos que tiene un capítulo 19 sobre ambiente y un anexo 19.3 sobre cooperación ambiental). Sin desmerecer ni cuestionar la relevancia y el aporte de cada uno de estos acuerdos al país, para efectos del planteamiento de esta doctrina solo nos avocaremos al análisis de aquellos que forman parte del primer grupo y, específicamente, a los TI que establecen o consagran derechos fundamentales ambientales y los deberes estatales correlativos.

A su vez, para lograr una mejor sistematización, visualización y comprensión de estos, proponemos agruparlos en distintos sub-bloques, según la materia que traten (por ejemplo: Sub-bloques de Cambio Climático, de Diversidad Biológica, Antártico, etcétera).

B.2 Contenido del Bloque de Constitucionalidad Ambiental

Su contenido específico, estaría compuesto por los atributos y las garantías de los derechos esenciales o fundamentales consagrados y asegurados en los

1994, y promulgada y publicada en Chile en 1997 y 1998, respectivamente; 20) Acuerdo de Cooperación Ambiental Chile-Canadá, firmado en el año 1997, y promulgado y publicado en Chile en 1997; 21) Protocolo de Kioto, firmado en el año 1997, habiendo Chile suscrito el convenio en el año 1998 y habiéndolo promulgado en el año 2004 y publicado el 2005; 22) Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento Fundado Previo aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de comercio internacional, firmado en el año 1998, y habiendo Chile suscrito el convenio en el mismo año; 23) Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, firmado en el año 2000, y habiendo Chile suscrito el convenio en el mismo año; 24) Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, firmado en el año 2001, habiendo Chile suscrito el convenio en el mismo año; 25) Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura, firmado en el año 2001, promulgado y publicado en Chile en 2016; 26) Convenio de Minamata sobre el Mercurio, firmado en el año 2013, y promulgado y publicado por Chile en el año 2018; 27) Acuerdo de París sobre Cambio Climático, firmado en el año 2.015, habiendo Chile suscrito el convenio ese mismo año, y promulgado y publicado en 2017. El Estado de Chile, adicionalmente, ha firmado otros instrumentos ambientales internacionales, como lo son: la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano; la Declaración de la Conferencia Mundial del Clima; la Convención de Creación del Sistema de Protección de Flora y Fauna Latinoamericana; la Declaración de Santa Cruz de la Sierra para el Desarrollo sostenible en las Américas; la Declaración de Río; la Agenda 21; y Los Objetivos de Desarrollo Sostenible y la Agenda 2030, que también incluyen el tema. Al respecto, se recomienda revisar: https://sinia.mma.gob.cl/temas-ambientales/compromisos-internacionales/; www.chiledesarrollosustentable.cl/desarrollo-sostenible/ministerio-de-medio-ambiente/informacion-asociada/acuerdos-internacionales/; https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26957/1/Tratados_medioambiente_Chile_1980_2018.pdf.

TI Ambientales indicados. Dicho fondo material o sustantivo, conlleva determinados mandatos y valores normativos esenciales, que son propios de cada uno de estos acuerdos internacionales, constituye el principal objeto de esta doctrina, y establece derechos fundamentales ambientales para las personas que habitan el territorio del Estado de Chile.

C) Fuentes y fundamentación del Bloque de Constitucionalidad Ambiental

C.1. Fuentes del Bloque de Constitucionalidad Ambiental

En cuanto a sus fuentes, según los capítulos I y III de la *CPR* (sobre las "Bases de la Institucionalidad" y "De los Derechos y Deberes Constitucionales", respectivamente), sobre todo en sus artículos 1, 5, 6, 7 y 19, entre ellas el Estado de derecho (recogido en los términos indicados en el punto I.3.C de este texto), sostenemos que los órganos estatales tendrían la obligación de:

a) Respetar y promover los derechos humanos ambientales garantizados por la Constitución, como es el caso del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, *así como otros relacionados y establecidos en los TI en materia ambiental, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes* y
b) Velar que los derechos antes aludidos no sean afectados y tutelar la preservación de la naturaleza, pudiendo incluso, por medio de la ley, establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el ambiente.

En otras palabras, se podría afirmar que la sumisión del Estado al derecho conlleva el cumplimiento del Estado de Chile no solo de las normas ambientales expresamente establecidas en la Carta Fundamental o dictadas conforme a esta, sino que, también, a aquellas contenidas en otras fuentes del derecho a las que esta hace remisión expresa, como los TI ambientales.

Esta idea, se encuadra en el concepto de Estado de derecho aceptado, en general, por la doctrina nacional, esto es "[…] cuando las potestades públicas ejercen su acción dentro del ámbito que les señala el ordenamiento constitucional" (véase punto II.1 del trabajo). Además, coincide con la noción aceptada en el ámbito internacional, en la que se le vincula con el sometimiento de las personas, incluyendo al propio Estado "[…] a las leyes que se promulgan públicamente"; y, a su vez, con los objetivos internacionales de la ONU, organización a la que Chile forma parte, y que, en su documento fundacional, contempla el

> "crear las condiciones necesarias para mantener la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de *los tratados y de otras fuentes del derecho internacional*" (véase punto I.3.B de este texto).

A su vez, existen autores chilenos que, tomando como base una doctrina del derecho comparado y adaptándola a la realidad del país, proponen la existencia de un Estado de derecho ambiental en Chile, buscando construir con ella un fundamento ético-jurídico que permita exigir al Estado el deber de protección del ambiente en todas sus actuaciones y decisiones, para contribuir a superar la actual compleja realidad ambiental del país[60]. Más aún, en el año 2016 se celebró la "Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN)[61] acerca del Estado de derecho en materia ambiental" –cercana en sus postulados a la propuesta de la Constitución Ecológica que se discute por estos días en Chile–, con el objetivo de promover esta figura como una base legal para la justicia ambiental, estableciendo mecanismos de implementación y, junto con ello, los siguientes principios:

i) Obligación de protección de la naturaleza para el Estado;
ii) Derecho al ambiente;
iii) Derechos a la naturaleza y de la naturaleza;
iv) Sostenibilidad ecológica y resiliencia;
v) *In dubio Pro Natura*;
vi) Función ecológica de la propiedad;
vii) Equidad intrageneracional;
viii) Equidad Intergeneracional;
ix) Igualdad de género;

[60] Se trata de una elaboración teórica, que no cuenta con texto expreso base y que, por ende, constituye un esfuerzo doctrinal para adecuar la actuación del Estado a un desafío del siglo XXI para el que, *a priori*, no fue ideado para solucionar, en razón de su inspiración normativa en un pensamiento decimonónico y simplificador. Sin embargo, aun tratándose de una abstracción teórica, el tratamiento y dirección que la Constitución confiere al ambiente puede aproximar o alejar a su Estado de los avances que propone una doctrina como la acá expuesta y que puede ser clave para controlar y superar la actual crisis ambiental. Corresponde, además, a una visión progresiva de cómo la ley rige la labor del Estado conforme a los cambios sociales van aconteciendo (por ejemplo: Primero, en una concepción del Estado liberal del derecho se resguardaba derechos fundamentales de primera generación o libertades clásicas, luego al concebir un Estado social de derecho se incluyen derechos de segunda generación o derechos económicos y sociales, y la idea de un Estado de derecho ambiental propone enfocar su atención en el derecho de tercera generación a vivir en un ambiente adecuado). ARANDA (2013), pp. 23-38.

[61] La Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN, por su sigla en inglés), está compuesta por organizaciones gubernamentales y de la sociedad civil, y constituye una autoridad mundial sobre el estado del mundo natural y las medidas necesarias para salvaguardarlo. Chile ha tenido una activa participación en la UICN, tanto a escala pública como privada, llegando, incluso, a ser sede de congresos como el desarrollado en el año 2017; esto es, el "2do Congreso Interamericano de Estado de Derecho Ambiental"), realizado en la ciudad de Santiago, entre el 4 y el 6 de septiembre de 2017. Disponible en www.iucn.org/es/node/29229 [fecha de consulta: 28 de abril de 2021]

x) Participación de grupos minoritarios y vulnerables;
xi) Pueblos indígenas y tribales;
xii) No regresión y
xiii) Progresión[62].

Con todo, siguiendo el raciocinio anterior, en cuanto a la incorporación[63] de los TI al ordenamiento jurídico interno, es posible señalar que éstos se entienden válidamente celebrados e incluidos en el orden jurídico nacional una vez que han sido:

1) Negociados y firmados por el Presidente de la República (artículo 32 n.° 15);
2) Aprobados por el Congreso Nacional, según el quórum que corresponda en cada Cámara, conforme al artículo 66, sometiéndolo para ello "en lo pertinente" al trámite formal de las leyes (artículo 54 n.° 1) y
3) Ratificados por el Presidente de la República (artículo 32 n.° 15), superando el control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (artículo 93), promulgados y publicados en el *Diario Oficial* (de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia)[64].

Por lo tanto, si se cumplen de forma exitosa todas las etapas señaladas, se estaría en presencia de un TI que ha sido voluntaria y válidamente celebrado, y que forma parte del derecho chileno, siendo exigible tanto en el plano nacional como internacional. Este debe ser cumplido en virtud del mandato constitucional estudiado y de conformidad a los principios de *ius cogens* "*pacta sunt servanda*" (lo pactado obliga) y "*bonna fide*" (buena fe) contenidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados

[62] Conforme a esta Declaración: a) El fortalecimiento del Estado de derecho es fundamental para proteger los valores ambientales, sociales y culturales y para alcanzar un desarrollo ecológicamente sostenible; b) La inexistencia del Estado de derecho en materia ambiental y la falta de cumplimiento de los derechos y las obligaciones de índole legal, podrían tornar arbitrarias, subjetivas e impredecibles la buena gobernanza, la conservación y la protección ambiental; c) El Estado de derecho en materia ambiental y la existencia de instituciones sólidas constituyen requisitos esenciales para responder a las crecientes presiones ambientales que amenazan a la integridad ecológica de la Tierra, y de forma tal que se respeten los derechos y los principios fundamentales de justicia y equidad; d) El Estado de derecho en materia ambiental debe servir de fundamento jurídico para promover la ética y lograr la justicia ambiental, la integridad ecológica de la Tierra y un futuro sostenible para todos, incluidas las generaciones futuras, tanto en el ámbito local como nacional, subnacional, regional e internacional. Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) (2016).

[63] Definiciones: "Incorporación: Acción y efecto de incorporar o incorporarse". "Incorporar: Unir una persona o una cosa a otra u otras para que haga un todo con ellas". Real Academia Española (2020),véase 'incorporar'.

[64] Nogueira (1997) p. 11.

(TI del cual Chile también es parte)[65], y cuyas disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en el propio TI, o por el derecho internacional (artículo 54 n.° 1 de la *CPR*, concordado con el artículo 54 y siguientes de la citada Convención de Viena)[66]. Todo lo ya expresado, resultaría plenamente aplicable, a los TI ambientales, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, dentro de ellos, aquellos cuyo contenido integraría el referido Bloque de Constitucionalidad Ambiental.

C.2 Fundamentación del Bloque de Constitucionalidad Ambiental

Tratándose de una doctrina que deriva de la idea de bloque constitucional de derechos fundamentales (véase punto II.2.A. referido a los antecedentes de la misma), profundizándola en una materia especial, y cuyo objeto principal son los valores o mandatos normativos esenciales de ciertos TI ambientales (derechos fundamentales ambientales y deberes estatales ambientales correlativos), resulta relevante determinar los fundamentos que justificarían su consideración y aplicación en Chile.

C.2.1. TI ambientales, contenido y rango jerárquico al ser incorporados en Chile.

Dentro de los principales problemas derivados de la redacción de las normas originales de la *CPR*, en materia de TI, se encuentra el rango jerárquico o posición de los mismos al incorporarse al ordenamiento jurídico nacional[67]. Este asunto tomó mayor fuerza, a partir de la reforma constitucional de 1989[68], materializada a través de la Ley n.° 18825, y específicamente con la modificación al artículo 5 de la *CPR*, que agregó a esta norma un inciso segundo, estableciendo, como límite al ejercicio de la soberanía, los derechos esencia-

[65] Junto con lo anterior, Humberto Nogueira opina –y estamos de acuerdo con él en este punto– que tratándose de normas imperativas de derecho internacional, estas deben ser respetadas por los Estados-partes; y que, además, siendo un TI ratificado por el país y que se encuentra vigente, establece derecho convencional internacional que tiene primacía sobre el derecho interno, no pudiendo el Estado de Chile invocar ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas, ni aún a pretexto de disposiciones nacionales en contrario. Nogueira (2002), pp. 563- 581.

[66] ONU (1969a).

[67] Si bien, existen ciertas referencias, en las discusiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (también conocida como Comisión Ortuzar, CENC), sobre la jerarquía o posición de los TI en nuestro derecho interno, ello no quedaría plasmado en el texto aprobado de la Carta Fundamental de 1980.

[68] Se trata, históricamente, de una de las más importantes reformas constitucionales realizadas a las *CPR*, y que, debido a su contexto histórico político ha sido referida, por algunos autores, como la Reforma de la Transición, aun cuando no todos comparten esa denominación.

les que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la *CPR y los TI ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*, debiendo ser respetados y promovidos por los órganos del Estado. De ello, surgieron, a lo menos, tres interpretaciones doctrinarias distintas en la materia:

a) Aquellos que sostenían que dicha reforma consagró el rango constitucional de estos tratados, estableciendo, al mismo tiempo, un procedimiento secundario de reforma de la *CPR*[69];
b) Quienes planteaban que estos TI tenían un rango intermedio entre la ley común y la *CPR*, encontrándose siempre sometidos a esta última[70] y
c) Los que creían que tales tratados tenían un rango simplemente legal, aunque distinguiendo los derechos contenidos y consagrados en ellos que sí tenían rango constitucional[71].

La discusión mencionada fue objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la causa rol n.° 346, de 8 de abril de 2002[72], relativa a la aprobación del Estatuto de Roma (TI en virtud del cual se creó la Corte Penal Internacional) Al manifestarse sobre la jerarquía de los TI, y, si bien no logró zanjar las discrepancias interpretativas sobre la materia, el Tribunal pareció adoptar la tesis mencionada en la letra b) anterior, en cuanto a que se encontrarían en una posición intermedia, sobre la ley y bajo la *CPR*[73]. También, existen fallos en los que, en reiteradas oportunidades, este tribunal sostiene que el TI y la ley son fuentes de derecho diferentes entre sí[74].

---

[69] Nogueira (2003) y Medina (1994) proponen modificar el art. 5 de la *CPR* para evitar dudas en la interpretación de esta norma. Véase Perez (2018), p. 22 y ss.

[70] Beltersen (1996), p. 211-222. Véase también Pérez (2018).

[71] Troncoso y Vial (1993), pp. 695-704; Fernández (1989), pp. 809-825 y Aldunate (2010). Véase también Pérez (2018).

[72] Tribunal Constitucional (2002).

[73] Según Marisol Peña Flores, en esta sentencia el tribunal habría hecho suya la opinión de Alejandro Silva Bascuñán, según la cual los TI prevalecerían sobre la ley cuando se refieren a los derechos de los gobernados o al "estatuto de la libertad", pero, en todo caso, "constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución". Peña Torres (2005), p. 7.

[74] Al respecto, por ejemplo, recomendamos revisar la sentencia del Tribunal Constitucional en causa rol n.° 288 de 1999, que, específicamente en sus considerandos 6 y 7, con referencia a artículos de la *CPR* vigentes en esa época, señala: Considerando 6°: "Que, cabe puntualizar, en primer término, que el tratado y la ley son fuentes de derecho diferentes. En tal sentido, y sin entrar a profundizar el tema, puede mencionarse algunos preceptos que decantan la distinción anotada: el artículo 5° alude a Constitución y tratados internacionales; el artículo 50 habla de someter la aprobación de los tratados a los trámites de la ley y el artículo 82, N° 2, en estudio, distingue entre la tramitación de los proyectos de ley y la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso;". Considerando 7: "Que, por otra parte, la promulgación y publicación de los tratados no está descrita en texto expreso de la Constitución, sino que obedece a una práctica impuesta por la doctrina, la costumbre y la jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre con la ley según lo prevé expresamente el artículo 72 de la Carta Fundamental". Tribunal Constitucional (1999).

Esta controversia siguió adelante y, especialmente, Humberto Nogueira continuó defendiendo la postura de que aquellos TI relativos a derechos humanos tendrían una jerarquía mayor a la ley[75]. Parte de la doctrina, incluso sostuvo que, tratándose de TI sobre derechos humanos que recogían derecho internacional imperativo del tipo *ius cogens*[76], se encontrarían por sobre el ordenamiento constitucional nacional[77].

Todo lo anterior, generó un debate sobre la posición que ocupan, en Chile, los TI *en general*, y que tiene especial relevancia para determinar qué fuente del derecho se aplica a un caso concreto (por ejemplo: el TI o la ley común interna) cuando contienen normas jurídicas distintas u opuestas en una materia específica. Algunos autores han postulado que las normas nacionales deben primar, al menos aquellas de rango constitucional, ya que la Constitución Política es la base del acuerdo jurídico y político de un Estado con su pueblo; y, de otra forma, se podría modificar la Carta Fundamental a través de la incorporación de TI. Otros autores han sostenido que lo que prima es el TI, ya que existe una obligación internacional de cumplirlo, que fue libre y soberanamente adquirida por quien tiene a su cargo la política exterior del país, que fue revisada y aprobada por el órgano legislativo del Estado, y que puede acarrear la responsabilidad internacional de este ante su inobservancia[78].

---

[75] Nogueira (2003), pp. 403-466. Citado en Aldunate (2010), p. 189.

[76] En la doctrina internacional, los autores asimilan al *ius cogens* con el derecho natural, el orden público internacional, o el "derecho constitucional" del derecho internacional. Mientras que la jurisprudencia internacional ha reconocido expresamente que en la actualidad el *ius cogens* ha alcanzado el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional, lo cual revela el gradual emerger de un derecho internacional universal que asegura los intereses y valores más fundamentales de la comunidad internacional como un todo. Además, se desarrolla y aplica especialmente en ciertos sectores del derecho internacional, tales como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal. También destaca la manifestación que ha tenido en el ámbito de la responsabilidad de los Estados, pues en esta área se revela su real, amplia y profunda dimensión: el *ius cogens* no depende del consentimiento de los Estados, por tanto, no se puede acudir a artificios para violar este tipo de normas y su transgresión acarrea como consecuencia una responsabilidad internacional agravada. Díaz Tolosa (2014), p. 556.

[77] A esta última tesis, defendida por diversos autores, se opondría la posición crítica de Fernando Saenger y Lautaro Ríos. Aldunate (2010), p. 188). Al respecto, recomendamos revisar también: Saenger (1993), pp. 647-667 y Ríos (1998), pp. 7-14.

[78] Entre los argumentos esgrimidos en favor de esta posición, cabe considerar lo prescrito por el ya citado artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, que prohíbe invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, lo que vendría a fortalecer la posición de primacía del TI en el ordenamiento jurídico interno del Estado, como una de las Partes del mismo. Sobre el particular, Eduardo Aldunate Lizana opina que dicha norma solo tiene por finalidad excluir una argumentación de esta naturaleza sobre la base del ordenamiento jurídico interno para desconocer sus acuerdos

En nuestra opinión, esta controversia habría quedado superada con la reforma del año 2005, que agrega un párrafo quinto al artículo 54 n.° 1 de la *CPR* y que establece:

> "Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional"[79].

Afirmamos lo anterior, al interpretar esta norma junto con lo dispuesto por los artículos 26, 27 y 54 y siguientes de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, todas disposiciones obligatorias para el Estado de Chile. De todas maneras, parece recomendable aprovechar el actual proceso constituyente, para establecer una norma constitucional que resuelva claramente el asunto, siguiendo así cierta tendencia del derecho comparado[80].

Adicionalmente, frente a la discusión planteada e independiente de la jerarquía normativa que se asigne finalmente al TI (tema que se reconoce discutible), debe recordarse que, al incorporarse debidamente al derecho interno, por decisión del propio Estado en el ejercicio de su soberanía, este conlleva determinadas obligaciones estatales y puede generar responsabilidad internacional para este en caso de incumplimientos.

Ahora bien, si existen normas que estando fuera de la Constitución se rigen, por decisión del constituyente, a un nivel o jerarquía constitucional o supraconstitucional, esto lleva necesariamente a plantear la doctrina del bloque constitucional de derechos fundamentales. Lo anterior significa que, por imperio de la propia Constitución, esas normas ajenas a su articulado, comparten su misma fuerza normativa, porque la propia Carta Fundamental –como fuente suprema del ordenamiento jurídico– así lo ha querido o per-

---

vigentes en el orden internacional, aplicando de esta forma el principio según el cual nadie puede alegar su propio dolo o culpa para liberarse del cumplimiento de una obligación (el TI), pero no es razón suficiente para establecer que existe una primacía de los TI sobre otras normas jurídicas del ordenamiento jurídico interno.

[79] *CPR*. Texto actual del artículo 54 n.° 1, inciso quinto. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302 [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2020].

[80] En Sudamérica, por ejemplo, la Constitución de Bolivia, en su artículo 407, dispone que la jerarquía de los tratados y las leyes es la misma y ambos se encuentran por debajo de la Constitución. Ahora bien, la Constitución establece una regla especial en relación con los tratados internacionales de derechos humanos; a saber, si estos tratados contienen normas más favorables que aquellas establecidas en la Constitución, se aplicarán de manera preferente a la disposición constitucional correspondiente. Nos parece una regla interesante y, cualquiera sea nuestra postura frente a ella, resuelve de una forma determinada un tema que siempre ha generado dudas en Chile. Campusano (2012), p. 15.

mitido[81]. De esta forma, dicho bloque se refiere al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, entre otros[82]. En la práctica, ello implica que un TI incorporado válidamente al ordenamiento jurídico interno, establece un ámbito de contenido normativo de rango constitucional (constitución material, no formal), fijando una equivalencia de rango normativo, especialmente en los TI sobre derechos humanos, tal como lo establece la Constitución en su artículo 5 inciso 2.

Por lo tanto, en este punto cabe preguntarse: ¿Son los TI ambientales *indicados, de aquellos a los que se refiere el artículo 5 inciso 2 de la CPR? ¿Es posible aplicar, en relación a su contenido, la idea de bloque constitucional de los derechos fundamentales aludida? ¿Se justificaría reconocer y aplicar la doctrina del Bloque de Constitucionalidad Ambiental?*

Sostenemos que algunos de los TI ambientales ratificados por Chile y en vigor, podrían considerarse como parte de los denominados "tratados internacionales" que garantizan "derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana", ya que se referirían a lo que se conoce como derechos ambientales o de protección del ambiente (por ejemplo: el derecho a un ambiente sano, el derecho al desarrollo sostenible, etc.) y que formarían parte de los derechos humanos de tercera generación[83].

---

[81] Bidart (1995), p. 263.

[82] Favoreau (1990) y Rubio-Llorente, Francisco (1989).

[83] *¿Qué son estos derechos humanos de tercera generación?*

Según los tratadistas, si la coyuntura socio-política del mundo, conflictos internacionales, economía de posguerra y el principal objetivo de sentar las bases para la evolución de los derechos humanos, fue lo que motivó la protección inicial de los derechos civiles y políticos (primera generación), así como los derechos económicos, sociales y culturales (segunda generación), el surgimiento o aparición de este tercer grupo o generación de derechos humanos se fundamenta en la necesidad de cooperación entre grupos y naciones para afrontar problemas globales y corregir las grandes injusticias que ha sufrido la humanidad a fines del siglo xx y principios del xxi. Dotados de características particulares, ya no es posible ubicarlos en las anteriores categorías.

Se trata, pues, de derechos colectivos de las personas o de la sociedad, ya que los beneficios que derivan de ellos cubren a la colectividad y no solo al individuo considerado en forma particular. Así, la doctrina, en general, los ha llamado Derechos de los Pueblos o de la Solidaridad, al estar concebidos para los pueblos, grupos sociales e individuos que viven en comunidad. Otros, han preferido llamarles Derechos de la Humanidad por tener por objetivo bienes jurídicos que pertenecen al género humano, a la humanidad toda como tal. Según la teoría de los derechos humanos, los de tercera generación están dentro de la categoría de derechos de síntesis, pues para que se hagan efectivos es preciso que, en ellos, se sinteticen los de primera y de segunda generación, en una interconexión necesaria; y, así, por ejemplo, únicamente se puede tener acceso al medio ambiente sano, cuando el hombre es libre, se respeta su vida, el Estado garantice su educación, su salud, etcétera.

Si bien el listado de derechos humanos de tercera generación no es absoluto (encontrándose en constante evolución y actualización), dentro de ellos es posible mencionar el *derecho a la*

En atención a lo anterior, creemos que sí es posible considerar, en dichos casos, la noción de bloque constitucional de derechos fundamentales y aplicar nuestra doctrina en forma complementaria.

En este sentido, el reconocimiento del *Bloque de Constitucionalidad Ambiental* que se plantea, pretende ser un aporte doctrinario en, por lo menos, los siguientes aspectos. En primer lugar, brindando una mayor visibilidad, sistematización y comprensión de estos específicos TI ambientales, así como de su importante contenido. Y, en segundo lugar, contribuyendo a una interpretación más armónica e integradora entre los aludidos acuerdos internacionales ambientales, y su fondo, frente a la Carta Fundamental, y sus disposiciones constitucionales relacionadas, buscando explicar, de manera más clara, la jerarquía o posición de estos dentro del ordenamiento jurídico nacional y resolver dudas sobre su fuerza normativa y efectos. Nos referiremos con mayor detalle a estos, en el punto II.D.

Ahora bien, según se revisó anteriormente, la aplicación en Chile de la idea de bloque constitucional de derechos fundamentales, implica reconocer a los TI sobre derechos humanos, ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, un rango normativo al menos constitucional. Estimamos que, aun cuando existieren dudas sobre el rango normativo de estos TI ambientales, debido a su importancia para el país y lo expuesto en el contexto de esta doctrina, estos podrían integrar el ordenamiento jurídico nacional como mandatos o valores normativos esenciales "del más alto nivel jerárquico del país". Con ello, se buscaría proteger su relevante contenido en el mayor nivel jerárquico posible, velando por su cumplimiento y evitando que este fuera reformado a través de normativas internas. Lo señalado, puede resultar especialmente relevante en lo que se refiere a los deberes del Estado chileno y a los derechos fundamentales de su población, tanto en la actual *CPR* como también en miras a una futura nueva Constitución chilena (como se verá más adelante).

Esta idea, planteada en este trabajo, no se presenta como una verdad revelada, sino más bien como una hipótesis o propuesta para la exploración y un mayor desarrollo en el futuro.

---

protección del ambiente, el derecho al desarrollo, el derecho a la paz, libre determinación de los pueblos, patrimonio común de la humanidad, derecho a la comunicación y, por último, *el humano al desarrollo sostenible, conformado tanto por el derecho al ambiente como por el derecho al desarrollo.*

Por su parte, el *derecho a la protección del ambiente,* contiene una serie de principios que inundan la totalidad del sistema jurídico, razón por la cual se habla de su transversalidad. Tiene por objetivo la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico. Este, vela por la conservación de los recursos naturales, el paisaje y los bienes culturales. *Diario Constitucional* (2021); (UNHCR-ACNUR (2017); Santos de Aguirre (2010).

C.2.2. Conceptos y principios relevantes, y su relación con los derechos fundamentales

A nuestro entender, en el ordenamiento jurídico chileno, existen algunos conceptos y principios importantes, como la dignidad humana, el ambiente, el Estado de derecho y el desarrollo sustentable, que tienen una estrecha relación con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y psíquica, y a vivir en un ambiente libre de contaminación[84] y que también deberían ser considerados como parte de la fundamentación de esta doctrina en Chile.

a) Dignidad humana

Al hablar de dignidad humana, se alude a una la cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y cualquier ser humano, constituyendo un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal, siendo esta dignidad un dato antropológico y ontológico asumido y garantizado como integrante de la condición humana. Esta idea, ha sido recogida en diversos instrumentos de la historia del derecho internacional, como también por el derecho nacional. En Chile, expresamente en la *CPR*, en sus artículos 1 y 5 inciso segundo, e implícitamente en las normas dictadas de conformidad a ésta. La dignidad humana, es asegurada en sus atributos por los derechos fundamentales y debe ser respetada, garantizada y promovida por las autoridades que ejercen el poder estatal, sin que pueda ser retirada a alguna persona, constituyendo un mínimo invulnerable del ser humano, y el valor supremo y principio jurídico que representa la columna vertebral de todo ordenamiento jurídico constitucional, incluyendo obviamente el chileno[85]. En este mismo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet sostiene que esta hace merecedor, a todo individuo, del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, trayendo aparejada un complejo de derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona contra actos degradantes o deshumanizados, y velan por garantizar las condiciones existenciales mínimas para una vida saludable, propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunidad con los demás seres humanos, mediante el respeto a los demás seres que integran la red de la vida[86].

[84] Sobre el contenido de este derecho fundamental, garantizado por la *CPR*, y sus críticas (frente a una noción de derecho a vivir en un medio ambiente sano, adecuado, armónico o equilibrado), recomendamos revisar: Galdamez (2017), pp. 113-144 y Aguilar (2016), pp. 365-416.

[85] Nogueira (2015a), pp. 302-303.

[86] Sarlet (2009), p. 67. Citado en Nogueira (2015a)

b) Ambiente.

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano en Estocolmo de 1972, en la que Chile participó, se estableció que:

> "Medio ambiente es el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas"[87].

En el país, si bien la Constitución no define en su texto lo que debe entenderse como "medio ambiente", sí establece derechos y garantías constitucionales ambientales para todas las personas que forman parte de la población del Estado de Chile (artículo 19 n.° 8: "Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación"[88]; y artículo 20 inciso segundo: "Recurso de Protección especial en materia ambiental), además de deberes estatales en la materia! (artículo 19 n.° 8). Es a partir de esas bases de la institucionalidad del derecho ambiental chileno, que se va desarrollando en el tiempo una legislación propiamente ambiental, cuyo hito más relevante es la Ley km 19.300 del año 1994, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), y que en su artículo 2 establece un concepto de "medio ambiente" en general, y en términos bastante amplios, y de "medio ambiente libre de contaminación", en particular[89]. También define otros términos asociados de relevancia, entre ellos, "biodiversidad o diversidad biológica", "cambio cli-

[87] ONU (1972).

[88] Constitución Política de la República de Chile (CPR 1980) consagra el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación. Las Constituciones de Costa Rica (1949) y Ecuador (2008) establecen el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. La Constitución de México (1917) garantiza a toda persona un derecho a un ambiente sano para su desarrollo y bienestar. La Constitución de Noruega (1814) garantiza un derecho a un ambiente que asegure la salud y de una naturaleza cuya capacidad productiva y diversidad sean preservadas. La Constitución de Sudáfrica establece el derecho a un ambiente que no es perjudicial para su salud o bienestar y a tener un ambiente protegido, para el beneficio de las generaciones presentes y futuras. Por último, la de Venezuela consagra el derecho individual y colectivo a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. World Wide Fund Chile (2020), pp. 2-29.

[89] Artículo 2 de la LBGMA: "Para todos los efectos legales, se entenderá por:

ll) Medio Ambiente: El sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones;

m) Medio Ambiente Libre de Contaminación: Aquél en el que los contaminantes se encuentran en concentraciones y períodos inferiores a aquéllos susceptibles de constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental". Ministerio Secretaría General de la Presidencia (1994).

mático", "conservación del patrimonio ambiental", "contaminación", "contaminante", "daño ambiental". "desarrollo sustentable", "impacto ambiental", "preservación de la naturaleza", "protección del medio ambiente", "recursos naturales" y "reparación", contenidos en las letras a), a ter), b), c), d), e), g), k), m) p), q) y r) de la misma disposición, respectivamente.

Por último, el artículo 69 de la LBGMA se refiere al Ministerio del Medio Ambiente, como la Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República –autoridad encargada de la política exterior del Estado, de negociar y ratificar TI, y de presentarlos al Congreso Nacional para su aprobación o rechazo–, en el diseño y aplicación de políticas, planes y programas en materia ambiental, así como en la protección y conservación de la diversidad biológica y de los recursos naturales e hídricos, promoviendo el desarrollo sustentable, la integridad de la política ambiental y su regulación normativa. Agregando, el artículo 70 b) de la LBGMA, que, entre sus funciones, le corresponderá:

> "Velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales, en que Chile sea parte en materia ambiental, y ejercer la calidad de contraparte administrativa, científica o técnica de tales convenciones, sin perjuicio de las facultades del Ministerio de Relaciones Exteriores"

y que

> "Cuando las convenciones señaladas contengan además de las materias ambientales, otras de competencia sectorial, el Ministerio del Medio Ambiente deberá integrar a dichos sectores dentro de la contraparte administrativa, científica o técnica de las mismas"[90].

c) Estado de derecho

En este punto, se hace una remisión al contenido que ya ha sido desarrollado en el trabajo sobre el tema (véanse los puntos I.3 y II.2.B del texto).

d) Desarrollo sustentable

En el ámbito internacional, y tomando como base el trabajo de la Comisión Brundtland (1983)[91], el denominado principio de desarrollo sostenible fue posicionándose progresivamente en todo el mundo. Este se refiere a la posibilidad de satisfacer las necesidades actuales de la población sin mermar o comprometer los recursos para las generaciones venideras, de modo que estas últimas también puedan satisfacer sus necesidades.

[90] Ministerio Secretaría General de la Presidencia (1994).
[91] ONU (1987).

En Chile, nuestra *CPR* no recoge expresamente este concepto, sin embargo –como ya se señaló– sienta las bases institucionales que, junto a los TI ratificados en materia ambiental, permitieron también la dictación de la LBGMA, la que sí lo define en su artículo 2 letra g) como:

> "el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras"[92].

e) Relación con la protección
de ciertos derechos fundamentales

Dentro de los principales derechos humanos consagrados en la *CPR* y TI, y que, por tanto, obligan a las autoridades públicas del país, se encuentran el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (artículo 19 n.° 1 de la *CPR*) y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (artículo 19 n.° 8 de la *CPR*). Todos estos, se encuentran estrechamente vinculados con los conceptos y principios base de esta doctrina; esto es, la dignidad humana, el ambiente, el Estado de derecho, y el desarrollo sustentable. De tal forma que, de no considerarse o cumplirse con alguno de los últimos, en la forma consagrada en el ordenamiento jurídico, se afectaría, directa o indirectamente, y en mayor o menor medida según la situación, a los derechos y garantías constitucionales mencionadas.

D) Fuerza normativa y efectos
del Bloque de Constitucionalidad Ambiental
en relación con el actual ordenamiento jurídico chileno
y al proceso constituyente para una nueva Constitución

En primer lugar, según se indicó previamente, como el *Bloque de Constitucionalidad Ambiental* estaría compuesto por derechos esenciales o fundamentales consagrados en varios y distintos TI, ratificados por Chile y que se encuentran en vigor, tanto en el ámbito internacional como nacional, estos obligarían al Estado al cumplimiento de sus mandatos o valores normativos esenciales (asunto al que nos referiremos más en el punto III de este trabajo). Lo anterior, significa que, por un lado, el o los otros sujetos de derecho internacional con los que se celebraron podrían exigir a Chile lo pactado en dichos acuerdos y, por otro, que las personas que viven en su territorio podrían hacer valer sus disposiciones en lo que resulten aplicables a sus derechos y a las obliga-

[92] Ministerio Secretaría General de la Presidencia (1994).

ciones estatales asociadas. Esto, porque su contenido pasaría a formar parte de la Constitución material del país, adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlo, pero, además, debiendo respetarlos, promoverlos y protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas al efecto. Así, la vulneración de tales mandatos o valores normativos esenciales, introducidos por vía del TI, constituye una transgresión tanto de la *CPR* como del tratado, con las consecuencias y responsabilidades jurídicas correspondientes, tanto dentro como fuera del país. De tal forma, una vez incorporado el TI y su contenido al orden interno, los mandatos o valores normativos esenciales asociados a este, adquieren aplicación inmediata en Chile, sin ser necesaria una reforma constitucional específica para ello. Finalmente, pensamos que una reforma constitucional solo podría modificar el *Bloque de Constitucionalidad Ambiental*, en la medida que implique una mayor protección y garantía de sus contenidos, sin poder desmejorar su situación jurídica[93].

En segundo lugar, otro efecto que se podría lograr, al considerar este grupo de TI ambientales y a su contenido, como una unidad en el área –con características propias y únicas frente a otras materias del derecho–, es ayudar a darles una mayor visibilidad general y a crear consciencia sobre la trascendencia de su contenido para el país, lo que resultaría especialmente relevante en el contexto de la compleja situación sanitaria, ambiental y climática que atraviesa Chile, y que representa uno de los grandes desafíos que se proyectan en el territorio para las próximas décadas. Todavía más, al proponer la agrupación o categorización de estos, mediante Sub-bloques, en atención a los temas o materias sobre las que versan, creemos que se aportaría a su sistematización y orden, haciendo posible una mejor comprensión de su contenido normativo (muchas veces técnico y/o poco accesible a las personas), así como a promover y fortalecer su aplicación en el país.

En tercer lugar, la doctrina del *Bloque de Constitucionalidad Ambiental* también podría resultar útil e interesante, como postulado doctrinal, frente al actual proceso constituyente en el que se encuentra Chile. Entonces, cabe preguntarse *¿Debería la Convención Constituyente respetar el contenido de los TI Ambientales que comprenden el Bloque de Constitucionalidad Ambiental? ¿*Sería aplicable, *pues, la Doctrina propuesta en este contexto?*

De conformidad al artículo 135 inciso cuarto de la *CPR*, ubicado en su capítulo XV ("Reforma de la Constitución y del procedimiento para elaborar una nueva Constitución de la República"), que corresponde a una

[93] Al respecto, tomamos como base el principio de intangibilidad de los tratados sobre derechos humanos, contemplado por el constituyente en la historia fidedigna de la Constitución y desarrollado por la doctrina nacional. Nogueira (1997), pp. 24.27.

reciente modificación de la Carta Fundamental[94] y que dio paso al actual proceso constituyente:

> *"El texto de Nueva Constitución* que se someta a plebiscito deberá respetar *el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes"*[95].

El sentido y alcance de esta disposición, no ha estado exento de polémica.

Una parte de la doctrina, cree que esta norma jurídica deja en claro que la redacción del nuevo texto constitucional del país, que luego será sometido a plebiscito, no se iniciaría desde una idea de "hoja en blanco", debiendo la Convención Constituyente considerar y respetar, necesariamente, al momento de redactar un nuevo texto constitucional, lo establecido por los convenios internacionales bilaterales y multilaterales celebrados por Chile y que estén vigentes.

En este sentido, Arturo Fermandois, integrante de la Comisión Técnica que elaboró el borrador de reforma constitucional aludida, explica al hablar de la citada disposición –a la que también denomina la "Cláusula de Límites"–, que se trata de un intento de inyectar una certeza jurídica básica para el tránsito normativo entre dos Cartas Fundamentales, mediante límites a los que se refiere como "los 4 puntos jurídicos cardinales fundantes del mundo civilizado". Esta disposición no solo operaría como un marco esencial que debe ser respetado al momento de redactar el nuevo texto constitucional, sino que, también, como una guía frente a las diversas discusiones que seguramente surgirán durante el proceso constituyente. Y, en relación con este punto, él mismo plantea lo siguiente:

> "¿Quién duda hoy del inmenso valor del derecho internacional público vigente para ilustrar la redacción de una nueva Constitución que se propone llevar a Chile a mejores destinos que los actuales? Son muchísimos los temas a tratar y el tiempo es acotado. En cada uno de ellos (los TI) hay experiencias comparadas, hay Cartas fundamentales, hay acuerdos bilaterales o multilaterales. Los tratados que se han suscrito a lo largo de nuestra trayectoria independiente son depositarios de una experiencia jurídica valiosísima. Según cifras de la Cancillería, Chile tiene un gran número de tratados internacionales vigentes, en toda clase de materias. Todos estos operarán como un marco guía para la Convención, y no

[94] Esta reforma se encuentra vigente desde el mes de diciembre de 2019.

[95] Con fecha 24 de diciembre de 2019, se publicó en el *Diario Oficial* la Ley n.° 21200, que "Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República", con el fin de establecer un procedimiento para elaborar una nueva Constitución de la República.

> sólo los de derechos humanos. Así se hizo presente en la discusión de la Comisión Técnica y así quedó en el texto, sin exclusiones"[96].

Y agrega:

> "Por último, la cláusula de límites es derecho, exigible y vinculante para la Convención, no una prosa lírica lanzada al viento. [...] Es cierto que la Corte Suprema sólo fue dotada de competencia para conocer reclamos por infracciones a procedimientos por parte de la Convención. Pero si el mismo poder constituyente que aspira a crear derecho llegare a ultrajar las normas sustantivas que lo enmarcan, de seguro el Estado de Derecho tendrá vías idóneas para reparar ese que sería un indeleble vicio de origen de la Nueva Constitución"[97].

Por el contrario, y frente a esta posición doctrinaria, existen otros autores, como Pablo Contreras, Domingo Lovera y Constanza Salgado, que sostienen que los TI no constituirían un límite para los preceptos de una nueva Constitución de Chile. Así, en su opinión, el efecto jurídico de la norma sería:

> "[...] establecer competencias claras para la Convención Constitucional, así como para los órganos constituidos que seguirán operando en el intertanto. Se respeta así la naturaleza híbrida del proceso, institucionalizado y normado, pero que no deja de ser constituyente. Respecto de los tratados internacionales, esto quiere decir que la Convención no puede firmar, aprobar, ratificar o denunciar tales instrumentos. Estas son atribuciones que se mantendrán en manos de la presidencia y el Congreso Nacional durante el desarrollo del proceso. Por lo mismo, los tratados no imponen límites sustantivos al trabajo de la Convención. La Convención deberá fijar el texto de la nueva Constitución y ello podrá o no ser compatible con las obligaciones de los tratados [...]".

[96] Según Jorge Contesse Singh, en la sesión de la Comisión Técnica de 27 de noviembre de 2019, Arturo Fermandois propuso una cláusula que no está en el Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, alcanzado el 15 de noviembre de 2019 y que fue suscrito por diversas fuerzas políticas del país (aquella a la que Arturo Fermandois se refiere como "Cláusula de Límites"). Señala Jorge Contesse, que esta se habría planteado solo a modo programático y no con el objetivo de limitar a la Convención Mixta Constitucional, por lo que se logró su aprobación en dicha oportunidad; sin embargo, posteriormente, Arturo Fermandois habría sostenido, en publicaciones nacionales, que esta sí debía entenderse como política y jurídicamente vinculante. Lo anterior, ha sido desmentido categóricamente por este último autor, quien señala ser coherente y consecuente con su punto de vista. Contesse (2021).

[97] Fermandois (2021).

Y continúan:

> "Esta comprensión del artículo 135 inciso final parece ser la única compatible con el sistema de control al que estará sujeta la Convención, toda vez que lo que Fermandois llama cláusula de límites no tiene un mecanismo jurídico para ser exigido".

Y, refiriéndose al artículo 136 de la *CPR*, agregan:

> "La reforma constitucional negó explícitamente toda posibilidad de control jurisdiccional sobre los contenidos que acuerde la Convención, porque ella es soberana en cuanto a los contenidos. Esto se ve triplemente reforzado por la reforma constitucional, la que señala que ninguna autoridad, ni tribunal podrá conocer acciones, reclamos o recursos vinculados con las tareas que la Constitución le asigna a la Convención"[98].

Así, según ellos:

> "Que el derecho internacional sirva como directriz y no como límite sustantivo es una invitación a una deliberación constituyente racional que tenga en cuenta las obligaciones de los tratados"[99].

En nuestra opinión, los TI ratificados por Chile y que se encuentren vigentes sí limitan a la Convención Constitucional, ya que esta no puede derogar expresa o tácitamente el contenido de dichos acuerdos internacionales. Esto se desprende no solo de lo dispuesto por el propio texto constitucional (artículo 54 n.° 1 de la *CPR* citado anteriormente), sino que, también, por lo prescrito por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 26 y 27 también revisados previamente), que es precisamente uno de los TI ratificados por el país, en vigor y que, además, contiene normas de *ius cogens* que no se pueden desconocer, contrariar ni incumplir a pretexto de disposiciones de derecho interno (por ejemplo: la *CPR*, la futura nueva Constitución o las leyes). Sobre este asunto, Claudio Troncoso explica que del artículo 26 de la Convención de Viena se derivarían obligaciones para los poderes del Estado, entre ellos los con capacidad normativa (por ejmplo: la Convención Constitucional), debiendo adoptar medidas que permitan ejecutar las obligaciones y ejercer los derechos emanados de los TI, así como abstenerse de dictar normas que contravengan las obligaciones internacionales asumidas en virtud de estos. Aquello, concordado con el artículo 27 del mismo TI, prohíbe al Estado justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales invocando normas nacionales distintas o contradictorias. Al

[98] Contreras, Lovera, Salgado (2021).
[99] *Ibid*.

tratarse de un órgano del Estado de Chile, la Convención Constitucional podría hacerlo incurrir, con su trabajo, en responsabilidad internacional ante un posible incumplimiento de sus compromisos con otros sujetos de derecho internacional[100]. Ahora bien, lo que sí podría ocurrir, y en esto coincidimos con Luis Eugenio García-Huidobro, es que, en el caso hipotético de colisionar el contenido de estos TI con el futuro texto constitucional y antes de su entrada en vigor, Chile buscara retirarse o denunciar el respectivo TI, perdiendo este último su efecto vinculante para el país[101].

Por otro lado, también coincidimos con Claudio Troncoso en su entendimiento del artículo 135 inciso final de la *CPR*, en cuanto a que:

a) La expresión "tratados internacionales", comprendería a todo tipo de TI sin aplicarse sólo a aquellos que regulen materias específicas;
b) Al referirse a los "tratados ratificados por Chile", se trataría de aquellos respecto de los cuales el país ha manifestado su consentimiento de obligarse, en un sentido amplio (comprendiendo los instrumentos de ratificación, adhesión, etc.), siempre que hayan sido sometidos a la aprobación del Congreso Nacional y
c) Al especificar el significado de "tratados que se encuentren vigentes" aludiría a la certeza de que el TI esté en vigor para Chile.

De tal manera, los TI –al igual que los demás límites establecidos por el artículo 135 inciso final de la *CPR*– tendrían un valor de marco competencial y sustantivo para la Convención Constitucional (no de declaración lírica o superflua), y siendo que el propio inciso 3 del artículo 135 le prohíbe asumir otras atribuciones que las que expresamente le reconoce la Constitución, habría que aplicar el principio en virtud del cual debe preferirse la interpretación que permita a la norma desplegar todos sus efectos a aquella que no produzca efecto alguno[102]. En este mismo sentido, también se pronuncia Hernán Corral al observar que si fueran solo límites formales, habría bastado con el inciso 1 de la disposición en cuestión:

> "La Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en esta Constitución o en las leyes"

(por ejemplo: no pudiendo aprobar ni desahuciar TI), pero al agregar el inciso final su contenido debería ser interpretado como limitaciones de fondo o sustanciales a su trabajo para que tuviera un sentido[103].

[100] López (2021).
[101] García-Huidobro (2021).
[102] Troncoso (2021).
[103] Corral (2021).

Conforme a lo antes expuesto, y en el mismo contexto descrito, postulamos que el *Bloque de Constitucionalidad Ambiental*, debiera ser considerado y respetado, como punto de partida, marco y limitación en materia ambiental, para la actividad de la Convención Constitucional en la redacción de una futura Carta Fundamental.

Por último, ¿qué ocurriría si *se llegara a detectar una contradicción directa y frontal entre el contenido de una disposición de la Nueva Constitución, cuyo proceso constituyente está en marcha, y el de los TI ratificados por Chile y que se encuentren vigentes? ¿Cuál sería el órgano encargado de efectuar ese examen de compatibilidad? Y ¿qué efecto se produciría al respecto?*

Si bien, de acuerdo con el artículo 136 de la *CPR* (sobre "la reclamación"), existe claridad de que las infracciones a las reglas del procedimiento aplicables a la Convención deben ser conocidas por la Corte Suprema, en la forma establecida en esta misma disposición, y cuya sentencia solo podría anular el acto en cuestión, no existe esa misma certeza tratándose de contradicciones de fondo entre las normas sustantivas del texto de una nueva Constitución y el contenido de un TI determinado. Para esta hipótesis, la doctrina ha emitido diversas opiniones.

Una posición, es la de Claudio Troncoso que sostiene que, del análisis del mismo artículo referido, sería la propia Convención Constitucional la que debería realizar dicho examen de compatibilidad y no así el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema u otro órgano del Estado de Chile[104]. Por ello, si esta comprueba una incompatibilidad debería, en principio, proceder a modificar dicho texto constitucional ajustándolo al compromiso asumido en el TI, pues de lo contrario podría generar responsabilidad internacional para el país. Otra posición, es la de Hernán Corral quien plantea que, si se aprobaran normas que no respeten los límites fijados en el artículo 135 inciso final, serían aplicables los artículos 6 y 7 de la *CPR* –que consagran importantes principios vinculados al Estado de derecho– para obtener la nulidad de pleno derecho de estas, originando las responsabilidades y sanciones que fueran procedentes o, bien, al tratarse de una reforma constitucional, podría requerirse al Tribunal Constitucional, ya que conforme al artículo 135 inciso 2 de la *CPR* este mantendría sus atribuciones actuales[105].

Por último, cabe considerar que si los límites mencionados no obligaran en el fondo a la Convención Constitucional, su plena libertad de acción frente a la redacción del texto de nueva Constitución, podrían llevarla, como indica Hernán Corral[106], a autoproclamarse como Asamblea Constituyente

[104] Troncoso (2021).
[105] Corral (2021).
[106] *Ibid.*

soberana y sin restricciones, pudiendo derivar en conclusiones contrarias al tenor del artículo indicado y que pueden ser peligrosas para la legitimidad del proceso (por ejemplo: configurar un estado monárquico o una democracia protegida, vulnerar la cosa juzgada, establecer normas contrarias a los TI sobre derechos humanos, etcétera)[107].

Este análisis y conclusión, también sería extensible a los TI ambientales aludidos y a su contenido; y ahí radica, entonces, la importancia del respeto y cumplimiento, por parte del Estado de Chile (en este caso de la Convención Constitucional), de los mandatos normativos o valores esenciales que surgen *del Bloque de Constitucionalidad Ambiental* propuesto.

Bibliografía

Aguilar Cavallo, Gonzalo (2016). "Las deficiencias de la fórmula "Derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación en la Constitución chilena y algunas propuestas para su revisión". *Revista Estudios Constitucionales*, año 14, n.° 2. Talca.

Aldunate Lizana, Eduardo (2010). "La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho Positivo". *Ius et Praxis*, año 16, n.° 2. Talca. También disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v16n2/art07.pdf [fecha de consulta: 24 de agosto de 2020].

Aranda Ortega, Jorge (2013). "El Estado de derecho ambiental: Concepto y perspectivas de desarrollo en Chile". *Justicia Ambiental*, año 5, n.° 5. Santiago. También disponible en https://fima.cl/site/wp-content/uploads/2014/06/Justicia-Ambienta-n%C2%B0-5.pdf [fecha de consulta: 8 de abril de 2021].

Arango Olaya, Mónica (2004). "El Bloque de Constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana". Disponible en www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf [fecha de consulta: 29 de abril de 2021].

Beltersen Repetto, Raúl (1996). "Rango jurídico de los tratados internacionales enel derecho chileno". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n.° 2 y 3, tomo I. Santiago.

Benadava, Santiago (2004). *Derecho internacional público*. 8ª ed. Santiago LexisNexis.

Benda, Ernesto, Werner Maihofer, H. Vogel, Konrad Hesse y Wolfgang Heyde (1996). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Bidart Campos, Germán (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ed. Ediar.

[107] El artículo 135 inciso 2 de la *CPR* establece: "Mientras no entre en vigencia la Nueva Constitución en la forma establecida en este epígrafe, esta Constitución seguirá plenamente vigente, sin que pueda la Convención negarle autoridad o modificarla". Congreso Nacional (1980).

Bockenforde, Ernst Wolfgang (2002). *Estudios sobre Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.

Bustos Gisbert, Rafael (2004). "Las tensiones del Estado autonómico ante el proceso de reforma estatutaria". *Revista Jurídica de Castilla y León*, número extraordinario: "La Reforma de los Estatutos de Autonomía", 73.

Campusano Droguett, Raúl F. (2012). "El derecho internacional en la nueva Constitución de Bolivia". *XLII Jornadas de Derecho Público. Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises (2011). "Las obligaciones del Estado en el artículo 1° de la Constitución mexicana".

Carpio-Marcos, Édgar (2005). "Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.° 4.

Contesse Singh, Jorge (2021). "Cláusula de límites", en Debate sobre los límites de la Convención Constitucional. Disponible en www.pcontreras.net/blog/category/art-135 [fecha de consulta: 23 de abril de 2021].

Contreras, Pablo, Domingo Lovera, Constanza Salgado (2021). "¿Cláusula de límites?", en Debate sobre límites de la Convención Constitucional. Disponible en www.pcontreras.net/blog/category/art-135 [fecha de consulta: 23 de abril de 2021].

Corral Talciani, Hernán (2021). "TPP11 y límites a la Convención". Disponible en www.elmercurio.com/blogs/2021/01/20/85181/TPP11-y-limites-a-la-Convencion.aspx [fecha de consulta: 23 de abril de 2021].

Diario Constitucional (2021). "Derechos de primera, segunda y tercera generación". Disponible en www.diarioconstitucional.cl/temas-civicos/derechos-de-primera-segunda-y-tercera-generacion/#:~:text=Los%20Derechos%20de%20tercera%20generaci%C3%B3n,segunda%20mitad%20del%20siglo%20XX..&text=La%20aparici%C3%B3n%20de%20estos%20derechos,naciones%20para%20afrontar%20problemas%20globales [fecha de consulta: 29 de abril de 2021].

Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2014). "El reconocimiento del Ius Cogens en el ordenamiento jurídico chileno". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.° 2. Santiago. También disponible en https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v41n2/art07.pdf [fecha de consulta: 13 de setiembre de 2020].

Evans de la Cuadra, Enrique (1999). *Los derechos constitucionales*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo iii.

Favoreau, Louis (1975). "Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", in Marcel Waline. *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *Mélanges*, Paris: Éditions Cujas.

Favoreau, Louis (1990). "El bloque de constitucionalidad". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.° 5. Madrid.

Favoreu, Louis & Francisco Rubio-Llorente (1995). "Bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional)",en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas: Madrid, tomo 1.

Fermandois, Arturo (2021). "La cláusula de límites: Marco y orientación". Disponible en www.pcontreras.net/blog/category/art-135 [fecha de consulta: 23 de abril de 2021].

Fernández González, Miguel Ángel (1989). "La reforma al artículo 5 de la Constitución". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, n.° 3. Santiago.

García-Huidobro, Luis Eugenio (2021). "Cláusula de límites I", en Debate sobre límites de la Convención Constitucional. Disponible en www.pcontreras.net/blog/category/art-135 [fecha de consulta: 23 de abril de 2021].

Galdamez Zelada, Liliana (2017). "Medio Ambiente, Constitución y tratados en Chile". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, n.° 148. México. También disponible en www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332017000100113 [fecha de consulta: 10 de abril de 2021].

Hauriou, Maurice (2003). *Principios de derecho público y constitucional*. Comares.

Kant, Immanuel (2004). *Teoría y, práctica*. Madrid: Alianza.

López-Garrido, Diego, Marcos Francisco Massó-Garrote y Lucio Pergoraro (2000). "El Estado Autonómico como variante del Estado compuesto". *Nuevo derecho constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

López E., Sebastián (2021). "¿Cláusula de límites?", en Debate sobre límites de la Convención Constitucional. Disponible en www.pcontreras.net/blog/category/art-135 [fecha de consulta: 23 de abril de 2021].

Marshall Barberán, Pablo (2010). El Estado de derecho como principio y su consagración en la Constitución Política. *Revista de Derecho*, año 17, n.° 2. Coquimbo.

Nogueira Alcalá, Humberto (1997). "Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 23 n.° 2 y 3, tomo I. Santiago. También disponible en www.redalyc.org/pdf/197/19720203.pdf [fecha de Consulta: 27 de abril de 2021].

Nogueira Alcalá, Humberto (2002). "Consideraciones sobre el fallo del Tribunal Constitucional respecto del Tratado de Roma que establece la Corte Penal Internacional". *Ius Et Praxis*, vol. 8, n.° 1. Talca. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100032 [fecha de consulta: 26 de abril de 2021].

Nogueira Alcalá, Humberto (2003). "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: Doctrina y jurisprudencia". *Ius et Praxis*, año 9, n.° 1. Talca. También disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100020&lng=es&nrm=iso&tlng=es [fecha de consulta: 20 de agosto de 2020].

Nogueira Alcalá, Humberto (2009). "Consideraciones sobre poder Constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y práctica Constitucional". *Ius et Praxis*, año 15, n.° 1. Talca.

Nogueira Alcalá, Humberto (2015a). "El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y Mé-

xico: Doctrina y Jurisprudencia". Revista *Estudios Constitucionales*, año 13, n.° 2, Talca. También disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200011 [fecha de consulta: 9 de abril de 2021].

Nogueira Alcalá, Humberto (2015b). "Reflexiones jurídicas en torno al inciso 2° del artículo 5 de la Constitución: su sentido y alcance y su posible perfeccionamiento por reforma constitucional", en Humberto Nogueira Alcalá (coord.). *Las bases de la institucionalidad: Realidad y desafíos*. Santiago: Editorial Librotecnia.

Ortega García, Ramón (2014). "La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 15. Ciudad de México. También disponible en www.redalyc.org/pdf/4027/402741202013.pdf [fecha de consulta: 24 de abril de 2021].

Peña Torres, Marisol (2005). "La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales". *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 38, n.° 151. Santiago. También disponible en https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/14390) [fecha de consulta: 29 de agosto de 2020].

Pérez Herrera, Elisa (2018). *Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales*. Tesis de grado. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

Real Academia Española (2020). *Diccionario de la lengua española*. Disponible en https://dle.rae.es

Ríos Álvarez, Lautaro (1998). "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos". *Gaceta Jurídica*, n.° 215. Santiago.

Rojo, Ignacio (2021). "Bloque de constitucionalidad de derechos, ¿Nueva fuente del derecho constitucional? *Diario Constitucional*, sábado 10 de abril de 2021. Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulos/bloque-de-constitucionalidad-de-derechos-nueva-fuente-del-derecho-constitucional/ [fecha de consulta: 10 de abril de 2021].

Rubio-Llorente, Francisco (1989). "El bloque de constitucionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.° 27. Madrid.

Saenger Gianoni, Fernando (1993). "Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución". *Revista Chilena de Derecho*, n.° 20, vol. 2-3. Concepción.

Santos de Aguirre, María del Rosario (2010). "Los derechos humanos de tercera generación". Disponible en https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/8056/Los%20derechos%20humanos%20de%20tercera%20generaci%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 29 de abril de 2021].

Schmidt, Carl (1983). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.

Suelt-Cock, Valeria (2016). "El Bloque de Constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional: Aproximación a los contenidos del bloque en de-

rechos en Colombia". *Universitas*, n.° 133. Bogotá. También disponible en www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602016000200301) [fecha de consulta: 25 de abril de 2021].

Troncoso Repetto, Claudio y Tomás Vial Solar (1993). "Sobre los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales y en la Constitución". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 20, n.° 2 y 3, tomo II. Santiago.

Troncoso Repetto, Claudio (2021). "Nueva Constitución y Tratados Internacionales", en Debate sobre límites de la Convención Constitucional. Disponible en www.pcontreras.net/blog/category/art-135 [fecha de consulta: 23 de abril de 2021].

UNHCR-ACNUR (2017). "¿Cuáles son los derechos humanos de tercera categoría?". Disponible en https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/ [fecha de consulta: 29 de abril de 2021].

Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) (2016). "Declaración mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en materia ambiental". Disponible en www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/spanish_declaracion_mundial_de_la_uicn_acerca_del_estado_de_derecho_en_materia_ambiental_final.pdf [fecha de consulta: 11 de abril de 2021].

Urimny-Yepes, Rodrigo (2005). "El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal, Curso de formación de promotores/ as en derechos humanos, libertad sindical y trabajo decente" Bogotá: Universidad Nacional, Escuela Nacional Sindical, ENS,. Bogotá.

Zagrebelsky, Gustavo e Valeria Marcenó (2012). *Giustizia constituzionale*. Bologna: Ed. Il Mulino.

World Wide Fund Chile (2020). "Medio Ambiente y protección de la biodiversidad en las Constituciones del Mundo". Disponible en wwflac.awsassets.panda.org/downloads/wwfchile_analisisconstituciones.pdf.

Normas

Congreso Nacional (1980). *Constitución Política de la República*. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302 [fecha de consulta: 5 de abril de 2021].

Constitución de Alemania, Ley Fundamental de Bonn (1949). Disponible en https://personal.us.es/juanbonilla/contenido/FAYUE/MATERIALES/LEY%20FUNDAMENTAL%20DE%20BONN.pdf [fecha de consulta: 5 de abril de 2021].

Constitución española (1978). Disponible en www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/normativa/constitucion-espanola-de-1978 [fecha de consulta: 4 de abril de 2021].

Ministerio Secretaría General de la Presidencia (1994). "Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente". Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30667 [fecha de consulta: 10 de abril de 2021].

ONU (1945). "Carta de las Naciones Unidas", San Francisco, Estados Unidos. Disponible en www.un.org/es/about-us/un-charter [fecha de consulta: 3 de abril de 2021].

ONU (1948). "Declaración Universal de los Derechos Humanos". París. Disponible en www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf [fecha de consulta: 3 de abril de 2021].

ONU (1969a). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=12889 [fecha de consulta: 18 de abril de 2021].

ONU (1972). Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Disponible en www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/2848/Co_Eco_Diciembre_1972_Declaracion%20sobre%20el%20medio%20humano.pdf?sequence=2&isAllowed=y [fecha de consulta: 10 de abril de 2021].

ONU (1987). Informe de la Comisión Brundtland "Nuestro Futuro Común". Disponible en www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf [fecha de consulta: 28 de abril de 2020].

ONU (2004a). "Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad sobre el Estado de Derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos (S/2004/616)". Disponible en www.un.org/ruleoflaw/es/key-documents/ [fecha de consulta: 6 de abril de 2021].

ONU (2012a). "Histórica Reunión de Alto Nivel sobre Estado de Derecho celebrada en las Naciones Unidas". Disponible en www.un.org/es/ga/67/meetings/ruleoflaw_sept24.shtml [fecha consulta: 3 de abril de 2021].

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional (1992). Sentencia T-426-92, 24 de junio de 1992, magistrado ponente Eduardo Cifuentes-Muñoz. Colombia. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-426-92.htm#:~:text=T%2D426%2D92%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Aunque%20la%20Constituci%C3%B3n%20no%20consagra,de%20elementos%20materiales%20para%20subsistir) [fecha de consulta: 25 de abril de 2021].

Corte Constitucional (1993). Sentencia C-295-93, 29 de julio de 1993, magistrado ponente Carlos Gaviria-Díaz. Disponible en http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-295- 93.htm.

Corte Constitucional (1995). Sentencia C-578-95, 4 de diciembre de 1995, magistrado ponente Eduardo Cifuentes-Muñoz. Colombia. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-578-95.htm [fecha de consulta: 29 de abril de 2021].

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-187-06, 15 de marzo de 2006, magistrada ponente Clara Inés Vargas-Hernández. Colombia.

Corte Constitucional (1995). Sentencia C-225-95, 18 de mayo de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez-Caballero. Colombia. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm [fecha de consulta: 28 d abril de 2021].

Tribunal Constitucional (1983). Pleno, sentencia 76/1983, STC 76/1983, 5 de agosto de 1983, 197. *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, Madrid,18 de agosto de 1983.

Tribunal Constitucional (1999): Sentencia rol n.° 288, de 24 de junio de 1999, Chile. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/expediente [fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020].

Tribunal Constitucional (2002). Sentencia rol n.° 346, de 8 de abril de 2002, Chile. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=274 [fecha de consulta: 25 de agosto de 2020].

Tribunal Constitucional (2014). Sentencia rol n.° 2492-13 de 17 de junio de 2014. Chile. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/expediente [fecha de consulta: 27 de abril de 2021].

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2011a). Primera sentencia de pleno, "Expediente varios 912/2010, en el engrose de 20 de septiembre de 2011, México. Disponible en www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf [fecha de consulta: 29 de abril de 2021].

Suprema corte de Justicia de la Nación de México (2011b). En sentencia 28/2010 de 23 de noviembre de 2011. México. Al respecto, se recomienda revisar: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3584/5.pdf .

Suprema Corte de Justicia Nacional de México (2013). Sentencia S.C. 293/2011, de 3 de septiembre de 2013. México.

LA SEGURIDAD SOCIAL COMO GARANTÍA EXPLÍCITA EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS PAÍSES MEJOR EVALUADOS POR EL *RANKING* DE MERCER

SOCIAL SECURITY AS AN EXPLICIT GUARANTEE IN THE CONSTITUTIONS OF THE BETTER SCORED COUNTRIES IN THE MERCER RANKING

Andrés Romero Werth[*]

Resumen: El proceso constituyente que vive Chile ha motivado varias publicaciones en torno a los cambios que deberían producirse en el contenido de los derechos fundamentales que debería contener la nueva Constitución, entre los cuales se encuentra la seguridad social, y particularmente su aplicación al sistema de pensiones. A fin de conocer la experiencia internacional en la materia revisamos el contenido de otras Constituciones, utilizando como parámetro de selección el afamado índice global de pensiones de Mercer.

Palabras clave: Pensiones, derechos fundamentales, Constitución, índice de Mercer.

Abstract: The constitutional process that Chile is going through has motivated several publications about the changes that should take place in the content of the fundamental rights that the new constitution should contain,

[*] Andrés Romero Werth, abogado, Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad del Desarrollo. Abogado investigador de la Corporación CIEDESS. Correo electrónico: aromerowerth@gmail.com

among which is the social security, and particularly its application to the pension system. In order to learn about international experience in the matter, we reviewed the content of other constitutions, using Mercer's famous global pension index as a selection parameter.

KEYWORDS: Pensions, fundamental rights, constitution, Mercer index.

Cuando se compara la calidad de los sistemas de pensiones del mundo, una de las guías más citadas es el *ranking* de pensiones de Mercer, donde el sistema chileno de capitalización individual se encuentra entre los trece mejores. Por otra parte, surge frecuentemente la queja que las deficiencias en las pensiones entregadas por el sistema de capitalización individual están conectadas con la forma en que se consagra en la Constitución la seguridad social y las limitaciones que impondría a ella principios como la subsidiaridad. Para revisar qué tanto de cierto ello puede tener, pretendemos revisar si entre los demás países mejor ubicados en el *ranking* de Mercer se consagra a la seguridad social de una forma explícita y la forma en que ello ocurre.

Para lograrlo comenzaremos por explicar el *ranking* en cuestión, los componentes que mide y cuáles son los países mejor ubicados, con sus puntos fuertes y debilidades, así como abordar las críticas al instrumento en sí. A continuación, realizaremos una breve descripción entre el funcionamiento de los sistemas de cada país y los resultados que obtienen para, finalmente, abordar el contenido de sus Constituciones y la forma en que consagran a la seguridad social, de ser aplicable.

I. El índice global de pensiones de Mercer-CFA Institute

Este indicador corresponde a una construcción realizada por la firma de administración de fondos Mercer la cual, en su versión 2020, es realizada junto con el CFA Institute[1] y el Monash Centre for Financial Studies, abarcando a un conjunto creciente de países con el fin de comparar el funcionamiento de sus sistemas de pensiones. En la muestra más reciente, los países comparados ascendieron a treinta y nueve, con la incorporación de Bélgica e Israel, con Chile ubicado en la 13ª posición.

[1] Asociación Global de Profesionales de la inversión que ofrece, entre otras, la certificación como analista financiero (CFA en sus siglas en inglés).

Para la elaboración del índice se utiliza la aproximación a los sistemas de pensiones diseñada por el Banco Mundial, en su versión de 2008, que organiza este tipo de regímenes en cinco pilares[2], que se basa en un mecanismo no contributivo (pilar 0), un sistema obligatorio de administración pública y beneficio definido (pilar 1); un sistema obligatorio de contribución definida (pilar 2), mecanismos de ahorro voluntario (pilar 3) y mecanismos de apoyo externos a los sistemas de pensiones, de naturaleza variada (pilar 4).

Incluso, con la simplificación que aporta la estructura analítica de cinco pilares, la comparación de mecanismos de pensiones de muy diversa naturaleza, tanto en el interior de sus propios componentes como en relación con otros países, hace que la labor comparativa requiera enfocarse en puntos específicos que sean relevantes para la finalidad de los sistemas de pensiones, esto es, aportar recursos para abordar la pérdida de ingresos asociada a la vejez[3]. El índice de Mercer realiza esta labor dividiendo sus indicadores en tres categorías, las cuales, a su vez, tienen una ponderación diferenciada, pero que se ha mantenido en el tiempo durante la elaboración del indicador. Estas tres categorías corresponden a adecuación, sostenibilidad e integridad[4], siendo las dos primeras un reflejo directo de dos de los principios que orientan a la seguridad social.

La adecuación corresponde al cumplimiento del objetivo primario del sistema, es decir, su capacidad de sustituir la renta al llegar a la vejez, siendo realizada la comparación considerando tanto el nivel de prestación aportado por los sistemas no contributivos, esto es, la red de seguridad mínima ofrecida por el Estado, como las tasas de reemplazo generadas en cada país para trabajadores con ingresos entre el 50% y el 150% del promedio. Es importante considerar acá que lo medido son resultados teóricos sobre la base de las proyecciones existentes en cada sistema, y no los resultados concretos obtenidos por cada persona, en una aproximación similar a la publicación de la OCDE, Pension at a Glance, y con sus mismas limitaciones. El indica-

[2] El modelo de tres pilares, frecuente en la literatura y prensa nacional, corresponde a un diseño previo del Banco Mundial en 1994, en el documento *Averting the Old Age Crisis*. Tal modelo es mantenido hoy en los análisis de la OCDE.

[3] No obstante, es importante señalar que la vejez misma, como contingencia social, carece de definición práctica. Los sistemas de pensiones asumen que se producirá una pérdida de capacidad de trabajo alrededor de una edad predefinida, pero en los hechos ello puede no ocurrir en absoluto, especialmente para quienes realizan labores más intelectuales que físicas.

[4] A pesar de que la seguridad social cuenta con un principio de "integridad", aquel se trata de la correlación entre la prestación y la renta que reemplaza, lo cual el índice de Mercer refiere como adecuación, toda vez que integridad su utiliza en el sentido de completitud. En este caso la integridad se utiliza en su acepción ética, en referencia a un sistema de funcionamiento probo e intachable.

dor de adecuación se compone de once ítems diferentes, que abarcan temas como: el nivel de las pensiones básicas y su reajustabilidad, las tasas de reemplazo[5], el tratamiento tributario de los aportes voluntarios, la edad mínima para pensionarse, las modalidades de pensión[6], el tratamiento de los fondos en caso de cambio de lugar de trabajo[7], los efectos de un divorcio o separación, la inversión de los fondos tras pensionarse y los beneficios existentes en situaciones de cuidado de menores o similares. Junto con estos factores propios de un sistema de pensiones, se consulta también por el nivel de ahorro doméstico de las personas y el nivel de propietarios de vivienda existente, factores externos al sistema previsional pero que claramente tienen impactos en sus resultados, lo que resulta consistente con la aproximación basada en el esquema de cinco pilares, respondiendo a elementos propios del pilar, si bien no necesariamente ellos se reflejan en la prestación[8].

La situación de Chile en el indicador de adecuación es el peor resultado obtenido entre los componentes del índice, con un puntaje de 56.5 sobre 100, teniendo puntajes relativamente bajos en las dos principales preguntas que lo componen, lo cual no debiese ser una sorpresa para nadie[9]. Ello nos ubica en el lugar 26 del subíndice, dejando claro que es la gran dificultad de nuestro sistema.

El segundo componente del *ranking* corresponde a la sostenibilidad, indicador que mide la capacidad del sistema de cumplir con su función protectora y mantenerse en el tiempo. Desde fines de la década de 1990 que en el mundo la preocupación por la salud financiera de los fondos de pensiones se ha incrementado, asumiendo que los problemas de algunos regímenes no

[5] Estos dos indicadores son los que más pesan en el puntaje, con 17,5% y 25%, respectivamente.

[6] La principal preocupación en la materia son los sistemas que permiten retirar los fondos previsionales como suma alzada. En rigor, la pregunta corresponde a la proporción de los fondos que deben tomarse como flujo de ingresos.

[7] En Chile es escasamente aplicable, dado el poco alcance el APVC. Sin embargo, en países con sistemas ocupacionales extensos, cambiarse de trabajo puede implicar un castigo a los ahorros previsionales. Este problema existió también en el sistema de cajas de previsión chileno, hasta la dictación de la Ley n. °10986 de Continuidad de la Previsión.

[8] En tal línea, por ejemplo, ser propietario de una vivienda es una cualidad positiva toda vez que reduce la necesidad de los gastos, cuestión que debería estar completada al momento de la jubilación. En los sistemas de pensiones ello se refleja en que ciertas prestaciones pueden variar en consideración al estatus de propietario, generalmente aquellos sistemas sujetos a pruebas de activos, donde los bienes inmuebles pueden pesar contra el límite impuesto.

[9] Téngase presente que todos son resultados previos a los efectos del COVID en los sistemas de pensiones, con lo cual los resultados seguramente se verán afectados en la versión 2021, tanto para Chile como para Australia, países con sistemas de capitalización que permitieron el acceso anticipado a los fondos producto de la pandemia.

eran una situación pasajera, sino una tendencia constante, lo cual se debe en parte a un mayor estudio de fenómenos relevantes para los sistemas previsionales como el constante incremento de la esperanza de vida (y sin señales de detenerse) y en parte al colapso de algunos sistemas de pensiones.

Este componente tiene solo nueve preguntas que incluyen la proporción de la población en la fuerza de trabajo, que es parte de planes privados[10]; el nivel de activos en los fondos previsionales, ya sea en planes privados, fondos de reserva o similares; la expectativa de vida a la edad de jubilación; el nivel de cotizaciones en relación con las remuneraciones; los niveles de participación de las personas mayores en la fuerza de trabajo; el nivel de deuda pública en relación con el PIB; la posibilidad que los pensionados sigan trabajando y cotizando; el nivel de crecimiento promedio pasado y proyectado y la obligación de los administradores de considerar elementos sociales, ambientales o de gobernanza. En este componente Chile califica con setenta sobre cien, siendo sus peores puntajes los relativos a crecimiento y expectativa de vida, ubicándose en el sexto lugar, superado solo por Australia, Dinamarca, Israel, los Países Bajos y Suecia.

El componente final del índice corresponde a la integridad, lo que referencia a la confianza pública de que los sistemas privados efectivamente entreguen las prestaciones durante el periodo de retiro. En el fondo, este elemento corresponde a un indicador de buena gobernanza, si bien con un espectro limitado aplicable a las instituciones privadas. Las preguntas que lo componen son trece, e incluyen la necesidad de aprobación pública para operar como administrador de pensiones, el requerimiento de informes periódicos, la existencia de políticas de inversión, la necesidad de auditorías, la capacidad de los gobiernos de implementar políticas en el área, la existencia de niveles mínimos de financiamiento, límites a las inversiones en personas relacionadas, protecciones ante mala administración o fraude, exigencias de información en el funcionamiento de los planes de pensión, reportes periódicos a los afiliados, la existencia de recursos judiciales y la existencia de múltiples fondos diferenciados. El puntaje de Chile en esta materia también es alto, 79,6 sobre 100, con su menor indicador en los reportes periódicos a los afiliados y la existencia de múltiples fondos diferenciados, quedando en el lugar quince, toda vez que este indicador tiene puntajes relativamente altos en la mayoría de los países (solo cinco países bajo cincuenta).

[10] Ya sea de capitalización o reparte, contribución o beneficio definido. Apunta al segundo pilar del Banco Mundial.

País	Puntaje global	Adecuación	Sostenibilidad	Integridad
Países Bajos	82,6	81,5	79,3	88,9
Dinamarca	81,4	79,8	82,6	82,4
Israel	74,7	70,7	72,4	84,2
Australia	74,2	66,8	74,6	85,5
Finlandia	72,9	71	60,5	93,5
Suecia	71,2	65,2	72	79,8
Chile	67	56,5	70	79,6

Como cualquier tipo de *ranking*, el índice de Mercer tiene un amplio espacio para críticas en torno a la selección y ponderación de sus componentes. Una de las más recientes críticas proviene de la OIT, con un artículo de enero de 2021, donde alude a la inadecuación de índice para la creación de políticas públicas. En rápida síntesis, se afirma que los sistemas de pensiones, al ser mecanismos complejos

> "no pueden entenderse de manera independiente a las características de su entorno por lo que las características de un sistema no son necesariamente adoptables con igual éxito en otros contextos institucionales económicos y culturales"[11],

adicionalmente, el índice tendría un fuerte sesgo hacia sistemas con componentes de capitalización individual, no se abordan todas las características que la OIT considera relevantes en un sistema de pensiones y la comparabilidad entre países sería baja, al utilizar mecanismos de proyección estandarizados en lugar de casos concretos[12]. Parte de estas críticas son del todo ciertas, pero son igualmente extrañas, por cuanto han sido reconocidas por los propios autores del índice Mercer, quienes señalan que "ningún sistema puede ser trasplantado de un país y aplicado a otro sin ningún cambio" así como "cada sistema ha evolucionado desde las circunstancias económicas, sociales, culturales, políticas e históricas particulares del país"[13]. Con todo, el objetivo del índice es destacar elementos generales que son deseables en los sistemas de cualquier país, independientemente del tipo de régimen previsional que tenga. Por otra parte, una crítica similar puede realizarse de las mediciones de la propia OIT, que se fija sus propios estándares de lo que desea abordar y de qué forma lo pondera. A modo de ejemplo podemos encontrar la publicación de Guillermo Montt y Alberto Coddou, sobre la seguridad social y la

[11] Bertranou y Montt (2021).

[12] Esto es, se supone el comportamiento estándar del sujeto de cada país en lugar de uno común para todos.

[13] Mercer, CFA Insitute, Monash University (2020).

Constitución, donde destacan los casos de Constituciones con un alto grado de especificación, citando casos como Argentina, Grecia, Portugal, Finlandia, Brasil, Uruguay, Ecuador o España[14]. Aunque en el contexto utilizado los casos son interesantes, uno no puede sino preguntarse si también son exitosos: Argentina no tiene un buen sistema de pensiones, sino, más bien, lo contrario; España tiene prestaciones bastante altas en comparación a Chile, pero su sustentabilidad en el tiempo está fuertemente comprometida, con un nivel de deuda creciente; Uruguay, un caso más cercano y frecuentemente citado en Chile, tiene requisitos de jubilación que impedirían a la mujer chilena promedio acceder a pensión antes de los setenta años[15, 16].

Otro punto a considerar es la misma posibilidad de comparación, especialmente respecto a la información utilizada. El índice de Mercer tiene la ventaja de recurrir a fuentes públicas de libre disposición y como tales, no tiene la carga de demostrar la ausencia de manipulación de los datos. Si bien muchos de los elementos que a la OIT le gustaría contar en una comparación de sistemas previsionales son altamente deseables, ello implica importantes procesos de elaboración de indicadores, con la consecuente polémica respecto a la estandarización de su contenido y extensión[17], lo que en lugar de solucionar el problema de falta de información derivaría a otro de potencial manipulación. Otro tanto ocurre con el uso de sujetos tipos y proyecciones de rentabilidad, ya que se trata de herramientas útiles para efectos de realizar una comparación, que, si bien es claro que no responderán necesariamente a la realidad, ponen a los diversos sistemas en igualdad de condiciones, con el uso de un parámetro predefinido para realizar las proyecciones de pensión[18].

[14] Bertranou y Montt (2021).

[15] La jubilación común en Uruguay requiere treinta años de servicio y sesenta años de edad. En Chile, la mujer promedio solo tiene quince años de aportes. Con ello debe recurrir a la jubilación por edad avanzada, donde la edad para acceder con ese periodo de aportes es de setenta años. Véase www.bps.gub.uy/3500/jubilacion-por-edad-avanzada.html [fecha de consulta: Mayo 2021].

[16] Otra aproximación a presencia de la seguridad social en las Constituciones, pero en el ámbito iberoamericano, puede verse Vásquez (2021), p. 61 y ss.

[17] Así por ejemplo, tendríamos el caso de la tasa de reemplazo, la cual debiese ser calculada respecto, ¿al último ingreso?,¿al promedio de los últimos X años?,¿al promedio laboral vital? Hay ejemplos de estos casos en varios países del mundo lo que da cuenta que es un tema no resuelto. Si utilizar tablas de mortalidad diferenciadas por sexo es discriminador para la mujer, dado que viven más, ¿no lo es utilizar tablas unisex, pero en contra de los hombres, porque viven menos? Finalmente, dado que las deudas del proceso de transición a un sistema de capitalización son explícitas, mientras que las de uno de reparto son implícitas. ¿Cómo deben contarse en el contexto de limitaciones al endeudamiento de los Estados, como ocurre en la Unión Europea?

[18] En la misma línea puede criticarse los estudios de la OCDE, como el Pension at a Glance, donde las proyecciones se basan en comportamientos promedio. Para el caso de los países

Finalmente, la crítica más extraña es el supuesto sesgo hacia los sistemas de capitalización. De los trece primeros lugares, solo Australia y Chile tienen sistemas de capitalización como mecanismos primarios para la generación de pensiones. En varios de los demás países la presencia de mecanismos de capitalización es un componente institucional de sus sistemas de reparto[19], o corresponde a mecanismos ocupacionales o individuales de tipo privado, lo cuales crecientemente están representando una proporción mayor de las tasas de reemplazo en el mundo[20].

II. Los sistemas de pensiones de los seis mejores países de índice de Mercer

Con la base que representa el índice de Mercer, podemos abordar el contenido y configuración de los mejores sistemas de pensiones del mismo, tras lo cual referiremos la posible existencia de referencias a la seguridad social en sus Constituciones. Para los parámetros principales de los sistemas (cotizaciones, requisitos de acceso, monto de la prestación) hemos recurrido a la publicación Social Security Programs Throughout the World, de la Social Security Administration, de Estados Unidos. En lo que respecta a las tasas de reemplazo, la fuente corresponde a Pension at a Glance, 2018, de la OCDE[21].

1. Países Bajos

Su sistema de pensiones está estructurado sobre la base de una prestación básica de carácter público y de tipo plano, denominada Algemene Ouderdomswet. El acceso a la misma requiere del cumplimiento de una edad (sesenta y seis años[22]) y un periodo de residencia o trabajo contabilizado a partir de los dieciséis años. Extrañamente, aunque es un sistema no contributivo, en caso de estar trabajando se debe cotizar al mismo (18%)[23], teniendo derecho

de Sudamérica ello implica un alto grado de informalidad. Curiosamente, en lugar de sugerir atacar este fenómeno, se busca modificar el sistema de pensiones.

[19] En el caso de los sistemas de reparto con reservas, estas últimas son invertidas para generar rentabilidad, con lo cual los únicos sistemas sin capitalización son los de reparto puros.

[20] FIAP (2021).

[21] Desgraciadamente con datos incompletos respecto al sistema australiano.

[22] La esperanza de vida a los sesenta y cinco años es de otros veinte.

[23] Que puede verse tanto como un componente de solidaridad positiva o como un impuesto. Esta distinción es más artificiosa de lo que podría pensarse, ya que mientras Constituciones como la chilena buscan evitar la afectación de los tributos, con lo cual las cotizaciones no pueden ser impuestos, para muchos otros países no existe diferencia, informándose las cotizaciones a la seguridad social como un componente más de la carga tributaria del país.

a la pensión completa con cincuenta años de residencia o a una prestación reducida por el tiempo proporcional (menos 2% por cada año faltante). Al ser una prestación plana el monto[24] está predefinido como 1 148,4 € para un pensionado que viva solo, o 782,95 €[25] para quienes vivan con otro adulto.

Un segundo componente de su sistema de pensiones son los mecanismos ocupacionales, planes ofrecidos y administrados por las propias empresas. Al igual que ocurre en Chile, estos planes no son obligatorios, con lo que forman parte del tercer pilar[26], pero su presencia es generalizada con un 94% de cobertura, correspondiendo principalmente a mecanismos de beneficio definido sobre los salarios totales de la carrera, con el objetivo de una tasa de reemplazo del 70% tras cuarenta y dos años de servicio. En conjunto, estos sistemas generan tasas de reemplazo netas del 80,2% para las personas con remuneraciones promedio, 47,5% para quienes tienen remuneraciones iguales a la mitad del promedio y 136% para quienes lo duplican.

El gasto público estimado del sistema de pensiones como porcentaje del PIB corresponde a un 5,4%.

2. Dinamarca

El sistema danés también es un conjunto de regímenes, cuyo primer componente es una pensión pública de carácter universal (*folkepension*), pero que se encuentra sujeta a prueba de medios e ingresos. El acceso a la misma requiere de sesenta y siete años de edad[27] y cuarenta años de residencia a partir de los quince. La prestación en sí es una combinación de dos pensiones, una básica de 6 237 kr (coronas danesas)[28] más una pensión suplementaria de 6 728 kr en caso de ser soltero o 3 333 kr si se está casado. Ambas pensiones están sujetas a reducción en caso de superar los límites de las pruebas de medios o activos, con una disminución aproximada al 30% del monto en que se exceda[29].

El segundo componente del sistema es un mecanismo ocupacional obligatorio de contribución definida (*arbejdsmarkedets tillægspension*), don-

[24] Valores de 2018.

[25] En 2018 el salario mínimo mensual para trabajadores con cuarenta horas y mayores de veintidós era de 1 578 €. Luego, la pensión completa es cercana al 50% o 75% del ingreso mínimo.

[26] Tanto en el modelo de tres como el de cinco pilares, los sistemas voluntarios corresponden al tercero.

[27] Expectativa de vida a los sesenta y cinco años: 19,2.

[28] Una corona danesa a inicios de mayo de 2021 equivale a 115 $.

[29] Dinamarca no cuenta con un ingreso mínimo con el cual comparar, existiendo varios valores dependientes de convenios colectivos en el ámbito a nivel de industria. Lo más cercano serían los niveles pactados para trabajadores no especializados, con 18 666 kr al mes, con lo cual la pensión básica estaría entre un 50% y un 75% de este mínimo

de se cotizan sumas fijas dependiendo de las horas trabajadas tanto por parte del trabajador (entre 31,55 y 94,55 kr) como del empleador (63,10 a 189,35), que genera una prestación basada en el periodo y monto de los aportes, con un límite de 23 500 kr al año (1 958 por mes[30]). De resultar una pensión menor a 2 500 kr, se entrega como suma alzada

Un tercer elemento es un régimen de pensiones ocupacional propiamente tal, definido sobre la base de contratos colectivos y de carácter obligatorio, que cubre cerca del 90% de la fuerza de trabajo y cuyas características (cotizaciones, beneficios y requisitos) varían caso a caso, contando con cotizaciones entre 10% y 18%.

Las tasas de reemplazo netas así obtenidas son altas, con un 70,9% paras los salarios promedio; 55,6% para quienes tengan la mitad y 111% para quienes lo dupliquen, donde el grueso del financiamiento proviene de los sistemas ocupacionales. El gasto público en el sistema de pensiones, en tanto, se estima en un 8,1% del PIB.

3. Israel

El sistema de pensiones Israelí es bastante más básico que los vistos hasta ahora. Su principal componente es una pensión básica universal sujeta a prueba de medios. Esta prestación tiene dos juegos de edades setenta años en los hombres y sesenta y ocho en las mujeres, para evitar la prueba de medios[31]; o sesenta y siete y sesenta y dos, con la prueba de medios, caso en el cual las ganancias sobre un cierto límite reducen o eliminan la pensión. Adicionalmente se exige un periodo de cotizaciones en los últimos diez años previo a pensionarse (sesenta meses) o contar con ciento cuarenta y cuatro meses de cotizaciones.

Las cotizaciones para esta pensión están fuertemente subsidiadas, teniendo cotizaciones progresivas, que operan de forma similar al impuesto a la renta chileno, 1,55% de la remuneración hasta el promedio nacional y 5,9% en lo que supere al promedio.

La pensión en sí es calculada sobre un indicador global denominado monto básico, correspondiente a 8874 shekels[32]. El cumplimiento mínimo de los requisitos da lugar a una prestación del 17,7% del monto básico, con posibilidad de incrementarlo en un 2% por cada año de cotizaciones sobre el mínimo, con un tope del 50%.

Este mecanismo básico es complementado con un régimen de capitalización, con cotizaciones totales del 18,5% (⅓ de cargo del trabajador), el cual fue introducido hace algo más de diez años.

---

[30] Esto es, 1/10 del "ingreso mínimo".

[31] Expectativa de vida a los sesenta y cinco años: 20,6.

[32] Un shekel corresponde a 218,88 $.

En conjunto, las proyecciones del sistema apuntan a tasas de reemplazo netas del 57,8% para quienes tienen salarios promedio o superiores, y del 46,2% para quienes tienen ingresos por la mitad del promedio. El gasto público en pensiones se estima en 4,8% del PIB.

4. Australia

El sistema de pensiones está conformado por un mecanismo clásico de tres pilares, con una prestación básica, Age Pension, dirigida a los residentes en el país, y un complemento, el cual es generado a través de aportes patronales obligatorios, y aportes voluntarios, tanto del trabajador como del empleador, *Superannuation*, que se constituye como el segundo y tercer pilar, respectivamente.

La pensión básica del sistema australiano puede ser calificada como universal, en el sentido de que potencialmente cubre a la totalidad de la población, al tener como requisitos de calificación la condición de ciudadano o residente, en este último caso con un cierto tiempo de permanencia, por lo general diez años, moderada por el establecimiento de una edad de jubilación (sesenta y seis), más pruebas de activos como de ingresos, tanto a escala individual como de pareja, de modo tal que el exceso genera una reducción de la prestación básica, la que puede alcanzar hasta 1 832 A$ (dólares australianos)[33] al mes para solteros.

A nivel de sistemas obligatorios, Australia es sumamente parecido a Chile, con un sistema de capitalización individual (Australian Superannuation), pero de naturaleza ocupacional, donde son los empleadores los encargados de pagar las cotizaciones (9,5%) sin perjuicio de que los trabajadores realicen aportes adicionales. Al ser un sistema ocupacional, el acceso y pago de las pensiones es muy diferente al chileno, con una edad formal de acceso a los sesenta y seis años, pero con la posibilidad de acceder anticipadamente en aquellos casos que el plan lo permita bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. La prestación también es diferente, ya que al fin del periodo activo se paga como suma alzada, sin perjuicio que el afiliado pueda convertirla en una renta garantizada en el mercado[34].

5 Finlandia

El sistema finlandés se estructura sobre una pensión no contributiva y sujeta a prueba de ingresos dirigida a sus residentes, siendo las condiciones

[33] Un dólar australiano equivale a 548,2 $.

[34] Adicionalmente, presenta la más amplia variedad de alternativas de administración, contando con casi seiscientas mil instituciones administradoras de fondos de pensiones, la mayoría de menos de cuatro miembros.

de acceso el cumplimiento de una edad (sesenta y cinco[35]) y un periodo de residencia del 80% entre los dieciséis y sesenta y cuatro años, pagando una prestación proporcional con al menos tres años de residencia. El monto de esta pensión es de 628,85 €s para solteros y 557,79 para casados. De forma complementaria, opera la pensión garantizada, que eleva el monto recibido hasta los 775.27 €[36], sujeta también a prueba de ingresos, pero sin distinción en el estatus matrimonial[37].

El componente contributivo del sistema finlandés corresponde a seguro sociales de tipo ocupacional, con cotizaciones en torno a 20%-23% dependiendo la edad ¾ de las cuales corresponden al empleador. La edad de jubilación es algo más baja de lo usual (sesenta y tres), calculándose la prestación sobre la base de los aportes realizados, sus reajustes por inflación o salarios y una tasa de interés relativa a la edad.

Las tasas de reemplazo estimadas son del 64,2% para los ingresos promedio, 38,3% para la mitad y 111,8% para el doble, mientras el gasto público se encuentra estimado en 11,4% del PIB.

6. Suecia

El sistema de pensiones sueco corresponde a otro sistema complejo, cuya base está constituida por una pensión universal, cuyo acceso requiere el cumplimiento de una edad (sesenta y cinco[38]) y cuarenta años de residencia. Este elemento entrega un beneficio plano de algo menos de 100 000 kr (coronas suecas) anuales, o una proporción equivalente al tiempo de residencia equivalente, estando sujeto a reducción de excederse ciertos límites de ingreso.

Un segundo elemento del sistema de pensiones corresponde a un régimen nocional de carácter general junto con un sistema de capitalización por cuentas individuales, dividiendo las cotizaciones totales al sistema en un 16% al sistema nocional y un 2,5% a las cuentas individuales. El acceso a este componente es anterior al básico, con solo sesenta y un años requeridos, pero sin garantizar un monto específico, sino que este dependerá de las aportaciones realizadas y de la rentabilidad, real o nocional, del sistema.

Un elemento final se encuentra dado por pensiones de tipo ocupacional, no obligatorias, pero de gran extensión, donde se aprecia una amplia

[35] Esperanza de vida a los sesenta y cinco años: 20,3.

[36] Finlandia tampoco cuenta con un salario mínimo. Una estimación del sitio wageindicator.org, apunta a que el salario vital de un adulto soltero, sería de 975 € al mes, con un salario para trabajadores poco calificados de 1 530 €.

[37] En un sentido amplio, tanto cónyuges como parejas.

[38] Esperanza de vida a los sesenta y cinco años: 20,4.

dispersión del nivel de cotizaciones, entre el 4,5% y el 30%. En conjunto, estos elementos permiten obtener tasas de reemplazo netas del 54,9% para los ingresos promedio, 33,2 para la mitad y 119,4% para el doble, mientras el gasto público se encuentra estimado en 7,2% del PIB.

III. La recepción constitucional de la seguridad social

Hecha una rápida mirada al funcionamiento y parámetro de los sistemas de pensiones, corresponde revisar el contenido, de existir, de las Constituciones respecto a la seguridad social. En todos los casos la fuente es el propio texto constitucional, cuya referencia puede encontrarse en la bibliografía y cuyo año acompaña el nombre del país. Luego del comentario pertinente, encontrará el propio texto relevante con una traducción libre del autor, con su versión en inglés adjunta en la cita, salvo en los casos que hubiese disponible una traducción en español.

1 Países Bajos (2018)

La Constitución de los Países Bajos contiene la regulación de los derechos fundamentales de las personas en su capítulo inicial, entre los artículos uno y veintitrés, abordando de forma expresa el concepto de seguridad social en el veinte. Sin embargo, el contenido de este derecho fundamental es extremadamente bajo, toda vez que el artículo veinte se subdivide en tres numerales, el primero de los cuales contiene el deber de las autoridades de asegurar medios de subsistencia a la población y alcanzar la redistribución de la riqueza; el segundo especifica que las normas referentes al derecho de la seguridad social son establecidas por el parlamento; mientras el tercero establece que los neerlandeses residentes en el país que sean incapaces de mantenerse a sí mismos tienen derecho a recibir ayuda de las autoridades, conforme regulación establecida por el parlamento.

> "Artículo 20: 1. Corresponderá a las autoridades asegurar los medios de subsistencia de la población y lograr la distribución de la riqueza. 2. Las normas relativas al derecho a la seguridad social se establecerán mediante ley del Parlamento. Los ciudadanos neerlandeses residentes en los Países Bajos que no puedan mantenerse por sí mismos tendrán derecho a recibir ayuda de las autoridades, siendo regulado por ley del Parlamento"[39].

[39] Article 20 1. It shall be the concern of the authorities to secure the means of subsistence of the population and to achieve the distribution of wealth. 2. Rules concerning entitlement

2. Dinamarca (1953)

La Constitución danesa aborda los derechos fundamentales de las personas en su capítulo octavo, artículos 71 a 85, no conteniendo una mención expresa al concepto de seguridad social. Sin embargo, en el numeral segundo del artículo 75, que establece el derecho al trabajo, es posible encontrar una referencia relevante al concepto en cuestión, toda vez que establece el derecho a recibir asistencia pública a toda persona que sea incapaz de mantenerse a sí mismo o a sus dependientes, siempre que no existan otras personas responsables por su mantenimiento y se cumplan con los requisitos y obligaciones legales relacionadas.

> "75. Derecho al trabajo 1. Con el fin de promover el bienestar público, se deben hacer esfuerzos para proporcionar trabajo a todo ciudadano capacitado en términos que aseguren su existencia. 2. Toda persona que no pueda mantenerse a sí misma o a sus dependientes, cuando ninguna otra persona sea responsable de su manutención, tendrá derecho a recibir asistencia pública, siempre que cumpla con las obligaciones impuestas por la Ley al respecto"[40].

3. Israel (n/a)

Al igual que ocurre en varios países de tradición anglosajona, Israel no cuenta en la actualidad con una Constitución, por lo que no existe una referencia expresa a la seguridad social. Sin perjuicio de ello, existen iniciativas que tienen como objetivo crear una ley fundamental para este país, consolidando tradiciones e interpretaciones jurídicas en torno a los principales temas, entre los cuales se cuenta la seguridad social. Las actas en la materia son bastante clarificadoras respecto a los problemas que tiene determinar el alcance que se dará al concepto, la tensión con los medios que hay para materializar la garantía y los diferentes intereses de grupos de presión involucrados en la materia[41].

---

to social security shall be laid down by Act of Parliament.3. Dutch nationals resident in the Netherlands who are unable to provide for themselves shall have a right, to be regulated by Act of Parliament, to aid from the authorities.

[40] 75. Right to work 1. In order to advance the public weal efforts should be made to afford work to every able-bodied citizen on terms that will secure his existence. 2. Any person unable to support himself or his dependents shall, where no other person is responsible for his or their maintenance, be entitled to receive public assistance, provided that he shall comply with the obligations imposed by Statute in such respect.

[41] Al respecto véase https://knesset.gov.il/constitution/ConstP16_eng.htm [fecha de consulta: Abril 2021].

4. Australia (1900)[42]

Como Estado federal que es, cuenta con una Constitución propia a la vez que múltiples regulaciones en el ámbito de cada uno de los Estados que la componen. Para esta revisión nos centraremos solamente en su Constitución, la cual tiene muy escasas referencias a la seguridad social, y las que existen no son directas. Como tal, el concepto no se encuentra contenido en el texto[43], pero los contenidos de la disciplina son reconocidos en el artículo 51, que establece la extensión de los poderes del Parlamento en la elaboración de leyes.

> "51. Poderes legislativos del Parlamento.
>
> El Parlamento, sujeto a esta Constitución, estará facultado para dictar leyes para la paz, el orden y el buen gobierno de la Mancomunidad con respecto a:
>
> (xxiii) pensiones de invalidez y vejez;
>
> (xxiiiA) la provisión de subsidios de maternidad, pensiones de viudez, dotación de hijos, subsidios por desempleo, farmacéuticos, por enfermedad y hospitalarios, servicios médicos y dentales (pero no para autorizar ninguna forma de servicio militar obligatorio), subsidios a estudiantes y subsidios familiares"[44].

5. Finlandia (1999)

En este país el capítulo dos de la Constitución es el correspondiente a los derechos fundamentales, extendiéndose desde el artículo 6 al 23. En este cuerpo legal existe un reconocimiento expreso al concepto de seguridad social, en su artículo 19, el cual es particularmente interesante por la extensión y el grado de detalle con el cual se aborda la misma. En concreto, hace una vinculación entre la seguridad social y el derecho/obligación de una vida digna, indicando que existe un derecho a sustento y atención imprescindibles. Para tal efecto entrega a la ley la obligación de garantizar a todas las personas un sustento

[42] Comprende enmiendas hasta 1977.

[43] Ni bajo social security, ni bajo welfare.

[44] 51. Legislative powers of the Parliament.

The Parliament shall, subject to this Constitution, have power12 to make laws for the peace, order, and good government of the Commonwealth with respect to:

(xxiii) invalid and old-age pensions;

(xxiiiA) the provision of maternity allowances, widows' pensions, child endowment, unemployment, pharmaceutical, sickness and hospital benefits, medical and dental services (but not so as to authorize any form of civil conscription), benefits to students and family allowances;

básico durante periodos de desempleo, incapacidad laboral, vejez, nacimiento de hijos o de pérdida de sostén de familia. Igualmente corresponde a las leyes la regulación de los servicios sociales y sanitarios suficientes, y al poder público el apoyo a las familias y personas a cargo de la atención infantil.

Finaliza el artículo con el fomento al derecho a la vivienda y el apoyo a las iniciativas privadas en la materia.

> "Artículo 19
>
> Derecho a la Seguridad Social
>
> Todas las personas que no puedan procurarse la seguridad inherente a una vida digna tienen derecho al sustento y a la atención imprescindibles.
>
> Se garantizará por Ley a todas las personas el derecho a la seguridad del sustento básico durante períodos de desempleo, de enfermedad, de incapacidad laboral y durante la vejez, así como por causa de nacimiento de hijos o de pérdida de sostén de familia.
>
> El poder público deberá asegurar a todos, de la manera que se regule más precisamente por Ley, servicios sociales y sanitarios suficientes, y promoverá la salud de la población. El poder público asimismo habrá de apoyar la capacidad de las familias y de otras personas a cargo de la atención infantil, para que garanticen el bienestar y el desarrollo individual de los niños.
>
> Es tarea del poder público el fomentar el derecho de todos a la vivienda y apoyar las iniciativas privadas de vivienda".

Suecia (2016)

La Constitución sueca contiene una referencia específica a la seguridad social. La primera corresponde al artículo 2, ubicado en el capítulo inicial "principios básicos de la forma de gobierno", que establece el deber del poder público de ser ejercido con respeto al mérito, dignidad y libertad del individuo. En concreto, su inciso tercero señala: el bienestar personal, económico y cultural del individuo será el objetivo fundamental de la actividad pública. En particular, las instituciones públicas deberán asegurar los derechos al empleo, habitación y educación, y deberán promover el cuidado social y la Seguridad Social, así como las condiciones favorables de salubridad[45].

[45] Art. 2. Public power shall be exercised with respect for the equal worth of all and the liberty and dignity of the individual. The personal, economic and cultural welfare of the individual shall be fundamental aims of public activity. In particular, the public institutions shall secure the right to employment, housing and education, and shall promote social care and social security, as well as favourable conditions for good health…

Resulta curioso notar que esta referencia a la seguridad social se encuentra ausente del listado de derechos fundamentales, que constituye su capítulo dos y que es notablemente corta[46].

IV. Consideraciones finales

Habiendo observado a las Constituciones de los países mejor rankeados del índice Mercer de pensiones, es claro que existe un reconocimiento de la seguridad social en sus Constituciones, generalmente de forma explícita, con algunos casos excepcionales de reconocimiento indirecto, como ocurre con Australia, o la particular situación de Israel, que carece de Constitución propiamente tal. Sin embargo, la extensión de este reconocimiento es escueta. Solo el caso de Finlandia tiene un desarrollo que pueda ser relacionado con el contenido de la disciplina, siendo más común su mención para vincularlo con la competencia de la entidad legislativa. Un punto intermedio puede apreciarse en los países punteros, donde se detalla la labor del Estado en el aseguramiento de condiciones básicas, si bien a veces con referencias a la capacidad del sujeto o de sus responsables, pero esto escasamente permite afirmar que la consagración constitucional de la seguridad social supone un resultado específico en su funcionamiento. Una respuesta refleja podría atribuir este factor a la época de creación de las Constituciones, toda vez que al tratarse principalmente de países europeos pudieran corresponder a cartas antiguas, sin embargo, la situación es todo lo contrario, abarcando Constituciones tan próximas como 2018. Solo en los casos de Australia y Dinamarca puede hablarse de regulaciones antiguas, y ello aun es relativo.

De forma similar, no se aprecia una clara vinculación entre la consagración constitucional y la estructura del sistema previsional, que solo para estos seis países abarca la mayoría de las configuraciones financieras (capitalización, reparto, nocionales, generales, ocupacionales, contributivos y no contributivos), salvo, quizá, en cuanto se promueve la existencia de mecanismos básicos no contributivos, los cuales pueden asociarse también directamente a la acción estatal. Otros elementos, como la presencia o primacía de la administración pública o privada en cada país difícilmente pueden ser derivados de la norma, explicándose más por la evolución histórica propia de cada sistema y las condiciones en que se desarrolla su mercado del trabajo. Así, por ejemplo, la presencia de sistemas ocupacionales es importante en el marco

[46] Libertad de opinión, integridad física y libertad de movimiento, legalidad, no discriminación, asociación, libertad de comercio, propiedad, educación e investigación.

europeo, siendo un remanente del modelo bismarkiano del cual se origina la seguridad social, el cual queda relegado a un componente voluntario entre los países nórdicos, pero por su ubicuidad se torna cuasiobligatorio. En cambio, entre los sistemas anglosajones, este tipo de sistemas son una evolución del aseguramiento individual, lo que explica una mayor presencia de sistemas de capitalización[47] y una menor obligatoriedad. Un punto a considerar teine relación con los niveles de prestaciones a los que apuntan los sistemas. En términos constitucionales, donde está el nivel de vida digna y atención imprescindibles. Si bien la generalidad de la muestra cuenta con prestaciones básicas no contributivas, sus niveles son bastante bajos en relación con el ingreso mínimo local, cuando lo hay, entre un 50% y 75% del mismo, y apoyado con mecanismos de focalización relacionados con los ingresos y activos[48]. Es un punto complicado para el cual faltan datos relevantes, tales como la línea de corte de la pobreza absoluta, para hacernos una idea del costo de una subsistencia mínima en el ámbito local. Ciertamente pensiones de un millar de euros parecen altas en Chile, pero seguramente no lo son para los estándares de Europa. Por desgracia, la línea de la pobreza es una de esas definiciones cuyos criterios cambian según zona geográfica, haciendo difícil la comparación.

Otro rasgo que puede destacarse es que los requisitos de acceso de las pensiones son relativamente altos. Al existir un fuerte componente de prestación definida, ya en sus sistemas básicos o en los complementarios, la mayoría de las pensiones que se presentan corresponden a prestaciones "completas", lo que da cuenta de un importante nivel de formalidad en estos países. Comparativamente, si trasplantáramos los promedios nacionales a cualquiera de estos regímenes, los resultados serían deficitarios, dando cuenta de la gran debilidad que supone la informalidad del mercado nacional[49] y apoyando el comentario de la OIT y del propio Mercer, de la precaución que hay que tener al leer estos informes. Este mismo elemento explica también las mayores tasas de reemplazo de estos sistemas en relación con el chileno[50], si bien la moderación de las mismas en el caso de los altos ingresos tiende a ser rara, lo cual habla de una redistribución limitada de los sistemas o, al menos, no tal intensa como se cree, de la mano de la profusión de sistemas ocupacionales, figura que en Chile existe, pero cuyo uso es mínimo.

[47] Que en países como Australia es el componente principal del sistema.

[48] A diferencia de Chile, donde la focalización depende en primer lugar de la pensión, y solo en segundo de una focalización en la cual activos e ingresos cuentan.

[49] Que para mayor problema se tiende a acrecentar cuando aumentan las cotizaciones o la regulación, tornando las soluciones más rápidas contraproducentes.

[50] Con tasas de reemplazo netas de 37,3%; 22,3% y 74,8% para ingresos promedio, mitad y doble del promedio.

Otro tanto puede decirse del nivel de gasto público, donde Chile, con un estimado de 2,9% del PIB, se encuentra en el nivel inferior. Sin embargo, cuando se compara a los países de la muestra la dispersión es importante, desde un 4% a un 11%, lo que deja abierta la pregunta respecto a la existencia de un gasto mayor o uno más eficiente. Es otro caso de falta de datos suficientes para emitir un juicio responsable.

Finalmente queda el problema de la edad de jubilación. Chile, al igual que varios países de la muestra tiene una expectativa de vida a los sesenta y cicno años en torno a los diecinueve-veinte años[51], pero a diferencia de estos, no se encuentra inmerso en un proceso de ajuste de la misma. De los consignados, el caso más extremo quizá sea el de Dinamarca, donde la edad de jubilación se indexó a una esperanza de vida específica de 14,5 años.

Todos estos elementos, si bien no tiene sentido se reflejen directamente en el texto constitucional, revelan una problemática del sistema de pensiones chileno en general, que no deriva de su sistema financiero, sino que puede ser asociado más al cambio a sistema de contribución definido, y corresponde a la falta de parámetros claros del objetivo que se quiere alcanzar. Nuestro sistema de pensiones no asume un cierto periodo de trabajo, ni una determinada participación en el mercado laboral o una determinada expectativa de vida, y lo mismo aplica a múltiples otros elementos, que son igualmente importantes en un sistema por capitalización que en uno de reparto. De esta forma, las discusiones paramétricas terminan siendo realizadas en el vacío[52], más un reflejo de deseos que de objetivos, siendo esto último a lo que debiéramos aspirar obtener en el debate constitucional, independientemente que termine reflejándose en su texto.

Bibliografía

Bertranou, Fabio y Guillermo Montt (2021). *¿Es un ranking de Sistemas de pensiones una herramienta útil para orientar la política previsional?* Santiago: OIT.

Constitución de Finlandia, versión en español. Disponible en www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjThPzfgq_wAhWFp5UCHZH1BCAQFjAAegQIAxAD&url=https%3A%2F%2Fwww.finlex.fi%2Ffi

[51] 19,7 para ser precisos

[52] A modo de ejemplo, si digiéranos que el sistema se estructuraría sobre la base de treinta y cinco años de trabajo y una expectativa de vida de quince después de la jubilación, ajustar el nivel de cotizaciones, incluso con la incertidumbre que supone la rentabilidad, sería relativamente sencillo. Por el contrario, proponer pensiones "suficientes" con solo quince años de trabajo aparecería como una clara exageración.

%2Flaki%2Fkaannokset%2F1999%2Fes19990731.pdf&usg=AOvVaw0ByFBSepsTcmZN5VC3MQWX [fecha de consulta: Abril 2021].

Denmark's Constitution Of 1953, versión en inglés. Disponible en constituteproject.org [fecha de consulta: Abril 2021].

FIAP (2021). *Tendencia mundial: insostenibilidad de los sistemas de reparto impulsa mecanismos de capitalización individual*.

Mercer, CFA Insitute, Monash University. (2020). *Mercer CFA Insitute Global Pension Index 2020*.

Montt, Guillermo y Alberto Coddou (2020). *El derecho a la seguridad social en Chile y el mundo: Análisis comparado para una nueva constitución*. Santiago: OIT.

Palmer, Edward & Bo Köngber (2020). "The Swedish NDC Scheme: Success on Track with Room for Reflection", in Robert Holzmann, Edward Palmer, Robert Palacios & Stefano Sacchi. *Progress and Challenges of Nonfinancial Defined Contribution Pension Schemes*. Washinton, DC: International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank.

OCDE (2019). *Pension at a Glance 2018*.

Social Security Administration (2018). *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2018*.

Social Security Administration (2018). *Social Security Programs Throughout the World: Asia, 2018*.

The Australian Constitution, versión en inglés. Disponible en www.aph.gov.au/constitution [fecha de consulta: Abril 2021].

The Constitution of the Kingdom of the Netherlands 2018, versión en inglés. Disponible en www.google.cl/url?q=https://www.government.nl/binaries/government/documents/reports/2019/02/28/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands/WEB_119406_Grondwet_Koninkrijk_ENG.pdf&sa=U&ved=2ahUKEwjM18OGg6_wAhXpq5UCHfiaBgYQFjAAegQICRAB&usg=AOvVaw0JxmT3ItNitR0yQ7qk3HoS [fecha de consulta: Abril 2021].

Vásquez Bermejo, Marco (2021). "Constitución, seguridad social y el rol del Estado", en Javier Cifuentes Ovalle y Claudio Pérez Lillo (eds.). *Diálogos Constitucionales: Contenidos para un nuevo pacto social en Chile*. Disponible en www.ced.cl/cedcl/wp-content/uploads/2021/03/Ced-2021-Diálogos-Constitucionales-vfyp.pdf [fecha de consulta: Abril 2021].

World Bank (1994). *Averting the old age crisis: policies to protect the old and promote growth*. Washington DC: World Bank.

DERECHOS ADQUIRIDOS Y EN CURSO DE ADQUISICIÓN: APROXIMACIÓN EN LOS SISTEMAS DE PENSIONES

ACQUIRED RIGHTS AND OF RIGHTS IN COURSE OF ACQUISITION: PENSION SYSTEMS APPROACH

Hugo Cifuentes Lillo[*]
Andrés Romero Werth[**]
Marco Vásquez Bermejo[***]

Resumen: El cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones involucra un extenso lapso de tiempo, durante el cual estas prestaciones son menos que un derecho, pero más que una expectativa. Esta peculiar situación propia de la seguridad social, la existencia de derechos en curso de adquisición, es motivo de atención en este artículo, teniendo presente la evidencia que en cuarenta años de reformas previsionales en el mundo se han alterado tanto las estructurares financieras de los regímenes, las condiciones de acceso a los mismos, las edades de jubilación e, incluso, las propias pensiones.

Palabras clave: Derechos adquiridos, derechos en curso de adquisición, sistema de pensiones, seguridad social.

[*] Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Diego Portales. Delegado en Chile de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Correo electrónico: hugocifuentes@hclabogado.cl

[**] Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho de la Seguridad Social en la Universidad del Desarrollo. Abogado investigador de la Corporación CIEDESS. Correo electrónico: aromerowerth@gmail.com

[***] Abogado. Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster (c) en Dirección y Gestión de los Sistemas de Seguridad Social de la Universidad de Alcalá de Henares y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Correo electrónico: mvasquezbermejo@gmail.com

Abstract: Compliance with the requirements to access pensions involves a long period of time, during which these benefits are less than a right, but more than an expectation. This peculiar situation inherent to social security, the existence of rights in course of acquisition, is the subject of attention in this article, bearing in mind the evidence that in 40 years of pension reforms in the world, the financial structures of the schemes, the conditions of access to them, the retirement ages and even the pensions themselves have been altered.

Keywords: Acquired rights, Rights in course of acquisition, pension system, social security.

I. Introducción

Teniendo presente la discusión constitucional que se producirá en Chile durante este año 2021, uno de los temas que se deberá abordar será el estado de nuestra seguridad social en el texto constitucional, lo que probablemente resultará con posterioridad en cambios relevantes a los diferentes componentes en los que se estructura el sistema de pensiones, desde el régimen general por capitalización individual, pasando por los sistemas residuales de las cajas de previsión, los sistemas ocupacionales de las Fuerzas Armadas, Orden y Seguridad, los múltiples tipos de pensiones especiales y el régimen no contributivo de pensiones y aportes solidarios, así como el estatuto especial en materias previsionales para trabajadores extranjeros.

En un contexto de cambios como el descrito, surge la pregunta respecto a la solidez de los derechos ya constituidos en estos regímenes y la posibilidad que un cambio legal derivado de las eventuales modificaciones constitucionales pueda afectarlos. Adicionalmente, en una consideración propia de la seguridad social, es necesario abordar la viabilidad jurídica de modificar los parámetros de adquisición del derecho a pensionarse, considerando que el largo tiempo que involucran estos regímenes en la calificación para tal derecho afecta la forma cómo los afiliados se comportan, lo que se conoce como la problemática de los derechos en curso de adquisición. Con ello una modificación a su funcionamiento puede generar la imposibilidad de calificar los beneficios, una degradación de las garantías que los respaldan o una modificación sustancial a las condiciones laborales sobre las cuales se construyen tales condiciones.

Consecuentemente, este artículo tiene por objetivo explorar la extensión de los derechos adquiridos y en curso de adquisición dentro de la seguridad social, revisar la forma en que los derechos de los sistemas de pensiones se han visto alterados tanto en el ámbito nacional como internacional y

proponer algunas pautas que sirvan para modelar una aproximación racional a las posibilidades de afectación de los derechos involucrados.

Para ello este documento lo dividimos en tres secciones. Iniciamos con una presentación de la concepción de los derechos en la seguridad social durante mediados del siglo XX y las diferentes modificaciones que desde entonces es posible apreciar en los regímenes de pensiones nacionales y extranjeros. En la segunda parte presentamos la discusión sobre el concepto de seguridad social, sus fines y configuraciones presentes en los regímenes de pensiones, de modo de tener la base conceptual que permita explicar las limitaciones o autorización a la afectación de derechos, cerrando con un análisis a los principios inspiradores de la seguridad social; finalmente en la tercera parte apuntamos a la construcción de un parámetro racional dentro del cual es posible justificar las modificaciones a las pensiones.

II. Derechos en la seguridad social, visión de 1950-1970

Patricio Novoa en su obra *Derecho de la seguridad social*[1], aborda el problema de los derechos subjetivos de la seguridad social, importante discusión en la época de este tratadista, toda vez que nos encontrábamos en plena influencia del modelo de seguridad social británico o de Lord Beveridge, caracterizado por la centralización de la administración y la responsabilidad por las prestaciones en el Estado o entidades creadas por este. El Fondo Nacional de Salud y el Servicio Nacional de Salud son parte de las instituciones creadas bajo su influencia[2]. Los parámetros de la discusión en aquel entonces se enfocaban en la concepción de los derechos públicos subjetivos, que sería la categoría a la que pertenecerían aquellos creados bajo la seguridad social. Sin embargo, tal categorización resultaba problemática por cuanto existían dos posturas opuestas respecto a las implicancias de estos: para una postura los derechos públicos subjetivos eran "verdaderas y auténticas facultades de los particulares frente a la administración"[3], mientras que la postura opuesta los consideraba meras limitaciones autoimpuestas por el Estado. Ciertamente Patricio Novoa aceptaba en la década de 1970 la posición de la existencia de estos derechos públicos subjetivos como facultades de los particulares, dándoles el carácter de derechos patrimoniales, personalísimos, imprescriptibles y establecidos en el

[1] Novoa (1977).

[2] Similar influencia puede apreciarse en el Servicio del Seguro Social, que llega a agrupar en torno al 90% de los afiliados del sistema de Cajas de previsión.

[3] Novoa (1977), p. 152.

interés general de la sociedad, aceptando explícitamente que, en consecuencia, existían derechos adquiridos en la seguridad social y que los mismos tenían contenido patrimonial[4], para lo cual encontraba apoyo en la jurisprudencia de su época. En consecuencia, considerando que la postura de los derechos adquiridos en la seguridad social era un tema relativamente pacífico, movía la discusión hacia la extensión de tales derechos donde concluía que un derecho concedido no podía ser modificado, sino en razones de la función social de la propiedad, pero siempre que perdure con características de suficiencia, es decir, sin afectar su esencia, puesto que en caso contrario nos encontraríamos con una expropiación. Por otra parte, si el derecho no se ha concedido, pero se está en cumplimiento de los requisitos para impetrarlo, una nueva ley que exija mayores condiciones para su adquisición no sería aplicable al afiliado; finalmente, mientras no se cumplan las condiciones para requerirlos estaríamos ante meras expectativas, pero las mismas, en la seguridad social tendrían un carácter particular, donde los periodos de afiliación y cotización bajo la ley previa deben ser reconocidos para la aplicación de la nueva normativa.

Si aplicamos esta visión a los sistemas existentes, las meras expectativas se verán en el sistema de capitalización individual respecto a un afiliado con saldo cero, el cual no tendrá derecho a pensión. En tanto, en el antiguo sistema, se producirá respecto de quien, teniendo afiliación y cotización, no ha reunido los años de cotizaciones necesarios "para abrir derecho". Por su parte, un derecho en curso de adquisición, sería el caso del imponente que aspira a pensión completa en un régimen de prestación definida, que exige edad y treinta y cinco años de imposiciones o tiempo computable, pero no cuenta con la edad ni los años de aportes indicados.

Esta postura de derechos públicos subjetivos, y las connotaciones asociadas a los mismos, ya fue confrontada en la propia época de Patricio Novoa Fuenzalida. Entre estos casos se encuentra la postura de Eduardo Novoa Monreal, que considera que es posible afectar estos derechos patrimoniales por una ley posterior; modificaciones introducidas por la Ley n.° 12006, que entre otros, elimina el reajuste automático de las pensiones; la Ley n.° 17416, que grava las pensiones sobre cierto monto con un impuesto del 95%; la Ley n.° 5154, que grava en un 100% las pensiones que excedan de cierto monto, aplicado sobre el exceso; o los efectos de la Ley n.° 16617, que limitó el carácter de remuneración de ingresos de ciertos funcionarios, afectando la reajustabilidad de las pensiones "perseguidoras"[5].

[4] Contrariamente, si se les caracterizaba como meras autolimitaciones estatales, no sería posible la existencia de derechos adquiridos. Tal postura ya existía en la época, tal como recoge Patricio Novoa en su libro.

[5] Asimismo, el artículo 3° de la Ley n.° 19073 dispuso el reajuste del 10,6% de las pensiones de los regímenes previsionales, a que se refieren los artículos 14° del DL 2448 y 2°

Esta mirada propia de un sistema centralizado existente entre las décadas de 1950 y 1970, comienza a erosionarse a partir del decenio de 1980, donde las diversas crisis de los sistemas de pensiones comienzan a ser evidentes. Parte de ello fue debido a la expansión inorgánica de los seguros sociales, que buscaban abarcar mayores porciones de la población y la incorporación de nuevos beneficios, pero también existieron dificultades en los mecanismos de determinación de beneficios y parámetros bajo los cuales se balanceaba cada modelo. Así, mientras los sistemas de pensiones fueron inicialmente mecanismos ocupacionales de beneficio definido (1880 a 1940 aprox.) en el modelo de Bismarck; para converger hacia mecanismos generales de beneficio definido (1940-1970 aprox.), la década de 1980 vio una tendencia hacia los sistemas de contribución definida, con la incorporación de los sistemas de capitalización individual[6], de los cuales Chile es el ejemplo por antonomasia. En ellos, la propiedad de los recursos es mantenida en la persona del afiliado, limitando su uso con una restricción a la disposición basada en el interés público[7]. Materialmente, este cambio implicó en nuestro país, la desconexión de las cotizaciones de su función de pago de las prestaciones vigentes, las cuales pasarían a ser financiadas por el Estado

del DL 2547, ambos de 1979; es decir, el reajuste propuesto favorecería a las pensiones de regímenes previsionales del INP (actual IPS), de las mutualidades, de la Capredena y Dipreca, que hubieren sido concedidas antes del 1 de mayo de 1985, que son las que en conformidad con la legislación vigente a la sazón habrían tenido derecho a ese porcentaje de reajuste si la Ley n.º 18413, de 1985, no hubiere dispuesto lo contrario.

[6] Dado que la capitalización solo corresponde a la inversión de los fondos previsionales, tales regímenes pueden dividirse conforme a la titularidad del dominio de estos. Así, la capitalización individual corresponde a los casos donde la propiedad es de cada afiliado; la colectiva, si esta se encuentra en un conjunto de afiliados (como puede ser una cohorte etaria) y la institucional cuando pertenecen a la entidad administradora. Dos son las consecuencias relevantes: en primer lugar, que el mecanismo aplicado y desarrollado en Chile corresponde a la capitalización individual; en segundo, que un sistema de reparto con reservas también lo es de capitalización, pero institucional, ya que las reservas deberán invertirse para evitar su pérdida de valor por la inflación.

[7] Tal situación es bastante extensa, pero no necesariamente generalizada. A partir de la década de 1980 y especialmente durante la de 1990, los sistemas de seguridad social en el mundo ganan complejidad, incorporando diversos mecanismos de protección que operan como capas sucesivas. En esta línea, los modelos por capitalización individual fueron introducidos ya como sistemas principales (Chile), alternativas complementarias, muchas veces de tipo ocupacional a un sistema general (Suecia, Dinamarca), o sistemas voluntarios de carácter individual (Canadá), con lo que puede apuntarse a que su extensión se dio con mayor fuerza en regímenes complementarios, más que en los básicos. Con todo, de forma creciente, en el mundo tales regímenes constituyen una alta proporción de las tasas de reemplazo para sujetos con ingresos iguales o superiores al promedio nacional. Los países indicados son a vía ejemplar, hay más en los casos complementarios o voluntarios.

mediante deuda pública en tanto disminuían los imponentes activos, a la vez que se reconocían los aportes realizados a las cajas de previsión de aquellas personas que optaran por cambiarse al sistema de capitalización. El nuevo régimen operaría con un periodo acotado de elección, tras el cual todos los nuevos afiliados quedarían adscritos al mismo, mientras que para los antiguos el principal incentivo al cambio fueron cotizaciones mucho más bajas. Junto con ello, el DL 3501 de 1980 realizó importantes modificaciones a los regímenes de las cajas de previsión, cuya estructura de cotizaciones fue alterada para alcanzar el actual nivel[8]. Con ello, Chile quedó con un sistema de pensiones de carácter general, de contribución definida y organizado económicamente bajo un modelo de capitalización individual; mantendría temporalmente un sistema ocupacional, de beneficio definido, bajo el modelo de reparto puro[9]; y excepcionalmente permanecía un subsistema ocupacional de beneficio definido para las FF.AA., de Orden y Seguridad[10]. El caso de Chile fue total o parcialmente adoptado por otros países durante la década de 1990, manteniendo mecanismos de transición similares (adopción voluntaria para afiliados antiguos, al igual que Perú), convivencia de regímenes (Colombia)[11], o utilización de la prestación del régimen más favorable (México).

Junto con este movimiento, también se encuentra un resurgimiento de sistemas de tipo ocupacional en el ámbito comparado, los cuales se utilizan como base para el establecimiento de sistemas de pensiones o como mecanismos complementarios de los mismos y, siendo una parte importante,

[8] Las cotizaciones totales en los regímenes de las excajas de previsión llegaron a ser particularmente altas, especialmente las patronales. En este sistema las cotizaciones abarcaban al total de las contingencias, influyendo algunas inexistentes hoy. De acuerdo con el Informe sobre la Reforma de la Seguridad Social Chilena de 1964 (Informe Prat), las cotizaciones de los trabajadores podían ir desde el 7,5% al 19,5%, mientras que en los empleadores iban desde el 6% al 52,33%. Ello sin contar que, con posterioridad a su publicación, en 1964, las cotizaciones siguieron subiendo. Internacionalmente se ven casos similares, llegando a extremos con sistemas como el del Estado de Kentucky (Kentucky employees retirement system, KERS), donde las cotizaciones han escalado desde un 2,5% trabajador y 4% empleador, en 1956, a un 5% trabajador, 83,03% empleador, en 2021. Véase https://kyret.ky.gov/Employers/Pages/Contribution-Rates.aspx [fecha de consulta: Mayo 2021].

[9] Originalmente las cajas de previsión operaban bajo un sistema de reparto con reservas, donde se combina es esquema de flujo (reparto) con capitalización institucional de las reservas.

[10] El cual solo tangencialmente puede definirse como de reparto, toda vez que por ley el Estado debe financiar a lo menos el 90% de las prestaciones. Ello se explica en su carácter de sistema ocupacional en sentido estricto, donde las condiciones de trabajo son determinantes en la regulación de las pensiones.

[11] Utilizamos 'convivencia' para referirnos a aquellos casos donde ambos regímenes persisten de forma activa, pudiendo ser seleccionados por los afiliados nuevos.

sino la mayor, las importantes tasas de reemplazo conseguidas, como puede apreciarse en Canadá o los países nórdicos. Con todo, los efectos de los cambios demográficos también contribuyen a alterar su configuración, así como el de todo sistema, incluidos los de contribución definida[12].

La década de 1990 aportó una nueva herramienta a los sistemas de pensiones, puesto que Suecia se constituyó en pionera en la implementación de un mecanismo de aplicación general, de contribución definida y bajo el modelo de reparto que, en funcionamiento, emularía a un sistema de capitalización, pero bajo mecanismos de naturaleza no financiera, el llamado sistema nocional. Esta innovación permitiría evitar la complicada transición donde el Estado debe encargarse del financiamiento de las pensiones en curso, lo cual constituye una de las más desafiantes situaciones en la implementación de un sistema de capitalización.

Para asegurar la viabilidad de la reforma, a la vez que el respeto de los derechos en curso de adquisición, Suecia definió la transición como un largo proceso de veinte años de duración, en la cual convivirían ambos regímenes en la generación de prestaciones. Mientras las generaciones mayores mantendrían los beneficios del régimen antiguo, la generación de transición recibiría sus pensiones calculadas con las reglas de ambos sistemas, pero ponderados de forma progresiva a medida que transcurrieran los veinte años de transición desde el antiguo al nuevo sistema. Así, un pensionado en el primer año de transición recibiría diecinueve partes de su pensión bajo el antiguo sistema y una parte bajo el nuevo; mientras que en el último año habría una parte bajo el antiguo y diecinueve bajo el nuevo[13]. Otros países que adoptaron el sistema nocional han tenido transiciones más azarosas, con numerosas modificaciones de sus parámetros de funcionamiento, especialmente en el caso de Italia y Polonia[14], pero dado que estamos técnicamente frente a un sistema de contribución definida y, como tal, no existe una promesa de tasa de reemplazo involucrada se aprecia una mayor facilidad en la modificación de sus condiciones.

Junto con estos nuevos modelos, los sistemas de beneficio definidos, generales u ocupacionales, inician un periodo de importantes cambios en su funcionamiento, que se concentran en el ajuste de sus variables, en particular la edad de jubilación, de forma tal que se ajuste, en la medida de lo posible, a la creciente esperanza de vida y el cálculo de las tasas de reemplazo, las cuales comienzan a abandonar la determinación con periodos limitados cercanos al final de la vida laboral del afiliado (tres, cinco, diez últimos años

[12] Montt y Coddou (2020).
[13] Palmer & Köngber (2020).
[14] Holzmann, Palmer, Palacios, & Sacchi (2020).

de trabajo), para comenzar a utilizar medidas más cercanas a la remuneración de toda la vida laboral que pudo haberse tenido (dependiendo el caso, treinta y cinco a cuarenta años). Así, los sistemas de beneficio definido, con sus propias medidas, se acercan más a los resultados de mecanismos de contribución definida.

Adicionalmente, los sistemas de varios países de mundo incrementaron su complejidad, con el desarrollo o reforzamiento de sistemas previsionales complementarios. Por una parte, países que contaban con sistemas de beneficio definido lo convirtieron en su mecanismo de asistencia social, focalizando sus beneficios a quienes no contaran con suficientes recursos de otros sistemas, agregando mecanismos de contribución definida de carácter general (Australia) u ocupacional (Reino Unido). Los países de la Unión Europea (UE), manteniendo sus regímenes públicos de pensiones, avanzan en la implementación de planes complementarios de capitalización tanto individual como colectiva. Otros incorporaron mecanismos de ajuste automático de los parámetros de jubilación, creando una verdadera "edad móvil". Tal es el caso de Dinamarca, donde el periodo de sobrevida está determinado por ley (14,5 años).

Dependiendo del grado de compromiso financiero de cada sistema se aprecia una importante tendencia a trabajar sobre tres variables particulares; el endurecimiento de las condiciones de acceso a la pensión (en particular, las tasas de cotización); la edad de jubilación; y el ajuste directo de los beneficios de las mismas.

Otra consideración a tener presente es la evolución del propio contenido de los sistemas de pensiones. El chileno corresponde a un mecanismo de protección contra la vejez, invalidez, muerte y sobrevivencia, siendo esta la perspectiva general en este tipo de sistemas. Sin embargo, el incremento de participación femenina en el mercado del trabajo ha producido importantes cambios a estos mecanismos protectores, en la forma de la eliminación o reducción de las pensiones de sobrevivencia en algunas áreas del mundo (principalmente los países nórdicos) [15] y de forma más generalizada, la eliminación de las prestaciones para las hijas solteras de pensionados[16], al

[15] Las pensiones de sobrevivencia, en buena medida, están cumpliendo un papel similar al que cumplía la herencia en periodos con menor esperanza de vida. Por esta razón, también presenta problemas similares que no siempre son bien resueltos por la regulación. En el caso chileno la discusión reciente se encuentra asociada a los femicidios y parricidios, lo que puede asimilarse a las situaciones de indignidad del derecho sucesorio. Convendría realizar una mirada paralela de ambas instituciones, toda vez que en la práctica compiten entre sí ambas ramas jurídicas, en que la seguridad social tiene una visión más protectora.

[16] Que en Chile existió en Capredena hasta hace pocos años, y aún encontramos casos en la ex Caja Ferro (Ferrocarriles).

entenderse que no responden a una real contingencia social en los tiempos actuales. Estos procesos operaron como reformas inmediatas, si bien respetaron los derechos de quienes ya habían constituido la prestación respectiva. En similar línea, en varios países de raíz anglosajona, una vez iniciado el periodo pasivo, la contratación de protección contra la sobrevivencia es voluntaria, correspondiendo al afiliado la decisión de cómo y dónde asegurarse. Otro tanto ha ocurrido con las pensiones por invalidez, donde la evolución de los mecanismos de determinación y formas de protección es mucho más directa que lo ocurrido con las prestaciones de vejez, y que en el caso de Chile toma la forma de un seguro privado que altera la prestación para convertirla en un mecanismo de beneficio definido, pero sin alterar la naturaleza de prestación de seguridad social, atendido a que estaríamos frente a seguros de vida previsionales, con todos los efectos que de ello pueden desprenderse.

Finalmente, es necesario considerar que la estructura de los sistemas de pensiones no siempre se mantiene estable entre la fase activa y pasiva de las personas. En el caso chileno de capitalización individual, la fase activa corresponde a un mecanismo general y de capitalización, pero la fase pasiva puede ser tanto una continuación de esto (retiro programado), un mecanismo general de reparto con reservas (renta vitalicia) o ambos. El uso de una renta vitalicia, total o parcialmente, depende, además, de un contrato privado, con caracteres de seguridad social según lo expresado en el párrafo anterior y, si bien hay un interés público comprometido que se materializa fuertemente en la garantía estatal, ello no cambia lo básico de la relación. En el ámbito internacional esta característica puede encontrarse atenuada en aquellos países donde solo existe una modalidad de pensión, usualmente en la forma de renta vitalicia (Uruguay, Suecia), o exacerbada, en aquellos que admiten el pago de los fondos a suma alzada, la contratación de rentas garantizadas de diversa naturaleza y/o la administración directa de los recursos (Reino Unido, Australia).

En síntesis, la evolución de los mecanismos previsionales a mediados de la década de 1970[17], tanto en lo que respecta al mecanismo financiero subyacente, la estructuración de las prestaciones del régimen y las múltiples formas de organizaciones de los administradores, hace imposible restringir la naturaleza de sus derechos a una única alternativa, como los derechos públicos subjetivos, sino que pueden estar involucradas diversas naturalezas, dependiendo de la parte del sistema afectada, el mayor o menor alcance del sistema[18], el grado de injerencia de la regulación estatal y el tipo de pres-

[17] En parte producto de los efectos de la denominada "crisis del petróleo de 1973".

[18] Este fenómeno se aprecia también en la discusión de la naturaleza jurídica de las instituciones que sirven de base al funcionamiento de los sistemas previsionales: la afiliación y cotización.

taciones reclamado, lo que hace necesario buscar parámetros más amplios para elaborar una pauta de limitación de las modificaciones.

III. Conceptualización general de la seguridad social

Sin una naturaleza única en los derechos y obligaciones generados, es necesario recurrir a los elementos constituyentes de la disciplina para obtener una aproximación a una solución. Sobre el concepto y en contenido de la seguridad social se ha escrito mucho y en muy diversas formas, no encontrándose una definición unívoca en el ámbito comparado y nacional. Hasta hoy es posible encontrar posturas conceptuales de carácter amplias y restringidas,

> "existiendo entre los autores y las declaraciones internacionales de derechos humanos, elementos comunes que permiten adelantar una definición intermedia entre la amplitud de algunas y lo restrictiva de otras"[19].

Así, entendemos la seguridad social como un sistema integrado de políticas y programas sociales y económicos, de ordenación estatal, destinadas a asegurar a todas las personas prestaciones en dinero **y o** especie, para enfrentar los estados de necesidad causados por contingencias sociales jurídicamente determinadas, concurriendo a su sostenimiento financiero mecanismos contributivos con base en cotizaciones, no contributivos de aportes fiscales o mixtos y en cuya gestión y administración intervienen entidades públicas y privadas, siempre bajo la gobernanza y tuición del Estado, al cual corresponde asegurar niveles mínimos de protección a todos los habitantes del país.

Las definiciones más amplias suelen integrar a la seguridad social, a veces sin señalarlo expresamente, en el campo de la protección social de la cual sería una de sus bases.

De la definición ofrecida tanto como derecho o política social y económica, se destacan las siguientes características comunes que encontraremos en toda o casi toda definición:

1) Aspiración o tendencia a la cobertura de todas las personas, sin distinciones de ninguna especie y por todas las prestaciones reconocidas en el ordenamiento jurídico nacional;
2) Las prestaciones tienen un contenido económico e implican altos costos para el país ya en sus modalidades contributivas como no contributivas, por consiguiente, se relacionan y deben confluir con las políticas económico-sociales de los Estados;

[19] Cifuentes (2018).

3) Se trata de contingencias sociales determinadas normativamente, que derivan en un estado de necesidad individualmente precisado[20], que a la comunidad entera le interesa enfrentar o contribuir a resolver, atendido que está en juego un derecho humano y en parte, la supervivencia, integración y bienestar de la colectividad entera;
4) El financiamiento implica un esfuerzo colectivo solidario y también individual, a través de cotizaciones y aportes fiscales, con mecanismos financieros que van desde el reparto simple y/o con reservas, la capitalización individual y colectiva, la financiación estatal, a combinaciones de carácter mixto y/o nocional, y
5) La estructura institucional administrativa y gestora proviene del poder público, al cual corresponde su creación, ordenación, control, regulación y gestión, la cual puede ser delegada en entidades privadas, en virtud del principio de la subsidiariedad. Toda colaboración privada que sujeta a la supervigilancia y control del Estado.

Junto a los regímenes de previsión social, que han estado a la base de la institucionalidad de seguridad social, encontramos las ramas de los servicios sociales, de la asistencia social y, por cierto, de la medicina social.

Las contingencias sociales que causan estados de necesidad y que recogen las legislaciones nacionales, siguiendo el Convenio 102 de la OIT, son: vejez, invalidez; muerte del jefe/a de hogar; prevención y recuperación de la salud común (maternidad incluida) y laboral, desempleo y bienestar familiar. En las últimas décadas se han incorporado prestaciones para discapacitados y adultos mayores dependientes, incluso, salas cunas, entre otras.

La finalidad de la seguridad social es asegurar a las personas una vida digna y plena, es decir, que pueda ejercer sus derechos individuales y sociales libre de la necesidad económica, generada por la presencia del estado de necesidad causado por una contingencia social, a las que no puede hacer frente con su esfuerzo personal, asociado o no a los ingresos del trabajo.

Nos encontramos, entonces, con una institucionalidad dirigida a asegurar a las personas uno de sus derechos básicos, cuya adecuada concreción permite el ejercicio de los demás derechos fundamentales de las personas.

Los objetivos de la seguridad social corresponden a:

a) Renta sustitutiva, es decir, la sustitución o complementación de rentas por la falta de ingresos o necesidades adicionales de la familia;

[20] Al ser una definición normativa, la existencia de la contingencia puede o no tener el estado de necesidad aparejado. Ello puede apreciarse en la situaciones de vejez, donde la definición del parámetro es arbitraria (tal edad) e independiente de la capacidad o voluntad de seguir trabajando; y en la sobrevivencia, donde el beneficiario puede tener ingresos propios y nunca haber dependido del causante.

b) Redistribución de ingresos, en tanto se aplica el principio de la solidaridad ya con aportes fiscales o con cotizaciones de los activos respecto de los que se encuentran necesidad y, por último,
c) Integración social, atendido que el acceso a prestaciones complementarias o sustitutivas de los ingresos no existentes, tiene el efecto de generar integración y cohesión social.

IV. Principios de la seguridad social

Los principios de una rama jurídica corresponden a un tipo de norma deontológica caracterizada por constituir un mandato de optimización, esto es, la orden, permiso o prohibición de hacer algo en el mayor grado que sea jurídica o factualmente posible[21]. Por oposición, las reglas corresponde también a una norma deontológica, pero tiene un carácter binario: se cumple o no se cumple, no admitiendo una realización parcial o en grados como ocurre con los principios.

Esta característica de los últimos es particularmente relevante en su aplicación práctica, por cuanto la colisión de principios no se resuelve invalidando uno en favor de otro[22], sino que cumpliendo ambos tanto como sea posible, para luego preferir una mayor realización de uno de ellos. Pero también tiene aplicación al momento de la creación legislativa, toda vez que, en teoría, las normas son confeccionadas teniendo presentes los principios que rigen una disciplina, de modo tal que las reglas contenidas en los cuerpos legislativos responden a la cristalización de los principios inspiradores, a la vez que resuelven de antemano los conflictos de aplicación evidentes que pueden surgir, estableciendo un patrón de preferencia.

A su vez, los principios de cada rama contribuyen a caracterizar a la misma, aportando rasgos únicos que la diferencian de las demás, dotándola de su propia lógica interna de funcionamiento y autonomía.

Siguiendo a Marcos López Oneto, los principios pueden encontrarse tanto implícita como explícitamente en la legislación. La seguridad social ha tendido a lo primero, con lo cual la extensión y concreción de los que la guían tiende a variar según zona geográfica, de la mano de las realidades históricas sobre las que se ha ido construyendo.

En Chile, los diferentes autores que desde mediados del siglo pasado han abordado la seguridad social, han consignado una diversidad de princi-

[21] Alexy (1993).

[22] Como ocurre con la colisión de reglas, a través de excepciones en su aplicación, o recurriendo a criterios generales de invalidación, como la especialización, temporalidad o jerarquía de las mismas.

pios rectores, más o menos similares en extensión o contenido. La reforma de 1980 en Chile y las modificaciones europeas de la década de 1990 e inicios de la de 2000, han aportado sus propios lineamientos en torno a las directrices que deben guiar a la seguridad social y orientan la implementación de las políticas públicas respectivas y toda la concreción técnico-jurídica de sus programas, lo que permite hablar de principios clásicos, referidos ya en el sistema de las excajas de previsión, y principios modernos, incorporados con posterioridad y con mayor o menor consenso en su validez. Nótese que como mandatos de optimización que son, la validez que se otorgue a los mismos no necesariamente tiene relación con la preeminencia del principio: es perfectamente válido aceptar un mandato como principio y relegarlo a una función secundaria. En consecuencia, cada uno de ellos es susceptible de ser discutido tanto en su validez como en su preeminencia para un caso dado.

Si revisamos la lista de principios a lo largo del tiempo destacan importantes cambios. Patricio Novoa cita como principios listados en el informe Prat la universalidad de ámbito, la unidad de acción, la actividad de la gestión, la planificación de la labor y la integridad de la economía, si bien el propio informe los menciona como características de la seguridad social contemporánea[23]; por su parte, a nombre propio Patricio Novoa señala como principios la universalidad (objetiva y subjetiva); integridad o suficiencia; solidaridad y unidad[24]; Héctor Humeres mantiene en lo esencial el listado anterior, agregando los principios de igualdad y subsidiariedad[25]; en tanto, Hugo Cifuentes, Pablo Arellano y Francisco Walker contabilizaban como principios la universalidad, solidaridad, integralidad o suficiencia, unidad y uniformidad[26].

Como puede apreciarse, a partir de la fines de la década de 1970 ya existe un núcleo más o menos definido de principios que podemos denominar "clásicos", que abarcan a lo menos la universalidad, solidaridad, integralidad y la unidad. Por otra parte, la subsidiariedad, si bien se ha incorporado desde la década de 1980, mantiene una situación ambigua en su estabilidad. A su vez el siglo XXI ha aportado la incorporación de los principios de la sostenibilidad y la internacionalidad[27], que junto con el anterior pueden ser denominados "modernos".

[23] Comisión de Estudios de la Seguridad Social (1964).

[24] Novoa (1977).

[25] Humeres (2019).

[26] Cifuentes, Arellano y Walker (2013).

[27] La internacionalidad ya se mencionaba a mediados del siglo XX, pero autores como Patricio Novoa rechazaban su carácter de principio.

a) Universalidad: El principio de la universalidad cuenta con dos elementos, la universalidad objetiva que se refiere a las contingencias protegidas, y la universalidad subjetiva, referente a los sujetos que deben recibir tal protección. Así, el mandato de la universalidad objetiva es que el sistema de seguridad social debe cubrir todas las contingencias sociales. Esta obligación trae aparejada la necesidad de definición de lo que es una contingencia social, para lo cual la doctrina enlaza con el convenio n.° 102 de la OIT, la norma mínima de seguridad social ya mencionado[28], que contiene el listado de contingencias pertenecientes a esta rama, abarcando la protección de la vejez, invalidez, sobrevivencia, enfermedad, maternidad, accidente del trabajo, enfermedad profesional y prestaciones familiares. Esta vinculación, si bien cómoda para la definición del contenido de la seguridad social, ha limitado la discusión de las características que ha de tener una contingencia para ser considerada parte de la disciplina. Se ha discutido latamente elementos como la vivienda, la educación y las grandes catástrofes, incorporándose en la actualidad, sin mayor debate, elementos novedosos como las prestaciones por hijos en situación grave de la ley SANNA y las propuestas del seguro de dependencia, aunque puede no descartarse, considerar que se trata más de especificaciones, dentro del área de protección económica de la salud. Esta evolución ha llevado a proponer principios adicionales, como el de la evolución progresiva de los derechos, si bien podrían entenderse como parte de la universalidad objetiva. Fuera de la discusión del contenido de la universalidad, limitado como todo principio por las posibilidades fácticas[29], la universalidad objetiva es un principio pacífico, que interviene poco en el diario devenir de sistemas como el chileno, que ya abarcan todas las contingencias. Por el contrario, la universalidad subjetiva es un principio más problemático en su implementación[30]. Como mandato, ordena que la protección debe entregarse a la mayor cantidad de personas posible. En su concreción ello se ha realizado incrementando la cobertura desde los trabajadores

[28] No suscrito por Chile.

[29] Especialmente el presupuesto disponible, lo que vincula con la sostenibilidad.

[30] Incidentalmente, la universalidad subjetiva permite diferenciar los mecanismos de seguridad social propiamente tales, de la asistencia social. Esta última, corresponde a las prestaciones focalizadas, dirigidas a quienes, por cualquier razón, no quedan cubiertos por la primera o, actuando complementariamente, tienen una cobertura deficiente. Como tal, se tratan de regímenes no contributivos y focalizados, que no tienen este principio como elemento rector, para muchos, cercano a un programa de protección social.

hacia los residentes, tanto por medio de la incorporación directa de las personas que no trabajan, como mediada por un trabajador. Una discusión en curso corresponde al nivel de obligatoriedad asociado con el principio, es decir, si lo que se demanda es la capacidad potencial de las personas de ser parte de la seguridad social o si, por el contrario, la incorporación debe ser real. Al afectar el número de personas sujetas a prestaciones, entra fácilmente en conflicto con los principios de integridad y sustentabilidad, ya que mientras más personas exista más difícil será obtener un financiamiento adecuado (demanda más recursos), lo que, a su vez, desincentiva la incorporación. Por otra parte, una solución al problema anterior es la reducción de las prestaciones, lo que las aleja del punto de suficiencia.

b) Integridad o suficiencia: Se trata de un principio asociado a la prestación, el cual mandata que la misma debe ser de un nivel adecuado para solucionar el estado de necesidad que causa la contingencia social. Sin duda, uno de los más complejos de cumplir, no solo por el alto nivel de recursos que puede involucrar, lo que lo ubica en la necesidad de armonización con el principio de la sostenibilidad. Entre las discusiones atingentes a este principio se encuentra la proporcionalidad de la prestación con el ingreso previo, y si debe o no existir topes en las mismas.

c) Solidaridad: Uno de los principios centrales de la seguridad social. Ya en la década de 1970 Patricio Novoa Fuenzalida señalaba lo común que era que los académicos valoraran la solidaridad, pero sin que hubiera un criterio único de su contenido y extensión, lo que aun, en muchos casos, es motivo de controversias. Conforme a este autor, la misma existe en la medida que se redistribuya el ingreso nacional[31], y se manifestaba en que la seguridad social es un esfuerzo de la comunidad toda en propio beneficio, al que todos deben contribuir en la medida de sus posibilidades, sin que ello se encuentre vinculado necesariamente al derecho a prestaciones[32]. En tal sentido sería posible distinguir entre la solidaridad grupal y nacional, la intergeneracional y la intrageneracional. Este planteamiento de Patricio Novoa es mantenido por autores posteriores, pero no da cuenta del pleno desarrollo del tema para incorporar las mejo-

[31] Novoa (1977).

[32] Esta última característica que indica Patricio Novoa es abandonada, en mayor o menor medida, por los regímenes de contribución definida, donde se busca la mayor relación posible entre las cotizaciones y prestaciones, razón por la cual los mecanismos de redistribución suelen ser externos (bonos, aportes fiscales, etc.) lo que es reclamado por parte de la doctrina.

> ras introducidas en los diversos procesos de reforma. Ciertamente, la solidaridad implica redistribución, pero ello no basta, sino que requiere que ella tenga una dirección específica, desde los grupos con más recursos hacia quienes tienen menos. Una de las grandes problemáticas de los sistemas de beneficio definido chilenos fue que no obstante operar bajo esquemas formalmente solidarios en la práctica varios de ellos terminaban redirigiendo recursos hacia quienes menos los necesitaban[33].

En nuestra visión, el principio de solidaridad es clave, pero, a la vez, complejo en su materialización y comprende tres facetas: en primer lugar, la solidaridad positiva o de entregar, por la cual quienes tienen más recursos aportan proporcionalmente una mayor cantidad, a la vez que admite que los niveles de ingresos más bajos tengan prestaciones proporcionalmente más altas en relación con sus ingresos (beneficios mínimos, beneficios progresivos inversamente proporcionales)[34]; pero también existe una faceta de solidaridad negativa o de no tomar, la que corresponde a la limitación a utilizar recursos de un fondo común a quienes tienen altos ingresos o activos (beneficios máximos, beneficios progresivos inversamente proporcionales) y es una de las fuentes del tope imponible[35]. Finalmente, es necesario considerar que la seguridad social opera no solo en un momento dado, sino que a lo largo del tiempo, lo cual es especialmente notorio en sus mecanismos previsionales, en particular el sistema de pensiones, lo cual nos permite considerar una tercera faceta de este principio, la solidaridad por cumplimiento. Difícilmente es posible obtener una redistribución dirigida de ingresos si la pertenencia al sistema se utiliza de forma oportunista, incorporándose para recibir beneficios, pero evitándolo al momento de pagar obligaciones[36].

[33] Dicho de otro modo, la solidaridad tiene que darse en la práctica, no siendo suficiente que solo este incorporada en el diseño de un sistema de forma teórica.

[34] En esta línea se encuentra la mayor cobertura que se entrega en las prestaciones de salud a cargo del sector público, todos los mecanismos no contributivos, así como los aportes fiscales realizados a sistemas contributivos (bonos, por ejemplo). Más directamente en el sistema de pensiones, la cotización por el Seguro de Invalidez y Sobrevivencia (SIS) sigue la lógica proporcional, al estar atada a los ingresos, al igual que el pago de las comisiones por la cuenta obligatoria.

[35] En cuanto limita el máximo de prestación al cual se puede acceder. En consecuencia, es posible concebir cotizaciones sin tope o progresivas y, a la vez, prestaciones sujetas a limitación. Dado que la restricción solo tiene sentido respecto a recursos comunes, su aplicación al sistema de pensiones por capitalización individual es limitada, pudiendo verse en la interacción del tope imponible con el SIS, el cual tendería a ser más caro sin la limitación. En el seguro de cesantía puede apreciarse una mayor aplicación de esta faceta negativa, por ejemplo, en las limitaciones al uso del Fondo de Cesantía Solidario.

[36] Al requerir un extenso periodo de observación es el componente más complejo. Sin embargo, se puede conectar con las nuevas tendencias en los sistemas de beneficio definido

Con todo, si bien es un principio de la máxima importancia, la solidaridad no está exenta de problemas a enfrentar, ya que al romper el balance entre los aportes y los beneficios recibidos puede incentivar a la evasión de las obligaciones por medio de un comportamiento oportunista, lo que puede entrar en conflicto con la universalidad subjetiva, al retirar personas que deberían ser cubiertas y con la sostenibilidad, principalmente por la evasión y elusión de cotizaciones, de lo cual no escapan los distintos modelos de financiamiento de la seguridad social[37].

Estos elementos han contribuido a un cambio gradual en la arquitectura de los sistemas de pensiones, moviéndose algunos desde sistemas de beneficio definido (primacía de la integridad y solidaridad intrarrégimen) a sistemas de contribución definida (primacía de la sostenibilidad) donde el componente de redistribución es realizado de forma externa, con transferencias estatales financiadas por impuestos, descuidando la solidaridad contributiva, en la confianza no acreditada de reducir los incentivos a la informalidad.

a) Unidad: Este principio implica que las políticas de seguridad social deben contar con criterios de gobernanza que tiendan a evitar la dispersión en la gestión y administración. Lo anterior permite su análisis desde distintas perspectivas, debiendo operar siempre con criterios similares respecto de la población cubierta. De esta forma lo podemos encontrar como un mandato de optimización que busca la integración de los distintos elementos de las prestaciones sociales como, por ejemplo, en Chile, el relacionamiento del sistema de pensiones solidarias de la Ley n.º 20255, el sistema de capitalización individual del DL 3500 y los llamados antiguos sistemas previsionales, a efectos de velar por un sistema unitario en la gestión.

Por otra parte, podemos entender la unidad de una forma más amplia, es decir, no solo como deben relacionarse las entidades de seguridad social

a calcular las pensiones con la totalidad o mayoría de los ingresos durante la vida laboral; la diferenciación del monto de la pensión conforme a los años de trabajo (pensión completa); el cambio a sistemas de reparto de contribución definida (nocionales y por puntos) y los mecanismos de focalización de los sistemas básicos o no contributivos que consideran pruebas de medios y/o activos. En este último caso, por ejemplo, se apunta a tratar diferente a quienes no cotizaron por no tener ingresos y quienes no cotizaron por no tener ingresos laborales, pero que contaban con recursos de otra naturaleza, siendo, en consecuencia, menos necesitados. Como suele ocurrir con todas las facetas de este principio, el alcance de las medidas y juicios de valor asociados tienen un equilibrio complejo.

[37] Como ocurre con la capitalización individual en Chile, respecto de la evasión y elusión en materia previsional.

en el otorgamiento de una determinada prestación, sino como se armoniza el conjunto del sistema de seguridad social. De esta manera, no solo deben integrarse unitariamente las instituciones de una determinada prestación, sino que debe propenderse a un criterio unitario y un adecuado relacionamiento entre las distintas entidades, por ejemplo, la forma en la que se relacionan las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y la Administradora de Fondos de Cesantía (AFC) ante la posibilidad de transferir los fondos de la cuenta individual por cesantía a la cuenta de capitalización individual al jubilar, para aumentar el monto de la pensión.

b) Subsidiariedad: Quizá el más polémico de los principios en el Chile de hoy, en cuanto para muchos, importaría un mandato a que el Estado se abstenga de intervenir en aquellas áreas donde los privados operan o donde no es necesaria o conveniente su colaboración. *Contrario sensu*, la subsidiariedad en su faceta negativa autoriza al Estado a actuar en aquellas zonas donde los privados no quieren hacerlo, o donde su actuación es imperfecta. Generalmente asociado a la Constitución de 1980, este principio se encuentra vinculado principalmente con la administración del sistema, no obstante, lo cual la mayoría de los regímenes cuenta con mecanismos administrativos de gestión pública (Fonasa, ISL, IPS) o correspondientes a delegación pública (AFC, cajas, mutuales)[38]. Sin embargo, es conveniente apreciar este principio fuera de tal ámbito, ya que el propio interés público de la seguridad social le otorga al Estado un papel primordial e insustituible, el de regulador y fiscalizador de las entidades que forman parte del sistema. En tal medida, la subsidiariedad exige que la intervención directa del Estado sea justificada por el interés público superior, toda vez que pasará a ser juez y parte del funcionamiento de las instituciones si las entidades supervisoras no ejercen su autonomía de forma adecuada. Adicionalmente, es posible asociar a la subsidiariedad negativa todas las prestaciones que ofrece el Estado de forma complementaria al funcionamiento regular del sistema, como forma de corregir situaciones socialmente relevantes, tales como subsidios o bonos.

c) Sostenibilidad o sustentabilidad: Incorporado a partir de las reformas internacionales de la década de 1990 e inicios de la de 2000, se trata de un mandato principalmente de orden financiero, con algunas ramificaciones administrativas, que ordena que los sistemas de seguridad social deben ser construidos de forma autosuficiente,

[38] Lo que daría cuenta de una importante aplicación de la faceta negativa, más que de la positiva.

de modo tal que sean inmunes a la degradación financiera en la repetición de ciclos de generación de prestaciones, contando siempre con recursos disponibles para responder por sus obligaciones. En buena medida corresponde al principio que aporta la "certeza" a la seguridad social, habiendo sido adoptado tras las múltiples crisis económicas que afectaron especialmente a los sistemas de pensiones, y que en los casos más extremos puede implicar la quiebra de los mismos.

Dado que se trata de una importante limitación al uso de los recursos, la sustentabilidad tiende a entrar en conflicto con todo el espectro de otros principios en la medida que estos implican un mayor gasto. Sin embargo, también puede verse su función de apoyo a la integridad, en cuanto un adecuado financiamiento asegura prestaciones suficientes o, incluso, a la solidaridad, garantizando que la misma es real y no una mera declaración.

d) Internacionalidad: Este es uno de los principios más modernos en su recepción, si bien ya se comentaba de antiguo, pero no se admitía como parte de la seguridad social. En esencia, manda a que las medidas protectoras de la disciplina mantengan su aplicación, incluso, fuera de los ámbitos geográficos de los Estados respectivos, teniendo una mayor razón de ser en la medida que el movimiento entre países se ha tornado más sencillo y expedito, y que la pandemia actual del COVID-19, cuestiona. Nótese que no se trata de un principio de cobertura subjetiva, toda vez que bajo la universalidad puede abordarse la situación de los extranjeros en un país, sino que apunta a la aplicación y coordinación de prestaciones, que pueden darse ya de forma esporádica, como la cobertura de un accidente del trabajo en un viaje de negocios (comisión de servicios); ya de forma permanente, especialmente en sistemas de largo plazo como el de pensiones, donde existen incentivos a trasladarse a áreas de menor costo de vida una vez obtenido el estatus de jubilado. Si bien es un principio que simplemente extiende el funcionamiento del sistema más allá de las fronteras, puede entrar en conflicto con la solidaridad, ya que al carecer de información sobre la situación del afiliado en el extranjero potencialmente mueve recursos a quienes están en una mejor situación, restando fondos para quienes tienen una mayor necesidad; con la integralidad, en caso de generar coberturas múltiples por la superposición de protección en ambos países y con la sustentabilidad, ya que al extender la cantidad de personas protegidas se requiere una mayor cantidad de recursos.

V. Derechos en curso de adquisición y la construcción de un parámetro racional que justifique modificaciones a las pensiones

Dado que sabemos que es posible modificar los sistemas de pensiones, las condiciones sobre las que se establecen, sus parámetros y sus prestaciones, ¿realmente podemos hablar de derechos en curso de adquisición? Creemos que sí y, aunque es necesario reconocer que es una aproximación preliminar de un tema que exige y exigirá mayor investigación, es posible plantear algunas líneas de acción al respecto.

Primeramente al delimitar en qué consisten los derechos en curso de adquisición, es necesario referirse a la experiencia comparada, en la que se aprecia un alto grado de modificaciones en los sistemas de pensiones, las cuales pueden encontrar justificación, incluso, en sus principios, lo que queda patente por la relevancia que ha adquirido el de la sostenibilidad, el cual ha sido central, sin ser principal, durante los últimos treinta años, sin perjuicio de poder invocar otros principios como guías de procesos determinados e, independientemente de los mecanismos financieros de cada sistema. Sin embargo, ciertos elementos aparentan una mayor solidez en todos estos procesos, especialmente la calificación misma como sujeto de un estado de necesidad. De esta manera, el estatus de pensionado pareciera ser inalterable una vez obtenido, lo que implica haber cumplido los requisitos determinados por la normativa de cada país y, dependiendo de la legislación, invocar su otorgamiento[39]. Esta situación puede ser atribuida a la previsibilidad de las prestaciones que el pensionado va a alcanzar, las cuales, independiente de su monto, pasan a formar parte de su patrimonio, modelando su comportamiento en el conocimiento de tales ingresos[40]. Tal situación tiene un cierto grado de reconocimiento, incluso, en la legislación chilena, donde se admite el uso de excedentes de la cotización de salud para financiar el respectivo plan en el lapso que media entre la solicitud de una pensión y su otorgamiento, reconociendo que en tal circunstancia el afiliado integra el beneficio por recibir a su comportamiento, con lo que entrega un respaldo para cubrir el lapso inesperado de tramitación[41]. Concordamos

[39] Considérese el caso de Chile, donde no es obligatorio jubilarse. Otros países, como Suecia, cuentan con periodos entre los cuales se puede solicitar la calidad, llegando a momentos donde se vuelve obligatorio. En tales regímenes se producen interesantes interacciones entre los requisitos para jubilarse y el derecho laboral, que exceden el alcance de este artículo.

[40] O servicios, de ser el caso.

[41] Artículo 188, inciso 4°, N° 6, del DFL 1 de 2006 del MINSAL, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL n.° 2763, de 1979 y de las leyes n.° 18933 y n. 18469.

en este primer punto, toda vez que la calidad adquirida de pensionado, de cualquier naturaleza, entra en la calidad de derecho adquirido, y salvo que medie dolo de parte del afiliado u otro vicio del consentimiento relevante, no debiese poder perderse[42].

Por tanto, respecto de los beneficios previsionales de quienes ya se encuentran en el goce de aquellos, no podrían ver modificado su otorgamiento, salvo excepciones justificadas principalmente en los principios mismos de la disciplina. A modo ejemplar, las pensiones básicas solidarias de vejez e invalidez establecidas en la Ley n.º 20255 de 2008, que cambiaron el anterior régimen de pensiones asistenciales (PASIS) desde un beneficio condicionado con revisiones cada tres años, a un derecho encaminado a la universalización, en que de todas formas pueden extinguirse al perder alguno de los requisitos de su otorgamiento, como el dejar de pertenecer a alguno de los quintiles de la economía en que se estratifica la población. Asimismo, en el proyecto de reforma previsional en curso (*Boletín* 12.212-13) se establece la pérdida de la pensión de sobrevivencia respecto del parricida o femicida condenado, con gradualidad en su implementación. De forma similar, un sistema que entre en una situación de colapso financiero, podría modificar las pensiones pagadas desde un fondo común, distribuyendo la responsabilidad de no haber ajustado el sistema tanto en la generación activa como en la pasiva[43].

A partir de tal experiencia es posible comenzar a esbozar lo que serían los derechos en curso de adquisición. Obviamente, el primer elemento a considerar es la existencia de una mera expectativa relacionada con la seguridad social que entregue la posibilidad de la consolidación de un derecho futuro. Dada que la respuesta de esta disciplina a las contingencias sociales son prestaciones con contenido pecuniario, este elemento es ubicuo.

En segundo lugar, será necesario que la regulación de tal expectativa requiera de un lapso moderadamente largo de tiempo para la consolidación del derecho. Este punto restringe de forma importante los potenciales derechos en curso de adquisición, toda vez que buena parte de las contingencias sociales, precisamente por ser contingentes, son en la mayoría de los casos de ocurrencia súbita, con lo cual la re-

[42] En lo que corresponde a pensiones derivadas de contingencias sociales. Otro tipo de pensiones, requieren un análisis separado.

[43] Políticamente es tentador restringir los cambios a la generación activa, toda vez que las generaciones pasivas son políticamente muy activas (véase el caso de Japón). Sin embargo, el progresivo incremento de cotizaciones para cubrir los déficits puede ser contraproducente, dañando el trabajo formal y la economía del país. En casos extremos, puede que no sean suficientes para solucionar el problema, obteniendo una generación pasiva que no quiere perder sus prestaciones y una generación activa que no quiere cotizar, porque no habrá recursos para pagar las pensiones.

gulación entrega pocos requisitos relativos al tiempo de pertenencia en los regímenes y cuando los hay, están más asociados a la prevención del fraude, que es aplicable incluso ante derechos consolidados[44]. En lo que respecta al sistema de pensiones, ello es aplicable principalmente a las pensiones por vejez y, de forma limitada, a las por sobrevivencia.

En tercer lugar es necesario que el eventual cumplimiento de los requisitos de acceso pendientes del derecho no dependa de la voluntad de terceros, sino del mero comportamiento del afiliado en circunstancias comunes. Ello implica que para el afiliado, de mantenerse su comportamiento, la generación de la prestación será una cuestión del mero transcurso del tiempo, lo que nos permite diferenciar la generación de una pensión con la situación de las indemnizaciones por años de servicio del derecho laboral, donde, si bien se cumplen los requisitos anteriores, es necesaria una acción dependiente de una voluntad ajena, el despido por una causal específica.

Finalmente, quizá el elemento que más restringe la aplicación de los derechos en curso de adquisición, es necesario que el comportamiento del potencial afiliado pueda considerarse como afectado por la prestación futura a la cual aspira. Esto es, de no existir la misma, las opciones y decisiones que se hubieran tomado serían diferentes a las existentes. De esta forma, a la vez que se permite la modificación de los sistemas previsionales, se pone una restricción a la actividad del legislador, el cual se encontraría vedado, al menos en parte, de alterar estatutos en los cuales sus miembros ajustaron el curso de sus vidas para acomodarse a sus condiciones.

En consecuencia, un elemento común a la posibilidad de alterar tanto los derechos en curso de adquisición como los ya adquiridos se relaciona con la modificación sustancial de los caracteres particulares de los elementos señalados respecto de cada persona, en que son sustanciales las decisiones que adoptan cada uno de ellos teniendo en consideración los especiales términos de las diversas contingencias sociales.

Con todo, la aplicación práctica de estos elementos será tan compleja como la estructura del sistema previsional al que se quiera aplicar, ya que cada configuración impacta de forma diferente en la actitud que toman sus afiliados. De forma similar, la propiedad involucrada en cada sistema (ya de activos, ya de obligaciones) generaría efectos diversos.

Así, un sistema de aplicación general, donde los requisitos y condiciones para pensionarse proceden para la totalidad de la población o a su

[44] Considérese, por ejemplo, los requisitos en el acceso a los subsidios por incapacidad laboral. Mientras la enfermedad común exige periodos de afiliación y cotizaciones, el accidente común no lo hace, lo que corresponde a un intento de evitar la afiliación oportunista, en un reflejo de lo que denominamos solidaridad por cumplimiento.

mayoría, dificultan la invocación de los derechos en curso de adquisición sino en la cercanía de la edad de jubilación. Raramente la población joven toma en consideración los efectos del sistema previsional en sus elecciones de vida[45] e, incluso, a edades avanzadas en pocas ocasiones se toman decisiones que puedan vincularse a ello, lo que restringe el uso de estos casos a un lapso breve, de tres o cinco años quizá, similar a los periodos de transición de varios países, como lo que está ocurriendo con las diferentes normas constitucionales y legales sobre retiro de fondos previsionales en estos tiempos de pandemia.

La variación en la edad para acceder a la pensión de vejez importa un cambio paramétrico de suma importancia a considerar en la obtención de la prestación, pero el momento en el que tal cambio involucra una afectación de derechos debe analizarse, como expresamos con anterioridad, a la alteración sustancial de las decisiones de la persona, supuesto en el que no es igual el aumentar la edad de pensión de los hombres de sesenta y cinco a sesenta y seis años, que la de las mujeres desde sesenta a sesenta y cinco o sesenta y seis años, sin gradualidad establecida en la norma, por lo que consideramos que el alza, como requisito de acceso a la prestación, podrá o no significar una alteración al derecho en curso de adquisición en atención al momento en que se efectúe el cambio paramétrico y hasta qué punto ello puede alterar las decisiones del futuro o futura pensionado, por lo que siempre se estimará necesario que este tipo de cambios debe incluir una necesaria gradualidad en su implementación, en que ha sido la regla en cambios tanto en el ámbito nacional como comparado[46].

Por otra parte, a medida que la aplicación de un régimen previsional se vuelve más cercana a la actividad laboral del afiliado, en cuanto a su gestión, más se extiende la posibilidad de invocar derechos en curso de adquisición. Así, un sistema ocupacional en sentido amplio[47], las potenciales complejidades, en caso de cambio de empleo, permiten abarcar más tiempo, ya que el afiliado será reacio a moverse de categoría por la afectación de beneficios que se produciría[48]. En tanto, en un sistema ocupacional estricto, donde las pensiones son una compensación por las condiciones de trabajo, la invoca-

[45] De lo contrario los problemas del sistema de pensiones serían mucho menores. educación previsional y financiera.

[46] Se tiene presente la experiencia del DL 2448 de 1979, así como los mecanismos que otros países han desarrollado en la materia, como modificaciones según fecha de nacimiento y gradualidad progresiva.

[47] Es decir, aquel en el cual las empresas o la actividad económica sean el factor de agrupación administrativa, con sus propios requisitos para acceder a la prestación, pero sin involucrar una asociación con las condiciones de trabajo.

[48] Como lo ocurrido con las excajas de previsión, sin ley que asegure continuidad.

ción de los derechos en curso de adquisición puede ser inmediata, ya que los afiliados están actualmente tomando decisiones, sacrificando condiciones laborales, en consideración a las prestaciones futuras que están persiguiendo.

Si consideramos el nivel de la obligatoriedad del sistema, la situación es similar. En los mecanismos voluntarios, ya hay derechos en curso de adquisición toda vez que el sujeto está tomando decisiones directamente relacionadas con la prestación futura, si bien al ser, en su mayoría, sistemas de capitalización, la discusión es menos relevante. Los sistemas obligatorios, en cambio, su fuerza se debilita, ya que al ser una imposición de la ley, el papel de la voluntad es menor, con lo cual habrá que atender a la configuración del mismo.

Finalmente, para terminar este esbozo sobre los derechos en curso de adquisición, hay que considerar la estructura financiera del sistema. Tanto los sistemas de capitalización como los de reparto, en las diferentes configuraciones que pueden tomar, contienen derechos consolidados. En los primeros, al menos en sus versiones de capitalización individual y colectiva, los afiliados cuentan con la propiedad inmediata de los recursos y la regulación solo da cuenta de las restricciones a su disposición. Con ello, los derechos en curso de adquisición darían cuenta de una situación negativa: que no se incrementen las restricciones a la disposición de los recursos que se tienen en propiedad. En cambio, los sistemas de reparto operan sobre obligaciones asumidas por el administrador respectivo, con lo cual aquí los derechos en curso de adquisición toman una posición más natural de limitar las posibilidades de cambiar el contenido de tales obligaciones.

Con todo, ¿será posible afectar derechos adquiridos o en curso de adquisición? La aplicación de los principios y los fines de la seguridad social apuntan a que sí, pero solo de forma limitada. Comúnmente una modificación de las condiciones de acceso a las prestaciones implicará derechos en curso de adquisición, donde deberán considerarse las restricciones previamente comentadas; en cambio, si la discusión corresponde a los beneficios en sí, lo común será que estén involucrados derechos adquiridos. Sin embargo, en este último caso en los programas de contribución definida, donde la prestación no está asegurada en su monto, facilita la discusión, ya que la asimila nuevamente a las condiciones de acceso/entrega, aplicando nuevamente los criterios de los derechos en curso de adquisición. Tales casos deben tratarse como si fueran un cambio radical de sistema, toda vez que la necesidad de alterar las prestaciones mismas es un parámetro de insostenibilidad.

De esta forma, el establecimiento o modificación de las cotizaciones previsionales, en particular su incremento, estimamos no alteran de forma sustancial los derechos en seguridad social y sus prestaciones, sin perjuicio

de la necesaria gradualidad en la regulación de la aplicación de aquella alteración, teniendo presente que la creación de nuevas cotizaciones o el alza de las mismas van directamente relacionadas con la mejora de prestaciones sociales, pero ello debe tener en consideración la realidad del mercado laboral, debido a que un incremento drástico y, más de forma inmediata de las mismas podría tener repercusiones en el desempleo y, por tanto, influir en disminuir la cobertura al estar íntimamente relacionada al elemento ocupacional contributivo para la obtención de diversas prestaciones[49].

Por tanto, para efectos del reconocimiento de los derechos en curso de adquisición en seguridad social, así como de la mantención de los ya adquiridos, es necesario distinguir distintos elementos al momento de analizar la variabilidad de aquellos y si, en consecuencia, son justiciables y eventualmente mutables, al tratar sobre la tasa de cotización, los beneficios previsionales y sus requisitos de acceso.

Al respecto vemos cuatro alternativas, no necesariamente excluyentes:

a) Mantención voluntaria de estatutos a afiliados: Similar a reforma de 1980, permite que quienes quieran utilicen el nuevo modelo a la vez que evita problemas con la propiedad o derechos adquiridos o en curso de adquisición. Los problemas de esta alternativa es que es lento en su aplicación, dejando en pie un punto de comparación complejo para el sistema de reemplazo, pudiendo existir una potencial inequidad en el tratamiento de beneficios indirectos, y si tiene un respaldo estatal amplio, tanto afiliados como no afiliados concurren a sustentar los errores, por lo que se requiere analizar la viabilidad administrativa ante el corte de afiliaciones. Esta alternativa la encontramos, también, a modo de referencia, en el Convenio 157 de la OIT sobre conservación de los derechos en seguridad social de 1982, el que insiste en que los beneficios deben generarse sin referir al lugar de residencia, como regla general y, en lo posible, sin considerar ser nacional de alguno de los Estados miembros que ratifican o forman parte de un convenio de reciprocidad, sin perjuicio que con respecto al principio de la igualdad de trato se puedan generar por los Estados algunas restricciones.
b) Solución de internacionalidad: Todos deben ingresar al nuevo sistema, pero el antiguo no se elimina, sino que se utiliza para el cálculo proporcional de beneficios obtenidos, incluso en los casos de totalización de periodos en regímenes excepcionales. Sus ventajas se reflejan en que simplifica administrativamente el sistema, evitando

[49] La informalidad subsecuente a un alza de cotizaciones no moderada y adecuadamente establecida, es contraria a diversos principios de la seguridad social.

la manipulación de beneficios indirectos en atención a la afiliación, siendo más equitativo con las cargas que imponga el modelo y evita, parcialmente, problemas con propiedad o derechos adquiridos/en curso de adquisición. Pero, en contraposición, se reducen los efectos de cambios económicos, lo que puede hacer necesaria una transición más larga, así como pueden existir diferencias en los resultados de las prestaciones que pueden hacer necesaria una cantidad importante de información.

c) Cambio de situación: Sobre la base de la doctrina civil, se asume que las entidades de seguridad social solo están obligadas a las prestaciones equivalentes a los parámetros originalmente existentes[50]. Solo aplica a mecanismos de beneficio definido, siendo equivalente a cambiar el peso desde la institución a la persona, lo que permite combinar con alguna de las anteriores alternativas para determinar el aporte económico necesario para el cambio.

d) Estado inmutable, cálculo variable: Mientras no es posible perder el carácter de pensionado, la fórmula de cálculo es variable y su alteración tiene aplicación inmediata. Lo anterior es útil cuando es imposible seguir alterando cotizaciones de activos, pero no se solucionan los déficits. Tiene el problema que los pasivos son políticamente más activos y que los jóvenes siempre tendrán la ilusión del esfuerzo de los que vendrán.

Bibliografía

Alexy, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Cifuentes, Hugo (2018). *El sistema de seguridad social chileno. Descripción y aspectos generales.* Santiago: Ediciones UC.

Cifuentes, Hugo, Pablo Arellano y Francisco Walker (2013). *Seguridad social: parte general y pensiones.* Santiago: Librotecnia.

Comisión de Estudios de la Seguridad Social (1964). *Informe sobre la reforma de la seguridad social chilena*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Holzmann, Robert, Edward Palmer, Robert Palacios & Stefan Sacchi (eds.) (2020). *Progress and Challenges of Nonfinancial Defined Contribution Pension Schemes.* Washington, The World Bank.

[50] Por ejemplo, el recalculo pensión de vejez por presentarse nuevos beneficiarios de pensión de sobrevivencia.

Humeres, Héctor (2019). *Derecho del trabajo y la seguridad social*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

López Oneto, Marco (2013). *El principio de protección de la fuente del empleo en Chile*. Santiago: Thompson Reuters.

Montt, Guillermo y Alberto Coddou (2020). *El derecho a la seguridad social en Chile y el mundo: Análisis comparado para una nueva constitución*. Santiago: OIT.

Novoa, Patricio (1977). *Derecho de la seguridad social*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Palmer, Edward & Bo Köngber (2020). "The Swedish NDC Scheme: Success on Track with Room for Reflection", in Robert Holzmann, Edward Palmer, Robert Palacios & Stefano Sacchi. *Progress and Challenges of Nonfinancial Defined Contribution Pension Schemes*. Washinton, DC: International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank.

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO 9 - N° 18 - ABRIL DE 2021

Revista del Centro de Justicia Constitucional
ISSN 0719-2959
www.derechoiberoamericano.cl

Presentación

Estudios

Algunos principios para el proceso constituyente

Iván Aróstica Maldonado: La cuestión constitucional

Alejandro Lago Torres: Una o dos cámaras: ¿sirve realmente el Senado? Perspectivas comparadas para el futuro constitucional chileno

Juan Andrés González Tugas: El valor de la constitución democrática (de Estados Unidos): Reflexiones sobre su importancia desde la perspectiva de Alexis de Tocqueville

Rodrigo Pablo Pérez: Funas institucionales: libertad de expresión y tolerancia en las universidades. El caso de la asociación estudiantes San Alberto Hurtado en la Universidad Católica

Julio Alvear Téllez: "Tolerancia" y constitucionalismo laico. Análisis de la noción clásica y de la noción ilustrada

Juan Fernando Segovia: El principio del orden político y social católico: La realeza social de Cristo. Un análisis de la Quas Primas

Comentarios de jurisprudencia

Rodrigo Céspedes: Disciplina naval, tormentos y principios básicos de derecho internacional en el siglo xix: El caso del Monsoon

Recensiones

Juan Fernando Segovia *Constitutionalism in the Americas* de Colin Crewford y Daniuel Bonilla Maldonado (eds.)

Juan Fernando Segovia: *Tradición política e hispanidad* de Miguel Ayuso

Instrucciones para los autores

ÍNDICE
REVISTA *IUS PUBLICUM*
N.º 46/ MARZO 2021
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Estudios

Héctor H. Hernández: *"Gesta de Dios por los argentinos". (Sobre el homicidio prenatal desatado en la Argentina)*
Arturo Salazar Santander: *Análisis de la lesión en el código civil chileno a la luz de la doctrina del equilibrio contractual*
Iván Aróstica Maldonado: *Leyes pro estado e indefensión: lo contencioso administrativo ante la constitución chilena, hoy*
Silvia Marraaa: *Reflexiones sobre una tasa municipal por pernocte turístico para preservación del medio ambiente (ECOTASA)*
Eduardo Soto Kloss: *La revocación de los actos administrativos en el derecho chileno*

Crónica

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas:* Bernardita Espinoza V., Germán Masserdotti, Pedro L. Llera, Pedro Treviano, Arzobispo de Arequipa/Perú

Documentos

Magisterio pontificio: Papa Francisco, Audiencias Generales, Patio de San Dámaso (miércoles, de agosto y septiembre de 2020). Benedicto XVI, *Sacramentum caritatis,* exhortación apostólica sobre la Eucaristía. Extracto referido al testimonio de los católicos en su vida personal y especialmente social. Papa Juan Pablo II, Ángelus, Solemnidad de la Inmaculada Concepción (Sábado 8 de diciembre de 1979). Viaje Apostólico de Su Santidad Juan Pablo II a Polonia (16-19 de agosto de 2020). Consagración del Santuario de la Misericordia Divina, Homilía en el Santuario de la Misericordia Divina, Cracovia (sábado 17 de agosto de 2002). Congregación para la Doctrina de la Fe, Carta *Samaritanus Bonus* sobre el cuidado de las personas en las fases críticas y terminales de la vida. Magisterio episcopal: ¿El culto de Dios no es

una "actividad esencial"? Mons. H. Aguer, Arzobispo de La Plata, Argentina. Declaración de cinco obispos sobre la ilicitud de la vacuna derivada de células de abortos, 12 de septiembre de 2020. El Vaticano rechaza la inclusión del término "derechos reproductivos" en resolución de la ONU sobre la pandemia. Varios: Vacunas con fetos abortados. ¿Es lícito usarlas? P. Javier Olivera R., 11 de diciembre de 2020. Derecho a la blasfemia? Necesitamos criterios sólidos, J. Soley

ACTUALIDADES

I. Eutanasia

Un proyecto que atenta contra la dignidad esencial de la persona
Conferencia Episcopal Española y ley de eutanasia: "en nombre de una presunta muerte digna, niega en su raíz la dignidad de toda vida humana"
Cuatro pandemias para una eutanasia
Se usa la bella noción de dignidad para matar
Ilicitud de la eutanasia y suicidio asistido
Eutanasia: catálogo de mitos
Las cifras de la eutanasia en Suiza son "aterradoras"
Grupos de discapacitados protestan contra la eutanasia
Presidente Donald Trump declara el 22 de enero como el Día Nacional de la Santidad de la Vida Humana

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 8798-2020 (8 de septiembre de 2020)
Corte Suprema (26.11.2020). Guarda con Servicio de Salud de Antofagasta (Responsabilidad por grave negligencia médica en atención dental a niño)
Corte Suprema (15.4.2020.) Herman Pacheco, Patricio, c/Municipalidad de Recoleta (Nulidad de derecho público/autoridad demandada no puede allanarse a la demanda)
Corte Suprema (26.11.2020) Paredes Álvarez c/Establecimiento de Larga Estadía para el Adulto Mayor de El Bosque (Recurso de protección acogido/impedimento de visitar a cónyuge discapacitado/afectación a la integridad psíquica/artículo 19 No 1 de la Constitución)
Corte Suprema (24.12.2020). Juan Ramón Fernández B./amparo (Rechaza amparo por libertad condicional improcedente/prevención) (Comentario de Adolfo Paúl Latorre)
Corte Suprema y "reasignación sexual" para personas transgénero, Hernán Corral Talciani

Recensiones y reseñas bibliográficas

Recensiones de libros
Noticias
Ediciones *Ius Publicum*

ACTUALIDAD JURÍDICA

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 Un año Dos 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