# ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año XXIII, N° 45 – enero 2022

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

I. Tema central: Lealtad con la institucionalidad

- Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema sobre la nulidad de derecho público (José Manuel Díaz de Valdés) ..... 15
- Estado de derecho. Notas para comprender un concepto plástico (Sebastián Soto V. y Magdalena Ortega) ..... 39
- Los reglamentos de la Convención Constitucional. Compleja antesala para la discusión sustantiva de las propuestas constitucionales (Natalia González B.) ..... 75
- Fraude constitucional (Eduardo Andrades) ..... 113
- La práctica parlamentaria reciente en el contexto de la iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República (Sebastián Flores) ..... 135
- Identidad constituyente: Apuntes sobre el papel de los derechos humanos en el proceso constituyente y propuestas para la nueva Constitución (Catalina Melgarejo y Matín Canessa) ..... 169

II. Estudios y ensayos

- Derecho humano al agua: Los desafíos para su integración en la institucionalidad pública del agua en Chile (Camila Boettiger) ..... 203
- La libertad de empresa y la gestión de sus diversos intereses en el marco de las distintas concepciones del capitalismo (Julio Alvear) ..... 225
- Constitución y contratos de seguro de salud (Nicolás Enteiche) ..... 245
- La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control (Carolina Matthei y Francisco Rivadeneira) ... 263
- Las indicaciones legislativas en el proceso de formación de la ley. Conflicto de constitucionalidad de las enmiendas que reemplazan íntegramente una iniciativa legal (Felipe Hermosilla y Alberto Jara) ..... 293
- La consagración del derecho de imagen –y sus vertientes– en la legislación española y la situación actual en la legislación chilena (Cristóbal Cerliani) ..... 321
- Los acuerdos de reorganización en la práctica actual (Ricardo Reveco y Francisco González) ..... 353
- Responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria y ley Ricarte Soto. Un análisis dogmático y jurisprudencial (Luis Acevedo y Esteban Carmona) ..... 379
- Algunas reflexiones sobre la acción de revisión civil, su naturaleza jurídica y los efectos que genera su estimación (Jaime Carrasco) ..... 407
- ¿Pueden las excepciones convertirse o ejercerse, derechamente como acciones? Una nueva forma de mirar a los sujetos procesales (bajo la pandemia Covid-19) (Raúl San Martín) ..... 431

- Estado actual de la discusión sobre la constitucionalidad del art. 387 del *Código Procesal Penal* (Ximena Marcazzolo)..... 449
- El injusto de la participación criminal (Pablo Castillo)..... 467
- Las donaciones y su especial tratamiento jurídico en momentos de calamidad pública (Felipe Lagos) ..... 493
- Impuesto a la tenencia del patrimonio neto o impuesto a la riqueza (Matias Pascuali) ... 517
- Estado de derecho y bloque de constitucionalidad ambiental. Segunda parte (Raúl Campusano e Ignacio Carvajal) ..... 529
- El derecho de admisión en la Ley n.º 19327 sobre derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional (Martín Briceño)..... 557

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.° 19, Universidad del Desarrollo, octubre de 2021 ..... 587
- Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, n.º 47/ septiembre de 2021..... 589

# PRESENTACIÓN

Durante el desarrollo del debate constitucional chileno se han mencionado diversas ideas para la futura Carta Magna que la Convención Constitucional le propondrá al país. Ideas tales como modificaciones al régimen político, a las libertades hoy reconocidas en la actual Constitución y a los derechos sociales, entre otras discusiones.

Sin embargo, todo este debate carecerá de la fuerza necesaria para crear las condiciones que permitan al país un progreso próspero e integral, si no se asegura un respeto irrestricto al Estado de derecho. Las reglas que se someterán a la decisión de la soberanía nacional no podrán consolidarse si una vez vigentes, el respeto por estas es irregular. Por el contrario, si los órganos del Estado someten su actuar a la Constitución (la actual y la futura) y las leyes y, ni aun a pretexto de situaciones extraordinarias se arrogan más atribuciones de aquellas que el ordenamiento jurídico les confiere, el anhelo de tener una sociedad más cercana al desarrollo se acercará.

Es por esta fundamental consideración que la actual revista, la n.º 45 de *Actualidad Jurídica*, ha querido relevar la lealtad con la institucionalidad, siendo este el tema central de esta edición. El respeto por el Estado de derecho es, y será, una condición imprescindible para el progreso de Chile.

Un elemento siempre importante dentro de la idea de Estado de derecho es la independencia del Poder Judicial y la influencia que los fallos del máximo tribunal tienen sobre la judicatura. Por lo mismo, este número comienza con el trabajo del doctor en derecho, profesor José Manuel Díaz de Valdés, con un breve recuento histórico que analiza la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema sobre elementos controvertidos de la nulidad de derecho público: legitimación activa y pasiva, causales, severidad del vicio invocado, supletoriedad de la acción y efectos de la misma.

A continuación, el profesor y también doctor en derecho, Sebastián Soto Velasco, junto a la abogada Magdalena Ortega, ahondan en el concepto mismo de Estado de derecho, entendiéndolo como una idea abstracta que requiere ser acotada, para lo cual entregan elementos que permitan comprender mejor esta noción, mediante una revisión que va desde el origen histórico de la misma, hasta la aplicación que ha tenido en las altas cortes de Estados Unidos y de Chile.

Respecto del trabajo de la Convención Constitucional, Natalia González nos permite conocer de aquellas situaciones que, a su juicio, resultan inquietantes respecto del actuar de la Convención, en particular a propósito

de las normas reglamentarias sobre las cuales esta regirá su actuar, ya sea porque el mandato constitucional parece sobrepasado o, bien, porque se anticipan discusiones de fondo sin la reflexión y prudencia que un debate de estas características merece.

Resulta conocida la idea de que conocer la historia impide repetir errores del pasado. Por lo mismo el trabajo del profesor Eduardo Andrades analiza el concepto de fraude constitucional desde sus orígenes hasta su aplicación actual. Para tal efecto, estudia los primeros casos bajo la vigencia de la Constitución de 1833, los sucesos de fraude bajo la Carta de 1925, las leyes de reforma agraria y la nacionalización de la gran minería del cobre, para terminar mediante una somera mirada al actual cambio constitucional chileno desde 2019 en adelante.

Dentro de esta discusión, el trabajo del abogado Sebastián Flores resulta ser un aporte de destacado valor por la práctica desde la cual plantea su análisis acerca de cómo la costumbre parlamentaria se desenvuelve a la hora de abordar los alcances de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en el debate legislativo. Todo lo cual lo complementa con pensadas conclusiones que ofrecen un profundo diagnóstico sobre las discusiones que se desarrollan en el Congreso Nacional.

Para cerrar el tema central, Catalina Melgarejo y Marín Canessa estudian el papel que pueden representar los derechos humanos frente al ejercicio del poder constituyente, en el marco del proceso chileno de elaboración de una nueva Constitución, ante una convención que, como ha sostenido la doctrina, tiene límites en su actuar. Los autores terminan este trabajo con una propuesta para contar con un estatuto más favorable a la garantía de los derechos humanos en la eventual nueva Constitución.

Se revisan las concepciones clásicas de poder constituyente, así como las doctrinas que analizan si este tiene límites o no. Luego, se postula que los derechos humanos forman parte esencial de la identidad del pueblo chileno, representando un contenido esencial e indisponible para el poder constituyente. Finalmente, se elaboran algunas propuestas destinadas a instaurar un estatuto más favorable a la garantía de los derechos humanos en la nueva Constitución.

Luego, en nuestra tradicional sección de estudios y ensayos, la doctora en derecho y profesora de nuestra facultad, Camila Boettiger, analiza el papel institucional del Estado respecto del derecho humano al agua y su saneamiento, en cuanto articulador de los usos del agua como bien nacional de uso público. Todo esto, dentro del contexto de una profunda crisis hídrica en la zona central del país y sus consecuencias prácticas como así también, jurídicas.

El doctor en derecho Julio Alvear, estudia los problemas del gobierno corporativo a la luz de las distintas concepciones del capitalismo empresa-

rial; mientras que, el profesor de nuestra Facultad, Nicolás Enteiche, aborda la tendencia de los tribunales superiores de justicia consistente en entrar a conocer y acoger acciones de protección en materia de contratos de seguro de salud, para así acercar el debate a la constitucionalización del derecho y a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, como motivos que explican las decisiones judiciales que se exponen.

Por su parte, Carolina Matthei y Francisco Rivadeneira identifican y sistematizan los requisitos exigidos por nuestros tribunales superiores de justicia para que un acto emanado de la Administración cumpla con el estándar de motivación suficiente, de conformidad a diversos pronunciamientos de la Corte Suprema entre los años 2014 y 2021.

Felipe Hermosilla y Alberto Jara abordan una interesante temática respecto al derecho legislativo: las indicaciones sustitutivas y su constitucionalidad. Este tipo de propuestas de modificaciones a un texto sometido a discusión parlamentaria, dada la indefinición del legislador al respecto, genera incertidumbre jurídica según los autores y, por lo tanto, abogan por determinar la naturaleza y alcances de este tipo de indicaciones contribuirá a garantizar una tramitación ordenada sobre la base de reglas claras y con pleno respeto al debido proceso aplicable a la formación de la ley.

En otras materias, Matías Cerliani desarrolla el tratamiento que ha recibido el derecho de imagen, señalando que este cuenta con dos vertientes, una positiva y otra negativa, que ambas recaen sobre la persona, pero sus alcances y efectos son diversos. Estas explicaciones se plantean sobre la base de conocidas jurisprudencias.

Ricardo Reveco y Francisco González se refieren a los acuerdos de reorganización en las empresas chilenas que han llegado a situaciones de *default* o incumplimiento, que las ha llevado a utilizar los mecanismos legales correspondientes y así ofrecer soluciones de pago satisfactorias a sus acreedores. Examen que no omite los casi siete años de vigencia de la Ley n.º 20720, sobre insolvencia y re-emprendimiento, para realizar una clasificación de los distintos objetos de reorganización judicial en Chile.

Los abogados Luis Acevedo y Esteban Carmona plantean un tema siempre vigente: el sentido y alcance que la falta de servicio del Estado implica y cómo la Ley Ricarte Soto pretende solucionar problemas de cobertura.

En cuanto a asuntos de derecho procesal, el profesor Jaime Carrasco señala que esta doctrina suele afirmar que la acción de revisión civil en el evento en que sea estimada, genera los efectos de la nulidad procesal. Sin embargo, su posición es que la acción de revisión no es una acción de nulidad procesal, sino que se trata de una acción constitutiva de impugnación de sentencias firmes y autónoma de la nulidad procesal.

También en el ámbito de esta rama del derecho, Raúl San Martín analiza las posibilidades que tiene el futuro demandado respecto de poder anticipar una defensa activa mediante el ejercicio de la acción, en calidad de demandante.

Por su parte, la profesora Ximena Marcazzolo aborda la permanente discusión de constitucionalidad que recae sobre el art. 387 del *Código Penal*, desde su dictación a la fecha y cómo esta ha derivado en una abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, debate atingente para la coyuntura en un asunto donde el consenso no está asentado.

Respecto de asuntos que corresponden al derecho penal, Pablo Castillo presenta de manera detallada la evolución que ha tenido en Alemania la discusión en torno al fundamento del castigo de las figuras de inducción y complicidad, revisando las teorías del injusto autónomo de la participación y sus defectos, para continuar después con los planteamientos que derivan el injusto del hecho principal.

En materia impositiva, Felipe Lagos expone un tema recurrente e importante para un país que debe enfrentar de forma frecuente desastres naturales: las donaciones con beneficios tributarios. Señala que, ante situaciones de calamidad pública, las donaciones son esenciales para ayudar a las personas afectadas a superarla, pues muchas veces los gobiernos no son capaces de enfrentar solos la emergencia. Para ello, señala cuáles son los instrumentos con que actualmente cuenta el ordenamiento jurídico nacional.

En esta misma rama del derecho, Matías Pascuali escribe sobre los impuestos al patrimonio, idea frecuente en el debate público actual. Estudia así qué comprende este tipo de tributos, los argumentos a favor y en contra de su establecimiento, los problemas de aplicación práctica y su finalidad. Termina su trabajo exponiendo ejemplos de este tipo de impuestos alrededor del mundo, revisando los casos en que se ha derogado y el nuevo impulso que ha tenido como medida excepcional que se ha propuesto con motivo de la situación de emergencia económica mundial, debido a la pandemia por Covid-19.

El profesor Raúl Campusano e Ignacio Carvajal presentan algunas reflexiones sobre el Estado de derecho respecto del derecho ambiental internacional 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. Este trabajo es la segunda parte del artículo "Estado de Derecho y bloque de constitucionalidad ambiental", publicado en el n.º 44 de esta revista, publicado en julio de 2021.

Finalmente, Martín Briceño hace una revisión íntegra al derecho de admisión que contempla nuestro ordenamiento jurídico para la prevención

y erradicación de la violencia de los espectáculos deportivos profesionales, sobre la base de la Ley n.º 19327 sobre derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, su reglamento y el protocolo de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, sin prescindir de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en la materia.

De esta manera, *Actualidad Jurídica* plantea, primero, distintos trabajos que iluminan la relevancia de la lealtad con la institucionalidad, para luego publicar trabajos de la más diversa índole, para así poder aportar a la discusión jurídica en materias constitucionales, tributarias y comerciales; en derecho administrativo y en los alcances de la regulación deportiva, todo con el fin de seguir aportando a robustecer el conocimiento del derecho y así, aportar al avance de una sociedad libre e informada.

EL DIRECTOR

# TEMA CENTRAL

## "Lealtad con la institucionalidad"

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

# JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA SOBRE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO

# THE SUPREME COURT'S RECENT CASE LAW ON PUBLIC LAW NULLITY

*José Manuel Díaz de Valdés J.*[*]

RESUMEN: Luego de un breve recuento histórico, este trabajo analiza la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema sobre elementos controvertidos de la nulidad de derecho público: legitimación activa y pasiva, causales, severidad del vicio invocado, supletoriedad de la acción y efectos de la misma.

PALABRAS CLAVE: Nulidad derecho público, Corte Suprema, jurisprudencia.

ABSTRACT: Following a brief historical background, this work analyses the recent Supreme Court's case law on controversial issues arising from the public law nullity: plaintiffs, defendants, grounds, severity of the legal flaw, supplementary use and legal consequences.

KEYWORDS: Public Law Nullity, Supreme Court, Case law.

## I. INTRODUCCIÓN

La nulidad de derecho público en Chile carece de un texto legal que la regule y, por tanto, ha sido desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia sobre la base de la interpretación de un conjunto de preceptos constitucionales. Entre las ventajas que se derivan de su especial configuración, está la de ser una institución que goza de mayor flexibilidad y que puede evolucionar en

[*] Doctor en Derecho (Oxford). Magíster en Derecho (Harvard, Cambridge, PUC). Investigador del Centro de Justicia Constitucional, UDD. Correo electrónico: jdiazdevaldes@udd.cl.
Agradezco la colaboración de Andrés Vodanovic E. y Vania González C.

el tiempo. Entre las desventajas, debemos reconocer el constante disenso sobre cuestiones tales como su naturaleza, causales, características y efectos, situación que genera cierta incerteza jurídica.

Así, como señala el actual Contralor General de la República, Jorge Bermúdez:

> "[...] después de una década dorada de los 90, en que la doctrina de la nulidad de derecho público campeaba casi sin contradicción, ha ido dando paso a un mayor cuestionamiento respecto de sus alcances, causales y fundamentos"[1].

Frente a los desacuerdos y cuestionamientos antes señalados, son los tribunales ordinarios de justicia los llamados, en última instancia, a resolver tales controversias en los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por tanto, no obstante la pervivencia de discusiones doctrinarias, y sin perjuicio de las convicciones personales del autor, para determinar el estado del derecho actual, resulta útil y conveniente revisar qué ha sostenido la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema.

Este trabajo comienza con una breve referencia al origen y evolución de la nulidad de derecho público en Chile, así como a su situación en la actualidad. Luego identifica pronunciamientos relativamente recientes de la Corte Suprema en un conjunto asuntos controvertidos de la institución examinada. Para ello se revisaron fallos emitidos entre los años 2018 y 2020, sin perjuicio de recurrir ocasionalmente a algunas sentencias anteriores[2].

## II. Origen y evolución de la nulidad de derecho público

La nulidad de derecho público surge en Chile a propósito de la Constitución de 1833[3], bajo la influencia de Mariano Egaña[4], quien la instituyó como un:

> "Remedio técnico jurídico que provee a una delimitación precisa de las atribuciones de cada autoridad pública, la cual para actuar necesita de

[1] Bermúdez (2010), p. 122.

[2] Es posible que existan otras sentencias, dictadas en el mismo periodo, que no hayan sido identificadas en este estudio.

[3] El art. 160 de la Constitución de 1833 establecía: "Ninguna majistratura, ninguna persona, ni reunión de personas, puede atribuirse, ni aun a pretesto de circunstancias estraordinarias, otra autoridad o derechos que los que espresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

[4] Bocksang (2006), p. 95.

> una previa y expresa atribución de poderes jurídicos que le haya confiado la Constitución y la ley"[5].

Si bien las ideas de este autor aparecen recogidas en su "Voto particular"[6], la adopción de las mismas por parte de la Constitución de 1833 genera controversia[7], con consecuencias que, según veremos, se arrastran hasta la actualidad.

En síntesis, esta institución nace como:

> "Un mecanismo jurídico sancionador fundamental del derecho público. Consistiría en la ineficacia de los actos estatales dictados en contravención al principio de juridicidad contemplado en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República"[8].

Desde ese entonces, la nulidad de derecho público siempre se ha considerado como una acción de origen y rango constitucional. Como contrapartida, no han existido en nuestro derecho regulaciones legislativas de esta institución, por lo que han sido la doctrina y la jurisprudencia quienes se han encargado de ir perfilando y desarrollando las características y alcances de la nulidad de derecho público.

Como explica Ricardo Concha:

> "La nulidad en el derecho público chileno es una construcción dogmática diseñada a base de la Constitución Política. De allí que ha adquirido características y una fisonomía propia. Cuestión que ha sido permanente, desde la vigencia de la Constitución de 1833, luego con la Constitución de 1925, y ahora bajo la vigencia de la Constitución Política de 1980. [...] Ahora bien, a falta de una reglamentación, la dogmática publicista se ha encargado de perfilar un régimen jurídico para la nulidad administrativa. Todo ese desarrollo dogmático y jurisprudencial constituye la propia teoría de la nulidad en el derecho público chileno"[9].

Bajo el imperio de la Constitución de 1925[10], se va desarrollando progresivamente una teoría más general sobre la nulidad de derecho público, desde una interpretación holística de diversos contenidos explícitos e implícitos de

---

[5] Soto (1990), p. 18.

[6] Presentado el 12 de mayo de 1832 como proyecto de reforma de la Constitución de 1828 a la Gran Convención, de la cual saldría la Carta de 1833, véase Soto (1990), p. 15.

[7] Bocksang (2006), pp. 91-116.

[8] Jara (2004), p. 29.

[9] Concha (2013), pp. 100-101.

[10] Esta mantuvo el tenor de la norma contenida en la Carta de 1833. Así, su art. 24 consagraba: "Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo".

la Constitución de 1925[11]. Destaca al respecto la obra de Mario Bernaschina[12], quien reafirma la necesidad de distinguir el régimen de nulidad de derecho público de aquella nulidad propia del derecho privado[13]. Sobre esta diferenciación, se postula que los actos nulos de derecho público son ineficaces en cuanto acto jurídico, no ratificables ni saneables por el paso del tiempo. Adicionalmente, la nulidad no requeriría declaración judicial, salvo excepción legal expresa. Así, "la nulidad sería de eficacia ipso iure, y además imprescriptible"[14].

Sin embargo, frente a esta tesis, existía otra posición doctrinal que rechazaba que la nulidad de derecho público operara *ipso iure*, o que el acto anulable de derecho público fuera inexistente[15].

La Constitución de 1980 continuó la tradición de sus antecesoras, en cuanto a no consagrar expresamente la nulidad de derecho público, la acción correspondiente, su procedimiento, características, etc. A su vez, el legislador tampoco ha asumido la tarea de regular esta institución. En consecuencia, la teoría de la nulidad de derecho público continúa siendo, en Chile, un desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto:

> "Mientras en los países europeos, especialmente en Alemania, España e Italia, existe un desarrollo jurídico, positivo y doctrinal, abundante y de importancia, de tal manera que puede hablarse con propiedad de que existe un sistema o teoría de Nulidad de Derecho Público, en Chile las normas que la Carta Política y la ley consagran son más bien escasas e insuficientes. Este hecho origina una gran dificultad para entender cuál es y en qué consiste el régimen o sistema de Nulidad de Derecho Público"[16].

Como consecuencia de lo anterior, subsiste en nuestro sistema una dosis de incertidumbre sobre la institución en examen, especialmente en cuanto a sus efectos.

## III. Concepto actual de la nulidad de derecho público

La nulidad de derecho público es una sanción establecida por la C*onstitución Política de la República* (la "Constitución") para aquellos actos dictados en

[11] Agüero (2017), p. 232.
[12] Bernaschina (1950), p. 401 y ss. y Bernaschina (1949), pp. 549-559.
[13] Concha (2013), p. 102.
[14] *Ibid*.
[15] Silva (1955), p. 145; Aylwin (1958).
[16] Reyes (1997), p. 383.

su contravención, particularmente en cuanto vulneraciones de su artículo séptimo. Así lo han reconocido la jurisprudencia y la doctrina.

En efecto, la Corte Suprema ha confirmado reiteradamente lo anterior, declarando:

> "Que como es sabido la nulidad de derecho público *constituye una sanción de ineficacia jurídica que puede afectar a un acto en que la autoridad* que lo dicta hubiere actuado sin la previa investidura regular de su o sus integrantes, fuera de la órbita de su competencia, o que no se haya respetado la ley en lo tocante a las formas por ella determinada, o sin tener la autoridad conferida por ley; o también que se hubiera violado directamente la ley en cuanto a su objeto, motivos o desviación de poder; vale decir, debe haber producido algún vicio que produzca la referida sanción"[17] (el destacado es nuestro).

Asimismo, el Máximo Tribunal ha conceptualizando a la nulidad de derecho público como:

> "La sanción de ineficacia jurídica que afecta a aquellos actos de los órganos del Estado en los que faltan algunas de las exigencias que el ordenamiento requiere para su existencia y validez"[18].

En términos similares, la doctrina explica que la nulidad de derecho público:

> "Tiene una función clara y evidente, cual es reforzar las normas imperativas que los incisos segundo y tercero [del art. 7.° de la Constitución] han establecido. Si esas proposiciones normativas se transgreden, la Constitución recurre a la nulidad como sanción, para declarar que: 'todo acto en contravención a este artículo es nulo…'. La norma no califica a esta nulidad, simplemente declara que ella se produce. La nulidad, entonces, emerge como una fiel servidora de la ley –la Constitución en este caso– en cuanto se le convoca para declarar sin valor al acto que se ha ejecutado en contravención al artículo 7° de la Carta Fundamental"[19].

En consecuencia, lo esencial de la institución en estudio es que:

i) se trata de una sanción,
ii) es consecuencia de la vulneración del ordenamiento jurídico y
iii) afecta actos jurídicos de órganos públicos.

---

[17] Corte Suprema (2012), rol n.º 5225-2009, considerando 7.º. Más recientemente, véase Corte Suprema (2017), rol n.º 82459-2016.

[18] Corte Suprema (2018), rol n.º 41987-2017, considerando 5.º. En el mismo sentido: Corte Suprema (2019), rol n.º 41724-2017, considerando 7.º.

[19] Baraona (2007), p. 74.

Procesalmente, esta institución se hace valer mediante la acción de nulidad de derecho público, un mecanismo procesal que permite recurrir ante los tribunales de justicia para que declaren o constaten la nulidad de derecho público de un acto. Tal y como señala Iván Aróstica, expresidente del Tribunal Constitucional, se trata de:

> "La vía judicial destinada a obtener la declaración de invalidez de "todo acto" de la administración, sin excepción, por haber incurrido su autor en alguna, cualquiera, transgresión al ordenamiento jurídico en vigor"[20].

Asimismo, Gustavo Fiamma ha conceptualizado la acción de nulidad de derecho público como:

> "Un poder o una facultad de accionar ante los tribunales que tiene toda persona pretendiendo la nulidad de un acto administrativo, y por otro representa la obligación del tribunal de proveer y fallar sobre el fondo inexcusablemente, otorgando protección al derecho si es del caso mediante la declaración formal y expresa de nulidad del acto en contra del cual se recurre"[21].

Como mencionábamos, la acción en comento no cuenta con regulación legislativa, sino que es el resultado de una creación doctrinal y jurisprudencial a partir de los arts. 6, 7, 19 n.° 3, 38 y 76 de la Constitución.

## IV. Tendencias jurisprudenciales actuales Corte Suprema

### *1. Legitimación activa*

Como ha señalado la Corte Suprema:

> "La legitimación activa o pasiva es un presupuesto indispensable de la relación procesal. Interesa destacar que la legitimación no es un requisito para el ejercicio de la acción, sino para su admisión en la sentencia, cuestión que debe ser establecida por el juez *aun cuando las partes del pleito no hayan enarbolado entre sus defensas la falta de legitimación activa o pasiva o lo hicieren extemporáneamente. En efecto, si de la prueba rendida no resulta la legitimación activa o pasiva, la sentencia rechazará la demanda*"[22] (el destacado es nuestro).

[20] Aróstica (2001), p. 130.
[21] Fiamma (1991), p. 350.
[22] Corte Suprema (2020) rol n.° 8324-2019, considerando 12.°.

Existen dos posturas principales a este respecto. En primer término, están quienes afirman que la acción de nulidad de derecho público se encuentra destinada al mantenimiento de la legalidad objetiva, y como tal, no requeriría al demandante demostrar un interés especial. Una versión de esta postura es la defendida por Gustavo Fiamma, quien señala que la acción de nulidad de derecho público protege el derecho subjetivo a vivir bajo el imperio de la ley, por tanto, toda persona contaría con legitimación activa para interponerla[23].

En contrario, hay quienes exigen que el demandante, como es la regla general en nuestro derecho, sea capaz de invocar un interés directo y específico en la materia objeto de la acción de nulidad de derecho público. Esta es la línea que se ha ido asentando en la jurisprudencia de la Corte Suprema, restringiendo la legitimación activa de la acción de nulidad de derecho público, particularmente a la luz de los efectos patrimoniales que se buscan por su medio. Por consiguiente, se exige a la demandante demostrar la afectación de un derecho subjetivo o, al menos, de un interés cualificado[24] (o situación especial de hecho amparada por el ordenamiento jurídico)[25].

En efecto, señala la Corte Suprema:

> "En el sistema nacional dicha evolución se ha consolidado con la entrada en vigencia de la Constitución de 1980 y el reconocimiento expreso de la "lesión de derechos" como elemento central de su configuración

[23] Fiamma (1991), pp. 91-98.

[24] Corte Suprema (2020), rol n.º 29002-2019.

[25] Véase Corte Suprema (2008), rol n.º 1428-2007; Corte Suprema (2009), n.º 5553-2007 y Corte Suprema (2008), n.º 3011-2006. El considerando 13° de esta última, al referirse al sustento doctrinario de esta exigencia, declara: "Que en lo pertinente a la casación, cabe señalar que en doctrina se ha definido la legitimación activa en el Derecho Procesal Administrativo, como una "situación jurídica subjetiva derivada de la relación jurídica que se establece entre un sujeto de derecho y la Administración Pública con ocasión de un acto administrativo, por ser dicho sujeto de derecho el destinatario del acto o por encontrarse en una particular situación de hecho frente a la conducta de la Administración, que hace que el ordenamiento jurídico proteja particularmente su interés en la legalidad de la actividad administrativa" (Brewer-Carías, Allan R. "Aspectos de la legitimación activa en los recursos contencioso-administrativos contra los actos administrativos de efectos particulares", *Revista de Derecho Público*, n.º 16, Caracas, 1983, pág. 227 ss. citado por el profesor Jaime Jara Schnettler en su obra "La Nulidad de derecho público ante la Doctrina y la Jurisprudencia", Editorial Libromar, 2004, pág. 221 y ss), de lo que se sigue que en el ámbito contencioso-administrativo sólo pueden intentar la acción de nulidad los sujetos que resulten directamente afectados por el acto administrativo, esto es, aquéllos que tuvieren un derecho subjetivo o interés cualificado (legítimo) en su anulación, como sostiene el citado autor, coincidiendo con la mayoría de la doctrina (señores Pedro Pierry, Urbano Marín, Jorge Reyes, entre otros distinguidos administrativistas) y la reiterada jurisprudencia de esta Corte" (énfasis agregados).

institucional [...]. La doctrina y jurisprudencia han ido estableciendo la necesidad de que las acciones invalidatorias *afecten o lesionen derechos subjetivos o intereses cualificados, de manera que sólo podrán ejercerlas quienes se encuentren en una situación de esta naturaleza*. De manera que pueden demandar tal nulidad no solo aquellos que se vean privados de un derecho subjetivo por un acto ilegal, sino además aquellos en que la actuación atente contra un interés cualificado. *Lo anterior descarta la acción popular como legitimación general para incoar una acción de esta naturaleza*. Al respecto, conviene recordar al autor Jaime Jara Schnettler, quien señala que: el solo propósito de tutelar el derecho a la legalidad no basta como sustrato para legitimar a un individuo en el ejercicio de una acción anulatoria general. ("La Nulidad de derecho público ante la Doctrina y la Jurisprudencia". Editorial Libromar. 2004. Pg. 220)"[26] (el destacado es nuestro).

Esta regla jurisprudencial ha sido identificada por la doctrina especializada, señalándose:

"*La legitimación activa para demandar ésta [la nulidad de derecho público] ante los tribunales está dada por la titularidad de un derecho subjetivo o un interés cualificado*. Así, podrían demandar la nulidad de un acto administrativo no solo aquellos que se vean privados de un derecho subjetivo por un acto ilegal, sino además aquellos cuya actuación atente contra un interés cualificado. Lo anterior supone, en primer lugar, *la exclusión de la acción popular como legitimación general para incoar una acción de nulidad de derecho público*"[27] (el destacado es nuestro).

En la misma línea, afirma Ricardo Concha:

"Respecto de la titularidad de la acción de nulidad, ha estado *lejos de concebirse como de legitimidad activa objetiva*, a este respecto la jurisprudencia

[26] Corte Suprema (2018), rol n.º 35.064-2017. En un fallo reciente, y atendiendo nuevamente a la distinción de las acciones de nulidad, la Corte Suprema ha afirmado, en relación con el interés necesario para ejercer las acciones "por exceso de poder": "En esta labor, ha resuelto esta Corte, en juicios de igual naturaleza, que debe existir más que un simple interés legítimo, pues es necesaria una afectación más intensa y directa que para aquellos casos en que se ejerce una acción que se ajusta plenamente a lo que la doctrina denomina recurso por exceso de poder. Sin embargo, lo reseñado, no implica exigir la existencia de un derecho subjetivo lesionado, sino que más bien se trata de una situación intermedia, en que el acto que se trata de impugnar afecte directamente al sujeto que acciona, en razón de las ilegalidades que se atribuyen, afectando de esta manera su situación jurídica, descartando que se trate de una acción popular": Corte Suprema (2020), rol n.º 29004-201.

[27] Ferrada (2010), p. 194.

> ha entendido que la titularidad de la acción le corresponde a quien se le ha vulnerado un interés, el que la jurisprudencia ha configurado como un derecho. De modo *que la legitimidad activa en materia de acción de nulidad, en términos prácticos, únicamente le corresponde a quien se le han lesionados sus derechos subjetivos*"[28] (el destacado es nuestro).

Sin embargo, la Corte ha ido más allá, incorporando progresivamente exigencias y calificaciones al derecho o interés[29] que justificarían la legitimación del demandante de nulidad de derecho público. Así, se ha ido exigiendo que el interés alegado sea legítimo, personal y directo[30], lo que, a su vez, redunda la carga de probar la configuración de un perjuicio cierto, concreto y real:

> "[...] en virtud del principio de trascendencia que gobierna la declaratoria de nulidad, pas de nullité sans grief, según el cual no hay nulidad sin perjuicio, por lo que no basta con denunciar irregularidades o que éstas efectivamente se presenten en el proceso, sino que se debe demostrar que inciden de manera concreta en el quebranto de los derechos de los sujetos procesales. *El perjuicio sufrido debe ser cierto, concreto, real* y sólo puede decir relación con el interés jurídico explicitado en la defensa esgrimida en autos, para lo cual no sólo se debe atender a lo resolutivo de la sentencia, sino que al efecto de ella"[31] (el destacado es nuestro).

En consecuencia, la legitimación activa de la nulidad de derecho público es hoy restringida, e impone al demandante:

i) probar una afectación de sus derechos, o al menos, de algún interés especialmente relevante;
ii) probar que tal derecho o interés es legítimo, personal y directo y
iii) acreditar la existencia de un perjuicio cierto, concreto y real.

---

[28] Concha (2013), p. 107.

[29] Incluso, hasta el punto de exigir "un interés de dicha naturaleza [subjetivo], es decir, que sea de una envergadura tal que pueda considerarse que el acto que se impugna lesiona un derecho", Corte Suprema (2017), rol n.º 82459-2016.

[30] Adicionalmente, vinculándolo con el caso del Reclamo de Ilegalidad Municipal –considerado por esta misma jurisprudencia como una especie de nulidad de derecho público– la Corte Suprema ha ido exigiendo elementos adicionales para calificar el interés del reclamante, como el pertenecer al "círculo de intereses suficientes" y cercanía "local" o relación de conexión con la comunidad respectiva. En este sentido, véase Corte Suprema (2020), rol n.º 29002-2019; Corte Suprema (2016), n.º 14910-2016; Corte Suprema (2016), n.º 43411-2016; Corte Suprema (2019), n.º 22221-2018; Corte Suprema (2018), n.º 34588-2017; Corte Suprema (2016), n.º 9969-2015; Corte Suprema (2016), n.º 43.411-2016.

[31] Corte Suprema (2013), rol n.º 3078-2013. En el mismo sentido, Corte Suprema (2014), rol n.º 25701; Corte Suprema (2014), n.º 14276-2014; Corte Suprema (2015), n.º 29546-2014.

### *2. Legitimidad pasiva*

La acción de nulidad de derecho público se puede intentar contra cualquiera de los sujetos jurídicos administrativos que integran la administración del Estado[32]. No procede, por tanto, en contra de actos del legislador o de los tribunales de justicia.

La principal innovación en esta materia tiene relación con la necesidad de emplazar no solo al organismo emisor del acto que se impugna, sino, también, de los terceros que pudieran verse directamente afectados por la eventual declaración de nulidad ese acto.

Es así como la Corte Suprema ha sostenido:

> "Tratándose de una acción de nulidad de derecho público, cuyo objeto es la anulación de un acto administrativo que constituyó derechos a favor de terceros, resulta claro que la demanda debe ser dirigida tanto contra la autoridad que emitió el acto *como contra las personas cuyos derechos o intereses pudieran quedar afectados por las pretensiones del demandante. Si falta alguno de ellos, la relación procesal será defectuosa* y el juez no podrá entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto"[33] (el destacado es nuestro).

Evidentemente, la extensión de este criterio puede prestarse a discusión, toda vez que no siempre es meridianamente claro, como sí lo es en el caso del fallo transcrito, quienes resultan directamente afectados por la nulidad en cuestión.

### *3. Causales*

Existe cierta controversia acerca de las causales o vicios por las cuales procedería la nulidad de derecho público. Así, hay quienes afirman que la nulidad de derecho público solo se aplica a actos que adolezcan de los vicios de validez establecidos en el art. 7 inciso primero de la Constitución[34]. Estos son:

i) investidura regular de quién dicta el acto,
ii) actuación dentro de su competencia y
iii) cumplimiento de las formalidades establecidas por la ley[35].

---

[32] Art. 1.° inciso 2.° de la Ley n.° 18575: "La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las 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".

[33] Corte Suprema (2020), rol n.° 29002-2019, considerando 9.°.

[34] Corte Suprema (2006), rol n.° 3132-2005, considerando 14.°.

[35] Concha (2013), p. 106.

La posición contraria señala que la nulidad de derecho público no se limita a las causales señaladas. De esta forma, se incorporan distintos listados de vicios (por ejemplo, violación de la ley de fondo o material, desviación de poder, entre otros)[36], hasta quienes llegan a afirmar que esta nulidad procede, en general, por cualquier vulneración del Principio de Legalidad o Juridicidad[37].

La jurisprudencia de la Corte Suprema no ha sido plenamente coherente en este punto. Así, existen fallos contradictorios respecto de las causales de violación de la ley de fondo atinente a la materia (su objeto o motivos) o existencia de desviación de poder[38], entendido como:

> "El vicio que afecta a aquella decisión administrativa, que ha sido dictada por la autoridad competente, teniendo en vista un fin diverso de aquel para el cual el acto podía ser dictado"[39].

Así, existen fallos en que la Corte Suprema estimó que la violación de la ley de fondo no constituía una causal de nulidad de derecho público, señalando:

> "Que en esta constatación, cabe concluir que solo es base de la presente nulidad de derecho público, la violación de la ley, lo que según la doctrina se refiere a la legalidad interna del acto, es decir, se trata del quebrantamiento del ordenamiento jurídico que descarta las vulneraciones de incompetencia, investidura y forma y, por esta sola circunstancia, *aparte que tal infracción en sentido estricto no es sancionable con la nulidad de derecho público*, ni tampoco se halla contenida en el artículo 7º de la Constitución [...] Por consecuencia, *si la base de la demanda es la acción de nulidad de derecho público, deberá estarse al quebrantamiento de los componentes de juridicidad a que se refiere el artículo 7º del Estatuto Constitucional*"[40] (el destacado es nuestro).

Otro ejemplo ilustrativo es el siguiente, donde una de las razones para rechazar la acción es que:

---

[36] Cordero (2013), pp. 195-203; Pierry (2017), p. 243.

[37] Bocksang (2013), pp. 299-1314.

[38] Sin perjuicio de que, en el pasado (por ejemplo, Corte Suprema (2006), rol n.º 3132-2005), el Tribunal Supremo estimó que la violación de la ley de fondo no constituía una causal de nulidad de derecho público, tal postura ha sido abandonada, tal como se advierte de la revisión de los fallos ya citados, dictados entre 2011 y 2020. Ejemplos ilustrativos en Corte Suprema (2012)rol n.º 598-2010 y Corte Suprema (2014), n.º 17285-2013.

[39] Pierry (1984), p. 481.

[40] Corte Suprema (2006), rol n.º 3132-2005, considerando 14.º. En el mismo sentido: Corte Suprema (2015), rol n.º 7259-2015, considerando 10.º.

> "La nulidad de derecho público constituye una sanción para los actos expedidos por alguna autoridad u órgano del Estado que contengan vicios que los hagan incurrir en vulneración de los artículos 6 o 7 de la Constitución Política de la República. Por lo tanto, para que dicha forma de sanción pueda imponerse, esto es, que se prive de efectos jurídicos a un acto de algún órgano del Estado, sería menester que éste hubiera actuado sin la previa investidura regular de su o sus integrantes, fuera de la órbita de su competencia, o que no se haya respetado la ley en lo tocante a las formas por ella determinada. En la especie, sin embargo, nada de ello se invoca"[41].

Por lo mismo, una parte de la doctrina ha considerado que esta última postura restringida sería la vigente en el derecho nacional:

> "En cuanto al vicio de legalidad material o vulneración del principio de juridicidad, la Corte Suprema ha limitado las causas de la nulidad a los vicios de investidura, competencia y de forma, establecidos en el artículo 7° de la Constitución, excluyendo el irrespeto de la legalidad material de las causales y, en consecuencia, restándose de la nulidad de derecho público el carácter de cláusula general de anulación por vulneración del principio de legalidad"[42].

En contrario, existen fallos de la misma Corte Suprema que se han apartado de esta tesis restrictiva de las causales de nulidad de derecho público. Por ejemplo, este tribunal ha señalado:

> "[…] *los sentenciadores del grado efectivamente incurrieron en error al estimar que la nulidad de derecho público no puede sustentarse en una errónea aplicación de ley*, puesto que como reiteradamente lo ha sostenido esta Corte, los vicios que pueden eventualmente provocar la nulidad de un acto administrativo son: la ausencia de investidura regular del órgano respectivo, la incompetencia de éste, la inexistencia de motivo legal o motivo invocado, la existencia de vicios de forma y procedimiento en la generación del acto, *la violación de la ley de fondo atinente a la materia y la desviación de poder*"[43] (el destacado es nuestro).

En términos cuantitativos, esta última postura estaría cimentada sobre una mayor cantidad de fallos[44].

---

[41] Corte Suprema (2012), rol n.° 7530-2009, considerando 16.°.

[42] Concha (2013), p. 106.

[43] Corte Suprema (2014), rol n.° 17285-2013.

[44] Corte Suprema (2020), rol n.° 19272-2018. En el mismo sentido Corte Suprema (2018), rol n.° 34277-2017; Corte Suprema (2017), rol n.° 82459-2016; Corte Suprema (2014), rol n.° 10849-

En definitiva, si bien la Corte Suprema pareciera hoy inclinarse hacia la extensión de las causales de nulidad de derecho público más allá de los tres requisitos explícitos de validez del art. 7 de la Constitución, subsiste una cuota de incertidumbre en la materia.

*4. Severidad del Vicio*

También se ha discutido en torno a la severidad que debiera tener el vicio que afecta un acto administrativo para que dé lugar a la nulidad del mismo. A este respecto, existen autores que sostienen que cualquier vicio jurídico del acto en cuestión, sin distinción, redunda, de pleno derecho, en su nulidad de derecho público, ya que lo contrario sería aceptar que actos dictados en violación de la Constitución pueden producir efectos jurídicos válidos[45].

La postura contraria exige que el vicio ostente cierta gravedad[46]. En efecto, la nulidad de derecho público sería una sanción severa que solo debe aplicarse por el juez en caso de existencia de vicios también severos. En las demás situaciones, el acto podría ser corregido, si es que ello es necesario.

Así, la doctrina ha sostenido:

> "Hay ciertos vicios que no dan lugar a la anulabilidad por tratarse de defectos de menor entidad como serían irregularidades de forma que no priven al acto de los requisitos indispensables para alcanzar un fin ni originen la indefensión de los interesados. En este caso, habrá un acto irregular pero válido"[47].

En la misma línea, Eduardo Cordero explica:

> "En buenas cuentas, para nuestro legislador y para nuestra jurisprudencia el régimen general no sería la nulidad, sino la anulabilidad de los actos administrativos [...] una construcción coherente del régimen de la nulidad exige establecer una relación directa entre la gravedad del vicio y la sanción que se ha de aplicar. En el caso chileno, las normas legales reconocen claramente la anulabilidad como el régimen general, tal como lo hemos señalado. Así, un acto administrativo que adolezca de un vicio o ilegalidad es en principio anulable. Sin embargo, a partir

2014; Corte Suprema (2014), rol n.º 17285-2013; Corte Suprema (2013), rol n.º 6364-2012; Corte Suprema (2012), rol n.º 2181-2010; Corte Suprema (2011), rol n.º 900-2009; Corte Suprema (2012), rol n.º 598-2010; Corte Suprema (2018), rol n.º 41987-2017, considerando 6.º; Corte Suprema (2019), rol n.º 29535-2018; Corte Suprema (2019), rol n.º 29094-2018 y Corte Suprema (2012), rol n.º 5225-2009, considerando 7.º.

[45] Soto (1990), pp. 11-25.

[46] Concha (2013), p. 105.

[47] Reyes (1997), p. 389.

de dicha regla general se puede establecer una gradación, considerando la gravedad de la infracción"[48].

Esta postura encuentra sustento normativo en el art. 13 de la Ley n.° 19880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, el cual dispone en su inciso segundo:

> "El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado".

En cuanto a la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, esta ha optado por la postura de que la nulidad de derecho público solo procede respecto de vicios de entidad relevante. En efecto, ha señalado:

> "No está demás señalar que *no toda ilegalidad de un acto administrativo lleva aparejada su nulidad*, por cuanto uno de los dogmas que informan la nulidad de derecho público es el de conservación, cuyo fundamento radica en que *revistiendo la nulidad el carácter de remedio excepcional frente a la ilegalidad de un acto administrativo, sólo será procedente si el vicio es grave y esencial*, como prescribe el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 19.880 de 2003, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. Subyacen a este axioma de conservación otros adagios generales del Derecho como la confianza legítima que el acto genera, así como a buena fe de los terceros, el respeto a los derechos adquiridos y la seguridad jurídica. *Es así como no cualquier irregularidad o defecto justifica la declaración de nulidad, sino cuando dicha anomalía atropelle las garantías de los administrados*"[49] (el destacado es nuestro).

Esta doctrina judicial, reiterada en múltiples fallos[50], establece que la nulidad de derecho público solo procede si se dan dos requisitos copulativos:

i) El vicio debe ser grave y esencial.
ii) El vicio supone el atropello de las garantías de las personas.

---

[48] Cordero (2013), p. 199.

[49] Corte Suprema (2018), rol n.° 41987-2017, considerando 7.°. En el mismo sentido véase Corte Suprema (2019), rol n.° 29094-2018, considerando 18°.

[50] Véase Corte Suprema (2020), rol n.° 18766-2019; Corte Suprema (2019), rol n.° 41724-2017; Corte Suprema (2019), rol n.° 29535-2018; Corte Suprema (2015), rol n.° 2850-2015; Corte Suprema (2015), n.° 2614-2015; Corte Suprema (2015), rol n.° 32091-2014; Corte Suprema (2019), rol n.° 29094-2018, considerando 18.°.

En caso de no verificarse estas dos premisas, lo que primaría es principio de conservación del acto administrativo. Siguiendo la regla general de nuestro derecho (art. 1688 del *Código Civil*), recaería sobre el demandante la carga probatoria de estas circunstancias.

*5. Carácter Supletorio*

Se ha discutido si la acción de nulidad de derecho público es o no supletoria; en otras palabras, si es posible interponerla cuando existen otras acciones contencioso-administrativas especiales para la impugnación de determinados actos de órganos del Estado.

En esta materia también existen posiciones doctrinarias contrapuestas. Un sector sostiene que la:

> "Sola consagración a nivel legal (de acciones contencioso-administrativas) no impide al afectado optar por entablar, en vez de éstas, o un recurso de protección o una acción general de nulidad de derecho público, porque al estar estos últimos consagrados en la Carta Fundamental, quedan amparados por el principio de que ninguna norma con rango simplemente legal puede enervar la aplicación de un precepto de jerarquía constitucional"[51].

La postura contraria sostiene:

> "Al existir vías específicas de reclamación contra el acto impugnado deben prevalecer dichos procedimientos antes que el ejercicio de la acción genérica de nulidad de derecho público"[52].

En esta materia ha ocurrido una de las evoluciones jurisprudenciales más relevantes. Es así como aquella ha limitado sustancialmente la procedencia de la acción de nulidad de derecho público, configurándola como una acción supletoria o "residual", frente a la ausencia de otras acciones contenciosas administrativa contra el acto en cuestión.

Las sentencias que establecen esta doctrina jurisprudencial son abundantes. Es más, el lenguaje utilizado por la Corte Suprema se ha estandarizado y tiende a repetirse en forma idéntica –o al menos sumamente similar– entre los diversos pronunciamientos. Así, señala la Corte:

> *"La denominada 'acción de nulidad de derecho público' por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia, es entonces, toda acción contencioso-admi-*

[51] Aróstica (2008), p. 86.

[52] Corte Suprema (2014) rol n.º 8742-2014, considerando 7.º.

> *nistrativa encaminada a obtener, por parte de un tribunal de la República, la anulación de un acto administrativo*. Esta acción contencioso administrativa, o acciones contencioso administrativas, pueden encontrarse establecidas por el legislador para situaciones concretas y en materias determinadas, como es el caso de los casi doscientos procedimientos de reclamo contra la aplicación de sanciones administrativas; así como lo es también el contemplado en el artículo 151 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades [...] C*uando existe una acción contenciosa administrativa 'de nulidad de derecho público' contemplada en la ley, se aplica ésta y con el procedimiento allí establecido, y no otra. Sin embargo, si la ley no contempla ningún procedimiento o acción especial para impugnar el acto administrativo solicitando su anulación, se puede utilizar el procedimiento del juicio ordinario* (Como se ha dicho, verbi gracia, en los autos de esta Corte Roles N° 3.412-2015, N° 23.587-2015, N° 17.405-2016 y N° 35.585- 2016)"[53] (el destacado es nuestro).

Nótese que esta sentencia trata dos cuestiones fundamentales. En primer término, sitúa a la acción de nulidad de derecho público dentro del género de acciones contenciosas administrativas que permiten solicitar la anulación (este vocablo destaca el carácter declarativo de la sentencia) de un acto administrativo. Tales acciones cuentan con procedimientos establecidos en la ley y deben aplicarse con preferencia.

En segundo lugar, declara la Corte Suprema, que solo cuando no existan dichas acciones especiales de anulación correspondería utilizar la acción de nulidad de derecho público, la que, al no contar con un procedimiento legal establecido, debe recurrir al procedimiento propio del juicio ordinario.

Otro ejemplo ilustrativo es el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema:

> "Noveno: [...] la cuestión jurídica esencial planteada en él estriba en dilucidar sí es posible ejercer la acción de nulidad de derecho público respecto de un acto emanado de un órgano de la Administración del Estado, pese a existir un mecanismo de impugnación expresamente establecido en la ley.
>
> Duodécimo: Que por otra parte en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra contemplada una sanción general, que es la nulidad de derecho público y cuyo procedimiento se ha determinado que es el ordinario, el

[53] Véase Corte Suprema (2018), rol n.º 34277-2017. En este mismo sentido –además de los fallos citados por la propia Corte–, véanse Corte Suprema (2020), rol n.º 18204-2019; Corte Suprema (2020), rol n.º 18766-2019; Corte Suprema (2019), rol n.º 29535-2018; Corte Suprema (2018), rol n.º 20601-2018; Corte Suprema (2018), rol n.º 41987-2017; Corte Suprema (2018), rol n.º 35237-2017 y Corte Suprema (2017), rol n.º 302-2017.

> que tiene las características de *ser general y supletorio respecto de aquellos casos en que no existe un procedimiento especial de impugnación*.
>
> Décimo tercero: [...] *de modo que no era posible entablar una acción de nulidad de derecho público en contra de una resolución que admite un recurso especial para reclamar de ella*. Esto significa que se aplicó un procedimiento distinto al establecido por la ley para la resolución del conflicto" (el destacado es nuestro)[54].

Queda entonces clara la posición de la Corte Suprema, en cuanto a que la acción de nulidad de derecho público solo pude deducirse cuando el ordenamiento jurídico no ha establecido una acción o recurso especial para reclamar la nulidad del acto impugnado.

### 6. *Efectos de la nulidad de derecho público*

Sobre este punto existen también dos posturas principales. Una fue desarrollada primordialmente por Eduardo Soto Kloss, sobre la base de principios y normas, explícitas e implícitas, de la Constitución de 1980[55]. Afirma:

> "La nulidad de derecho público opera de pleno derecho en nuestra Constitución, ipso iure; el acto que contraviene el artículo 7°, sea que haya sido dictado por órgano sin investidura, o sin competencia o violando el procedimiento legal establecido o sin que exista procedimiento legal para actuar, no es acto jurídico (ley o acto administrativo), 'es nulo', y por tanto ni siquiera ha entrado como tal acto jurídico al ordenamiento; es una mera 'vía de hecho', que originará las responsabilidades consecuenciales, a saber del estado, y la personal del funcionario que lo dictó"[56].

En consecuencia, el acto en cuestión nunca habría nacido a la vida del derecho, luego, la nulidad sería una suerte de inexistencia que ocurriría *ab initio*, ya que el vicio del que adolecería el acto lo situaría al margen del derecho.

La postura contraria sostiene que la nulidad de derecho público no opera de pleno derecho[57], sino que debe ser declarada por los tribunales de justicia. Ausente esa declaración, el acto en cuestión es válido, aun cuando adolezca de un vicio[58].

Uno de los principales exponentes de esta doctrina es el exministro de la Corte Suprema, Pedro Pierry, para quien "el juez no constata ninguna nuli-

[54] Corte Suprema (2012), rol n.º 7530-2009.
[55] Agüero (2017), p. 232.
[56] Soto (1996), p. 101. Véase también Boscksang (2006), pp. 91-116.
[57] Concha (2013), p. 105.
[58] Pierry (2017), pp. 233-245.

dad: el juez tiene que anular el acto. El acto existe"[59]. Más aun, la posibilidad de recurrir a la justicia ordinaria para obtener la declaración de la nulidad –y reclamar las consecuencias patrimoniales correspondientes–, sería limitada en el tiempo, sosteniendo así "la prescripción ordinaria de las acciones"[60].

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, a partir del año 2000 comienza a limitar la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público. En efecto, buscando la seguridad jurídica, desde Aedo con Fisco[61] se distingue entre el efecto "principal" de nulidad de derecho público, y los efectos patrimoniales "asociados". Así, la acción que persigue la declaración de nulidad del acto impugnado sería imprescriptible, mientras que las acciones que perseguirían consecuencias patrimoniales de tal nulidad prescribirían según las reglas generales del *Código Civil* (específicamente, los arts. 2497, 2514 y 2515).

Ya hacia el año 2007 esta doctrina aparece asentada. Es así como en Eyzaguirre Cid con Fisco[62], la Excma. Corte Suprema distingue entre "las acciones encaminadas únicamente a conseguir la nulidad de un acto administrativo y aquéllas que miran a la obtención de algún derecho en favor de un particular"[63]. Respecto de estas últimas señala además:

> "Estas acciones declarativas de derechos o también denominadas de 'plena jurisdicción', de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentran sometidas en lo concerniente a la prescripción a las reglas generales sobre dicho instituto contempladas en el Código Civil, entre otras, a las disposiciones de sus artículos 2497, 2514 y 2515"[64].

Posteriormente, en el año 2013, la Corte Suprema precisaría que la prescripción no recae sobre la acción misma de nulidad de derecho público, sino que respecto de la acción declarativa de derechos a favor del particular. De esta manera, cuando la nulidad de derecho público se interpone conjuntamente con una acción de naturaleza patrimonial, mutaría en una acción de derechos, prescribiendo conforme a las reglas del derecho común. Señala en su fallo la Corte:

> "Efectivamente, la naturaleza misma de los derechos cuyo reconocimiento se solicita es siempre de carácter patrimonial y privado, aun cuando su fuente se encuentre en una nulidad de derecho público, y como tal sujetos a la posibilidad de extinguirse por el simple transcurso del

[59] Pierry (1994), p. 98.
[60] *Ibid*.
[61] Corte Suprema (2000), rol n.° 852-2000.
[62] Corte Suprema (2207), rol n.° 1203-2006.
[63] *Op. cit.*, considerando 10.°.
[64] *Op. cit.*, considerando 11.°.

> tiempo. La ley no somete a un estatuto particular los efectos de un acto administrativo nulo, por lo que si compromete sólo la esfera patrimonial particular de un individuo debe regirse por las normas comunes generales existentes al respecto, y éstas son las contenidas en el Código Civil"[65].

La consolidación de la distinción jurisprudencial señalada[66] fue reconocida por la doctrina. Es así como se ha advertido:

> "Respecto de la prescripción de la acción de nulidad es importante consignar la doctrina jurisprudencial que, no obstante continuar entendiendo a esta como imprescriptible (al menos retóricamente), resuelve que sus efectos patrimoniales se encuentran sujetos a las reglas generales de prescripción establecidas en el Código Civil"[67].

El año 2015, junto con confirmar nuevamente la distinción en comento, la Corte Suprema abrió la posibilidad de aplicar la prescripción, incluso a la nulidad de derecho público propiamente tal. Declaró entonces:

> "Es por ello que lo que en realidad prescribe no es la nulidad de derecho público, *la que también en principio puede encontrarse afectada por dicho instituto*, sino la acción deducida por el particular debidamente legitimado para actuar [...] La ley no somete a un estatuto particular los efectos de un acto administrativo nulo, por lo que si compromete sólo la esfera de los derechos, patrimoniales o no, de un individuo, debe regirse por las normas comunes existentes al respecto, contenidas en el Código Civil. [...] La acción deducida se encuentra sometida a las reglas generales de prescripción siendo irrelevante que se plantee como una acción de nulidad de derecho público, *ya que ella también se encuentra sometida a las reglas sobre prescripción como se ha señalado*; y siempre en el supuesto que el actor esté legitimado para actuar"[68] (el destacado es nuestro).

En los últimos años, la línea jurisprudencial descrita en esta sección se ha consolidado[69]. En síntesis, la doctrina actual de la Corte Suprema señala que, si

---

[65] Corte Suprema (2013), rol n.º 8867-2012, considerando 12.º.

[66] Como se explicó más atrás, la jurisprudencia se ha uniformado en este sentido desde el fallo "Aedo con Fisco", en Corte Suprema (2000), rol n.º 852-2000. En el mismo sentido, Corte Suprema (2002), rol n.º 4469-2000; Corte Suprema (2008), rol n.º 667-2007 de 31 de marzo de 2008; Corte Suprema (2008), rol n.º 1672-2007.

[67] Concha (2013), p. 105.

[68] Corte Suprema (2015), rol n.º 6288-2015, considerandos 7.º y 8.º.

[69] En esta línea, véase: Corte Suprema (2015), rol n.° 11566-2015; Corte Suprema (2016), rol n.º 22866-2015; Corte Suprema (2016), rol n.º 18297-2016; Corte Suprema (2016), rol n.º 27814-2016 y Corte Suprema (2018), rol n.º 13217-2018.

bien la prescriptibilidad de la nulidad de derecho público es dudosa (pero teóricamente posible), las acciones o consecuencias patrimoniales, emanadas de una nulidad de derecho público, prescriben según las reglas del *Código Civil*.

## V. Conclusiones

1. La nulidad de derecho público es una institución de larga data en el derecho chileno, desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia, con base constitucional, pero sin desarrollo legislativo. En consecuencia, existen disensos constantes y profundos sobre sus características, requisitos y efectos.
2. La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema ha seguido una tendencia más bien restrictiva, limitando la procedencia de la acción de nulidad de derecho público de diversas formas.
3. Para la Corte Suprema, no solo existiría la posibilidad teórica de declarar la prescripción de la nulidad de derecho público, sino que las acciones o sus consecuencias de naturaleza patrimonial ciertamente prescribirían de acuerdo con las normas generales.
4. La legitimación activa se ha ido restringiendo progresivamente, al punto que debe acreditarse por el demandante:
   i) una afectación de sus derechos, o al menos, de algún interés especialmente relevante:
   ii) que tal derecho o interés es legítimo, personal y directo y
   iii) la existencia de un perjuicio cierto, concreto y real.
5. No solo debe emplazarse al organismo público autor del acto impugnado, sino, también, a los terceros que pudieran verse directamente afectados por la declaración de nulidad.
6. La nulidad de derecho público no sería la sanción general frente a cualquier tipo de vicio del acto administrativo, sino que solo procedería contra aquellos graves y esenciales, que redundan en el atropello de garantías personales.
7. La acción de nulidad de derecho público sería supletoria, para el caso que no exista otra acción o recurso especial para reclamar la anulación del acto viciado.
8. No solo existiría la posibilidad teórica de declarar la prescripción de la nulidad de derecho público, sino que las acciones o sus consecuencias de naturaleza patrimonial prescribirían de acuerdo con las normas generales.
9. En la dirección contraria, la tendencia jurisprudencial mayoritaria –pero no unívoca–, sería hacia la extensión de las causales de

nulidad de derecho público más allá de los tres requisitos explícitos de validez del art. 7.° de la Constitución (investidura regular, competencia, cumplimiento de las formalidades legales).

## Bibliografía

Agüero, Claudio (2017). "La expresión 'Nulidad de Derecho Público' en el Derecho chileno". *Revista en Cultura de la Legalidad*, n.°12.

Aróstica, Iván (2001). "Estado de derecho y nulidad de derecho público", en Enrique Navarro Beltrán (coord.), *20 años de la Constitución chilena, 1981-2001*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.

Aróstica, Iván (2008). "Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. Una visión crítica a la luz de la Constitución". *Ius Publicum*, n.° 20.

Aylwin, Patricio (1958). *Apuntes de derecho administrativo. Apuntes de clases, Tomo iii*. Santiago: Editorial Universitaria S.A.

Baraona, Jorge (2007). "La nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos y contratos del Código Civil: ¿Son tan distintas?". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.° 8.

Bermúdez, Jorge (2010). "Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?". *Revista de Derecho*, vol. xxiii, n.° 1.

Bernaschina, Mario (1949). "Bases jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas". *Boletín del Seminario de Derecho Público de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, año xviii, n.os. 45-48.

çBernaschina, Mario (1950). "Bases jurisprudenciales para la teoría de las nulidades administrativas". *Boletín de la Contraloría General de la República*, tomo ii.

Bocksang, Gabriel (2006)."De la nulidad de derecho público como inexistencia". *Ius Publicum*, n.°16.

Bocksang, Gabriel (2013). "La ampliación de las causales de nulidad de derecho público por la Corte Suprema", en *Sentencias destacadas 2012*. Santiago: Libertad y Desarrollo.

Concha, Ricardo (2013). "El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. xxvi, n.° 2.

Cordero, Eduardo (2013). "La nulidad de los actos administrativos y sus causales", en Juan Carlos Ferrada Bórquez (coord.). *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno. IX Jornadas de Derecho Administrativo.* Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Ferrada, Juan Carlos (2010). "Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: una jurisprudencia interesante pero inconsistente". *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*.

Fiamma, Gustavo (1991a). "La acción constitucional de Nulidad: Un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo". *Revista de Derecho Público*, n.° 49.

Fiamma, Gustavo (1991b). "Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva". *Revista de Derecho Público*, n.°49.

Jara, Jaime (2004). *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*. Santiago: Editorial Libromar.

Pierry, Pedro (1984). "El control de la discrecionalidad administrativa". *Revista Chilena de Derecho,* vol. 11, n.°2-3.

Pierry, Pedro (1993). "Nulidad en el derecho administrativo". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xv.

Pierry, Pedro (2017). *Derecho administrativo. Obra reunida*. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso.

Reyes, Jorge (1997). "Reflexiones y bases acerca de la nulidad de derecho público". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xviii.

Silva, Enrique (1955). *Derecho administrativo chileno y comparado. Actas contratos y bienes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Soto Kloss, Eduardo (1990). "La nulidad de derecho público en el derecho chileno". *Revista de Derecho Público*, n.°s 47-48.

Soto Kloss, Eduardo (1996). *Derecho administrativo, bases fundamentales, tomo i: El Principio de Juridicidad*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

## *Jurisprudencia*

Corte Suprema (2000). Sentencia rol n.° 852-2000, 7 de noviembre de 2000.

Corte Suprema (2002). Sentencia rol n.° 4469-2000, 14 de mayo de 2002.

Corte Suprema (2006). Sentencia rol n.° 3132-2005, 28 de junio de 2006.

Corte Suprema (2007). Sentencia rol n.° 1203-2006, 28 de junio de 2007.

Corte Suprema (2008). Sentencia rol n.° 667-2007, 31 de marzo de 2008.

Corte Suprema (2008). Sentencia rol n.° 1672-2007, 26 de junio de 2008

Corte Suprema (2008). Sentencia rol n.° 3011-2006, 28 de agosto de 2008.

Corte Suprema (2008). Sentencia rol n.° 1428-2007, 16 de octubre de 2008.

Corte Suprema (2009). Sentencia rol n.° 5553-2007, 22 de junio de 2009.

Corte Suprema (2011). Sentencia rol n.° 900-2009, 27 de octubre de 2011.

Corte Suprema (2012). Sentencia rol n.° 7530-2009, 30 de enero de 2012.

Corte Suprema (2012). Sentencia rol n.° 5225-2009, 1 de junio de 2012.

Corte Suprema (2012). Sentencia rol n.° 2181-2010, 9 de noviembre de 2012.

Corte Suprema (2012). Sentencia rol n.º 598-2010, 30 de noviembre de 2012.
Corte Suprema (2013). Sentencia rol n.º 3078-2013, 31 de marzo de 2013.
Corte Suprema (2013). Sentencia rol n.º 8867-2012, 8 de abril de 2013.
Corte Suprema (2013). Sentencia rol n.º 6364-2012, 26 de junio de 2013.
Corte Suprema (2014). Sentencia rol n.º 25701, 31 de enero de 2014.
Corte Suprema (2014). Sentencia rol n.º 17285-2013, 28 de mayo de 2014.
Corte Suprema (2014). Sentencia rol n.º 8742-2014, 3 de julio de 2014.
Corte Suprema (2014). Sentencia rol n.º 10849-2014, 12 de agosto de 2014.
Corte Suprema (2014). Sentencia rol n.º 14276-2014, 30 de octubre de 2014.
Corte Suprema (2015). Sentencia rol n.º 32091-2014, 30 de marzo de 2015.
Corte Suprema (2015). Sentencia rol n.º 2614-2015, 16 de junio de 2015.
Corte Suprema (2015). Sentencia rol n.º 2850-2015, 25 de junio de 2015.
Corte Suprema (2015). Sentencia rol n.º 7259-2015, 8 de septiembre de 2015.
Corte Suprema (2015). Sentencia rol n.º 6288-2015 de 10 de septiembre de 2015,
Corte Suprema (2015). Sentencia rol n.º 29546-2014, 16 de noviembre de 2015.
Corte Suprema (2015). Sentencia rol n.º 11566-2015 de 28 de diciembre de 2015;
Corte Suprema (2016). Sentencia rol n.º 22866-2015 de 7 de abril de 2016.
Corte Suprema (2016). Sentencia rol n.º 9969-2015, 17 de mayo de 2016.
Corte Suprema (2016). Sentencia rol n.º 18297-2016 de 23 de junio de 2016;
Corte Suprema (2016). Sentencia rol n.º 27814-2016 de 1 de agosto de 2016
Corte Suprema (2016). Sentencia rol n.º 14910-2016, 21 septiembre de 2016.
Corte Suprema (2016). Sentencia rol n.º 43411-2016, 12 de diciembre de 2016.
Corte Suprema (2017). Sentencia rol n.º 302-2017, 27 de julio de 2017.
Corte Suprema (2017). Sentencia rol n.º 82459-2016, 27 de diciembre de 2017.
Corte Suprema (2018). Sentencia rol n.º 34277-2017, 7 de marzo de 2018.
Corte Suprema (2018). Sentencia rol n.º 35237-2017, 22 de mayo de 2018.
Corte Suprema (2018). Sentencia rol n.º 34588-2017, 31 de mayo de 2018.
Corte Suprema (2018). Sentencia rol n.º 41987-2017, 31 de julio de 2018.
Corte Suprema (2018). Sentencia rol n.º 13217-2018 de 6 de septiembre de 2018.
Corte Suprema (2018). Sentencia rol n.º 20601-2018, 21 de noviembre de 2018.
Corte Suprema (2018). Sentencia rol n.º 35064-2017, 29 de noviembre de 2018.
Corte Suprema (2019). Sentencia rol n.º 41724-2017, 7 de marzo de 2019.
Corte Suprema (2019). Sentencia rol n.º 29094-2018, 2 de julio de 2019.

Corte Suprema (2019). Sentencia rol n.º 29535-2018, 2 de julio de 2019.
Corte Suprema (2019). Sentencia rol n.º 22221-2018, 19 de noviembre de 2019.
Corte Suprema (2020). Sentencia rol n.º 19272-2018, 23 de enero de 2020.
Corte Suprema (2020). Sentencia rol n.º 18766-2019, 29 de enero de 2020.
Corte Suprema (2020). Sentencia rol n.º 8324-2019, 15 de abril de 2020.
Corte Suprema (2020). Sentencia rol n.º 29002-2019, 15 de abril de 2020.
Corte Suprema (2020). Sentencia rol n.º 29004-2019, 15 de abril de 2020.
Corte Suprema (2020). Sentencia rol n.° 18204-2019, 24 de abril de 2020.

# ESTADO DE DERECHO. NOTAS PARA COMPRENDER UN CONCEPTO PLÁSTICO

# RULE OF LAW. NOTES TO UNDERSTAND A PLASTIC CONCEPT

*Sebastián Soto Velasco*[*]
*Magdalena Ortega Puebla*[**]

Resumen*:* El Estado de derecho es un principio cuyos deslindes son difíciles de determinar pese a ser considerado un pilar de la democracia constitucional. Por esto, la presente investigación busca entregar elementos que ayuden a la comprensión de este concepto plástico mediante una revisión de tres perspectivas: el origen histórico del concepto de Estado de derecho; luego un repaso de sus diversos contenidos y, finalmente, un examen a la aplicación dispar que ha tenido la noción de Estado de derecho en diversos ámbitos, entre los que se incluyen las altas cortes de Estados Unidos y de Chile. El trabajo finaliza con algunas luces para la concreción del concepto en nuestro derecho.

Palabras clave: Estado de derecho, revisión judicial, legalidad, Estado social de Derecho.

Abstract: The concept of the rule of law is as ambiguous as relevant. While it is complex to identify what it encompasses, the rule of law is considered one of the pillars of constitutional democracy. This essay intends to give meaning

[*] Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho (LLM), Universidad de Columbia, Estados Unidos. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jssoto@uc.cl. Agradezco el apoyo en la investigación de la ayudante Dominique Berndesky.

[**] Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora ayudante de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: mportega@uc.cl

to it through three different perspectives—a brief examination of its historical origins, a review of diverse contents associated with it, and an analysis of case laws. This essay highlights the dissimilarities of the rule of law concept in its application by comparing the High Courts of the United States with the courts in Chile. It finishes with suggestions for the concretion of the concept.

Keywords: Rule of law, judicial review, legality, social rule of law.

## I. Introducción

En los días posteriores al 18 de octubre de 2019, las sesiones de la Cámara de Diputadas y Diputados replicaron el ambiente que se vivía en Chile. La tensión, la polarización y las recriminaciones se aprecian, incluso hoy, leyendo las intervenciones en los diarios de sesiones. Lo relevante para estas páginas es un concepto que aparece regularmente. Aunque no es el más usado, diputados de distintos sectores políticos mencionan el "Estado de derecho", llaman a su protección y reclaman su respeto. Todos coinciden en que es una "idea" que debe protegerse.

Así, entre otros, Javier Macaya (UDI) sostuvo: "mientras haya violencia es evidente que tiene que hacerse respetar el Estado de derecho"; Joanna Pérez (DC) dijo: "nuestro deber es cumplir y respetar el Estado de derecho y de democracia"; Camila Vallejos (PC) afirmó: "nadie entiende cómo este gobierno alteró el Estado de derecho"; Raúl Leiva (PS) denunció: "están robando y violentando a la gente, y en esos casos hay que actuar con fuerza y energía, dentro del Estado de derecho"; Camila Rojas (Comunes) exigió: "las autoridades [...] tienen que hacerse cargo. Es un mínimo para el Estado de derecho"; Diego Schalper (RN) señaló: "la inmensa mayoría de los más de 500.000 operativos policiales que han funcionado lo han hecho dentro del marco del Estado de derecho"; y, en fin, el ministro Andrés Chadwick explicó que "el estado de emergencia se desarrolla dentro del Estado de derecho"[1].

Que el Estado de derecho aparezca como un concepto sin domicilio político no es poco para esos tiempos –y los actuales– donde todo, incluso el lenguaje utilizado para describir lo que ocurría, parecía dividir a nuestros representantes. Que a veces sea un objetivo, un concepto que se utiliza como sustantivo, que evoque un bien que debe protegerse o una cierta institucionalidad, es menos importante que la coincidencia en torno a su relevancia.

[1] Todas las intervenciones tomadas de los diarios de sesiones de la Cámara de Diputadas y Diputados entre la sesión 91 especial (20 de octubre de 2019) y la sesión 104 especial (13 de noviembre de 2019).

Pero ¿de qué hablamos cuando decimos "Estado de derecho"? Se trata, sin duda, de un concepto amplio, de fronteras porosas, que ha adquirido suficiente fama como para insertarse de lleno en el lenguaje coloquial. A su modo, lo mismo ha ocurrido con otros tantos conceptos de uso habitual que cargan con cierta indeterminación (democracia, derechos fundamentales, república o dignidad). Todos ellos, emancipados de su concepción técnica original, transmiten hoy un conjunto de ideas valiosas, confundidas a veces entre lugares comunes. Precisamente para valorar aquellas ideas y superar estos últimos, las siguientes líneas examinan la evolución del concepto y algunas de las formas en que aterriza en el constitucionalismo global.

El texto se distribuye como sigue. El próximo capítulo analiza la diversidad de orígenes y el siguiente se refiere a las diversas concepciones sobre Estado de derecho. Posteriormente examinamos la plasticidad de la noción en su aplicación y en la jurisprudencia de ciertas cortes. Terminamos con un capítulo final que propone algunas notas encaminadas a concretar el concepto de Estado de derecho en la tradición chilena.

## II. Diversidad de orígenes

Martin Loughlin en su *Foundations of Public Law*[2] examina el origen del concepto en la tradición alemana, francesa y anglosajona[3]. Aunque su planteamiento es escéptico respecto a la potencialidad del concepto en la aplicación del derecho y a que este sea uno de los fundamentos del derecho público, el examen de sus orígenes permite, en cualquier caso, una cierta comprensión de la idea de Estado de derecho.

En el derecho inglés, anota Martin Loughlin, el concepto de *rule of law* fue introducido por Albert Venn Dicey en su *Law of the Constitution* (1885). La idea se inserta en la extendida supremacía legislativa que caracterizaba al derecho inglés y en la necesidad de poner ciertos límites a tal poder. Así:

> "El concepto de Dicey de *rule of law* está íntimamente atado a la idea que, actuando en alianza, el Parlamento y las cortes son la verdadera fuente del derecho en la Constitución británica"[4].

[2] Loughlin (2010).

[3] Otros también han analizado los vínculos entre el concepto *rule of law* y *rechtsstaat*. Nick Barber lo hace a propósito de una reseña al libro *Weimar: A jurisprudence of crisis* de Arthur Jacobson y Bernhard Schlink. Véase Barber (2003). Ahí anota: "[...] en lo esencial, mientras el *Rechtsstaat* descansa en una cierta conexión entre el sistema legal y el Estado, el *rule of law* es una cualidad de y una teoría acerca de un orden legal", p. 444.

[4] Loughlin (2010).

En específico, y dado que en la tradición del C*ommon Law* los derechos de las personas emanan no de la legislación sino que de los precedentes, "el *rule of law* en la tradición inglesa representaba para Dicey no el imperio del estado legislativo sino que el imperio de la judicatura"[5].

Concluye Martin Loughlin señalando que son tres los aspectos fundamentales del concepto de *rule of law* en la tradición inglesa: el *rule by law*, propio del estado legislativo; la igualdad ante la ley y:

> "*Rule by reason* que nace de la necesidad de confiar en la judicatura como un guardián de los valores implícitos de esta tradición constitucional distintiva"[6].

La tradición alemana vio nacer el concepto en la primera mitad del siglo XIX de la pluma de Robert von Mohl. La idea de *Rechtsstaat* se construye sobre tres objetivos diversos. El primero intenta superar el planteamiento que, por siglos sostuvo que el orden político tenía un origen divino. La idea de Estado de derecho se funda, en cambio, en un orden político que nace del acuerdo entre personas libres, iguales y racionales. El segundo objetivo del concepto es construir un orden político que promueva la libertad, la seguridad y la propiedad. Y, por último, el *Rechtsstaat* buscó organizar racionalmente al Estado y para ello incorporar una serie de principios:

> "Un principio de responsabilidad del gobierno, independencia judicial, representación parlamentaria, gobernar por medio de la ley y el reconocimiento de libertades civiles básicas"[7].

Como concluye Martin Loughlin, para Robert von Mohl "*Rechtsstaat* se levanta en directo contraste tanto del estado absolutista como del estado de policía[8].

Autores posteriores y, con más fuerza, la Corte Constitucional alemana a partir de su creación, fueron dando nuevo significado al *Rechtsstaat* en línea con la constitución de valores que materializó la nueva Carta Fundamental alemana. Ante esta amplitud conceptual, termina anotando Martin Loughlin:

> "En la cual el concepto es interpretado de diversas formas (a veces altamente politizadas) por ciertos juristas y totalmente desechado por otros, el propio concepto perdió su autoridad"[9].

---

[5] Loughlin (2010), p. 317.
[6] *Ibid.*
[7] *Op. cit.*, p. 318.
[8] *Ibid.*
[9] *Op. cit.*, p. 321.

Por último, la tradición francesa se levanta a inicios del siglo XX de la mano del trabajo de Raymond Carre de Malberg. Para esta escuela, la idea de *l'Etat de droit* se construye en oposición a *l'Etat legal* y con la intención de suplantarlo: el primero de estos conceptos:

> "Nace desde la convicción de que la ley existe para proteger los derechos individuales y que esos derechos estaban solo parcialmente protegidos por la idea de '*rule by law*'"[10].

Por eso, continúa Martin Loughlin, el concepto de Estado de derecho permite concluir que ya no solo es la ley la que determina las relaciones entre la administración y la persona, sino, también, que hay algo más –*l'Etat de droit*– que condiciona y limita el poder de hacer leyes.

Estas tres tradiciones dan cuenta de diversos orígenes que empiezan a dar vida al concepto de Estado de derecho como reacción a desafíos propios que la época y circunstancias presentaban en esas sociedades. La necesidad de limitar el poder del legislador y la convicción de que la simple exigencia de gobernar por medio de leyes no era suficiente para proteger a las personas en su relación con la administración, motivó una conceptualización que hoy llamamos Estado de derecho[11].

En toda esta narración no podemos olvidar nuestra propia historia y tradiciones. El constitucionalismo español es tributario de toda la tradición europea. Ello pese a que bien pueden rastrearse los fundamentos sobre los que se levanta el concepto de Estado de derecho en el pensamiento hispano que dio base intelectual al periodo indiano. Precisamente eso es lo que muestra el conjunto de artículos que compone el libro *El Estado de derecho en el Mundo Hispánico*[12]. Aun así, para el derecho público español, el concepto de Estado de derecho que contempla la Constitución de 1978 es uno que se vincula más directamente con el pensamiento alemán que con las raíces intelectuales bajo la monarquía hispánica[13].

---

[10] Loughlin (2010), p. 322.

[11] Otra forma de plantear esta diversidad es la que utiliza Paul Kahn cuando escribe: "El trabajo de la Corte (de EE.UU) consiste en apoyar y mantener una cierta construcción cultural. Esto solo puede entenderse si nos acercamos al Estado de derecho como lo haríamos con cualquier otro conjunto de creencias culturales: religiosas, místicas, estéticas o incluso científicas [...] En lugar de las herramientas de la ciencia o de la autoelaboración de la razón, tenemos que incorporar al estudio del derecho las herramientas de la interpretación cultural". Kahn (2016), p. 236.

[12] Véase Cerda (2019). Especialmente, los trabajos de Félix Martínez (*Los fueros como manifestación de un "Estado de derecho" formalista en los reinos hispánicos medievales*); Eduardo Andrade (*La monarquía hispánica y el Estado de derecho en Indias*) y Julio Alvear (*Constitución histórica y constitucionalismo moderno en la monarquía hispánica*).

[13] Véase, por ejemplo, Santa María (2004). En él se señala: "Caben pocas dudas, sin embargo, de que el concepto fue acuñado por la doctrina alemana del primer período liberal

En nuestro país, quien con más sistematicidad ha desarrollado los orígenes históricos del concepto es Bernardino Bravo Lira en su clásico *El Estado de derecho en la historia de Chile*. Aquí plantea que, para la tradición chilena, el concepto se hunde muy atrás cuando se empieza a configurar en las tierras de indias el Estado judicial de derecho, desde 1541 a 1760; luego el Estado administrativo de derecho entre los años 1760 a 1860 y, finalmente, el Estado legalista de derecho desde esta última fecha hasta nuestros días[14]. Inicialmente el Estado de derecho se hizo descansar en el "juego entre jurisdicción y mando político y militar" o, dicho de otra forma:

> "Se institucionaliza bajo la forma de una contraposición entre Judicatura y Gobierno, que corresponde al binomio Real Audiencia–Gobernador y Capitán General".

Y es esa misma tríada, pero institucionalizada en formas diversas (Administración/Presidente – Judicatura – Fuerzas Armadas) la que a lo largo de nuestra historia han conformado las bases del Estado de derecho chileno.

Todo este repaso da cuenta de un concepto que, si bien hoy global, ha nacido anclado a los desafíos específicos que surgen en tiempos y sociedades determinadas. Comprender el origen de tales desafíos y la forma en que se presentan en el mundo actual es una de las tareas que permitirán ir dando contenido y fronteras a un concepto tan extendido y relevante para el pensamiento jurídico como es la idea de "Estado de derecho".

## III. Diversidad de contenidos

La diversidad que acompaña al concepto de Estado de derecho no solo se encuentra cuando examinamos los orígenes del término, sino, también, su contenido. Y es que decir "Estado de derecho" no es siempre significar lo mismo.

Uno de los que con mayor detención ha abordado esta diversidad de contenidos es Brian Tamanaha en su *En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría*[15]. Ahí escribe:

> "Las teorías formales se centran en las fuentes y las formas apropiadas de la legalidad, mientras que las teorías sustantivas incluyen además requerimientos sobre el contenido del derecho (usualmente, que debe concordar con la justicia o los principios morales)"[16].

pasando finalmente a los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn, de donde la tomaron nuestros constituyentes", p. 78.

[14] Bravo Lira (1996).

[15] Véase Tamanaha (2011). También puede verse Krygier (2012).

[16] *Op. cit.*, p. 195.

Como es evidente, esta distinción no es tan estricta como para desechar elementos sustantivos en las concepciones más formalistas ni viceversa.

En la versión que suele ser calificada de "formal", el Estado de derecho tienda a asociarse únicamente con ciertas características no-sustantivas de las leyes y las instituciones que las aplican. Aquí se inscribe, entre otros, Joseph Raz quien anota que si "*rule of law*" fuera en verdad "*rule of good law*", entonces no sería un concepto jurídico sino una teoría filosófica. Por eso, por ejemplo, afirma:

> "Un sistema jurídico no democrático, basado en la negación de los derechos humanos, en la pobreza general, la segregación racial, las desigualdades sexuales y la persecución racial puede, en principio, conformarse a los requerimientos del Estado de derecho [...] la ley puede instituir la esclavitud sin violar el Estado de derecho"[17].

Una afirmación tan contraintuitiva como esa, que nace de la convicción de uno de los filósofos más destacados de nuestro tiempo, resume –de un modo un tanto brutal– la versión formal. Pero no es necesario tener que suscribir las mismas afirmaciones de Joseph Raz para adherir al Estado de derecho en su faceta formal. Lon Fuller, por ejemplo, lejos del positivismo, ha propuesto ocho condiciones formales de cualquier ley para examinar la moralidad interna de un ordenamiento jurídico (*i.e.* operar hacia el futuro, coherentes, posibles de ser cumplidas, relativamente estables, entre otras). Y el respeto a esos elementos formales es lo que permite, en gran medida, llenar de contenido el concepto de Estado de derecho.

Como ha escrito Tamanaha:

> "Raz, Fuller, Hayek, Unger y todos los que adoptan esta versión coinciden en que el Estado de derecho fomenta la dignidad y la autonomía individuales permitiendo que las personas planeen sus actividades al conocer de antemano sus implicaciones legales"[18].

Las teorías sustantivas se levantan sobre una perspectiva diversa. Tras la Segunda Guerra Mundial la visión formalista del Estado de derecho empezó a ser objeto de crítica. La experiencia nacional socialista, donde todas las atrocidades se hicieron al amparo de normas formalmente correctas, hizo crecer una visión más sustantiva. Está bien, se decía, que las leyes fueran claras y obligatorias para todos, pero eso no es lo único que configura el Estado de derecho. Dworkin, por ejemplo, sostuvo que no tenía sentido hablar de Estado de derecho si es que el Estado solo se ceñía al "libro de reglas"

[17] Raz (1979). "The Rule of Law and its Virtue", citado en Tamanaha (2013), p. 197.
[18] *Op. cit.*, p. 199.

(*rule-book*) sin dar una verdadera protección a los derechos de las personas. Y continúa:

> "El Estado de derecho es el ideal de gobernar por medio de una concepción pública precisa de los derechos individuales. No distingue, como sí lo hace la concepción reglamentarista, entre Estado de derecho y justicia sustantiva; por el contrario, exige como parte del ideal del Derecho, que las normas reglamentarias capten y hagan cumplir los derechos morales"[19].

La versión sustantiva es la más extendida hoy pese a que ella va acompañada del crecimiento de la discrecionalidad judicial, como ha destacado, entre otros, Gonzalo Candia[20]. Con todo, este riesgo tiene su causa no exclusivamente en la adhesión a la versión sustantiva de Estado de derecho sino que posiblemente mucho más en la nueva concepción del derecho que, de la mano del neoconstitucionalismo y del fin del formalismo, ha inundado nuestras mentes desde la segunda mitad del siglo XX[21]. Dicho de otra forma, el poder de los jueces es hoy mayor que el de ayer no porque la comunidad epistémica del constitucionalismo global, si algo como eso existe, haya desechado la concepción formal, sino que por la idea de constitución, de principios y de derechos fundamentales que han conformado las bases del derecho público.

En cualquier caso, y en lo que importa a estas páginas, lo relevante es que cuando hoy en nuestro lenguaje habitual decimos "Estado de derecho" solemos incorporar a las exigencias más formales (como el imperio de la ley sobre gobernantes y gobernados) otras que nacieron al amparo de otros principios, pero que, con el abandono del formalismo, se le han adherido fácilmente. Así, decir "Estado de derecho" implica también exigir contrapesos y un control eficaz (que nació con el principio de separación de poderes); la protección de los derechos fundamentales (que toma fuerza con el neoconstitucionalismo); la existencia de un aparato estatal más activo e interventor (que los europeos, bajo las formas del Estado de bienestar, denominaron Estado social de derecho) y, más recientemente, la existencia de un sistema judicial eficiente y el respeto a los contratos (que ha crecido al amparo de los estudios de derecho y desarrollo).

[19] Dworkin (1978). "Political Judges and the Rule of Law", citado en Tamanaha (2013), p. 216.

[20] Véase Candia (2016) y (2017).

[21] Véase, por ejemplo, Glendon (1998).

## IV. Diversidad de aplicaciones

No puede extrañarnos que si el origen del concepto responde a desafíos diversos y que si las fronteras de su contenido no generan consensos, también tendremos una amplia diversidad al momento de aplicar el concepto. Como veremos brevemente, la plasticidad es intensa.

### *1. La Constitución de España de 1978*

Un primer ejemplo lo entrega la Constitución española de 1978. En su preámbulo, establece como uno de sus objetivos "consolidar un Estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular". La lectura parece sugerir una adhesión a la versión formal del principio que identifica el Estado de derecho con la idea de imperio de la ley. Sin embargo, como sabemos, más adelante la propia Constitución española incorpora la cláusula de Estado social de derecho que busca darle un contenido sustantivo

Ya es, como veremos más adelante, una expresión de la plasticidad del concepto el "Estado social de derecho". Pero, al menos por ahora y para mostrar la diversidad de aplicaciones en un aspecto menos trabajado, más interesante que lo anterior es destacar que la frase transcrita presenta algunos desafíos para los hispanohablantes. Ello, pues, en una sola oración, incluye las dos formas tradicionales de expresar la idea de Estado de derecho en lenguaje castellano: "Estado de derecho" e "imperio de la ley". ¿Hay una repetición en el uso de ambos conceptos? Suponemos que no y que, cuando se dice "Estado de derecho" se está diciendo no solo "imperio de la ley", sino, también, algo más. Si así fuera, no parece correcta la traducción que se hace de la frase en la versión oficial en inglés de la Constitución española. Ahí se traduce la oración de la siguiente forma: "consolidate a State of Law which ensures the rule of law as an expression of the popular will". En consecuencia, utiliza *rule of law* para "imperio de la ley" y *State of Law* para "Estado de derecho". No vale la pena teorizar mucho más al respecto; simplemente, es una muestra más de la plasticidad del concepto.

### *2. Derecho y desarrollo*

Una segunda aplicación del concepto de "Estado de derecho" que da cuenta de esta diversidad es la que se hace al amparo de los estudios en torno a las relaciones entre derecho y desarrollo (*Law & development*). Como han estudiado diversos autores, existe una correlación entre el respeto al Estado de derecho,

el progreso de los países y la consolidación de las democracias[22]. Con todo, tal afirmación plantea una serie de desafíos que no pueden desatenderse. La más importante para este trabajo es fijar aquello que está inserto en el concepto de "Estado de derecho" que es, por lo tanto, lo que permite el desarrollo.

Trebilcock y Mota, por ejemplo, plantean esta pregunta para luego analizar diversas reglas, instituciones y reformas vinculadas al Estado de derecho en países en vías de desarrollo. Entre las reglas incluyen aquellas que protegen los derechos de propiedad y la exigibilidad de los contratos como elementos fundamentales para el desarrollo económico. Y en lo relativo a las instituciones y reformas, incorpora los sistemas de justicia, que posiblemente nadie se opondría a listar como un elemento fundamental del Estado de derecho. Pero también agrega otro amplio espectro temático como la reforma a la educación legal, a las policías, cárceles y agencias administrativas. Lo hacen porque, sin quitar importancia a las reformas judiciales, igualmente merecen atención "las reformas institucionales que más probablemente afecten las interacciones diarias entre los ciudadanos y el sistema legal". Será eso lo que permitirá "alimentar un crecientemente robusto electorado nacional en favor del Estado de derecho que refleje las perspectivas de la demanda"[23].

Desde una perspectiva similar Versteeg y Ginsburg examinan los índices que miden el Estado de derecho en diversos países. Señalan que actualmente hay no menos de ciento cincuenta indicadores de gobernanza, muchos de los cuales directamente cuantifican el grado de Estado de derecho en cada país. Algunos de ellos lo hacen centrándose en las instituciones formales, otros en conductas y unos cuantos en creencias y percepciones. Agregan que medir el "Estado de derecho" es un gran desafío pues intenta simplificar complejos fenómenos sociales en una única medida, enfrentando problemas técnicos y sin claridad real respecto a qué es lo que capturan los indicadores[24]. Como puede apreciarse, la diversidad en la aplicación del concepto de Estado de derecho ya no solo es exclusiva de las escuelas de derecho, sino que también de las escuelas de gobierno y de economía.

Vale la pena agregar que Versteeg y Ginsburg sostienen en su investigación que, pese a esta disparidad de indicadores, los índices que examinan tienen correlación en sus resultados. De esta forma, sugieren, hay algo que atraviesa la idea de Estado de derecho que sí puede medirse, aunque se usen indicadores diversos. La explicación de los autores es que eso se debe a que las estrategias de medición son similares, más que una similitud en la con-

[22] Entre otros, véase Bill (2013).

[23] Trebilcock & Mota Prado (2014), p. 61.

[24] Versteeg & Ginsburg (2017), p. 101.

ceptualización del Estado de derecho. Pero hay algo que los mismos autores sugieren que debe destacarse. Se preguntan si cuando hablamos de Estado de derecho no estaremos hablando de un concepto al que le subyace una serie de elementos que no podemos describir con precisión, pero que sí nos ofrece un significado final que "conocemos cuando lo vemos" (utilizan aquí, como recuerdan, la descripción de imágenes obscenas del juez Stewart de la Corte Suprema de Estados Unidos). Y parece que, si no hay tal cosa al nivel de los índices que examinan Versteeg y Ginsburg, algo de eso hay cuando nos referimos a la idea de Estado de derecho. Es decir, un concepto de origen y contenidos diversos que, incluso, en su aplicación despierta dificultades; pero al que le subyace una conceptualización que podemos inferir al verla en aplicación.

Todo lo anterior da cuenta de una nueva faceta de la plasticidad del concepto; ahora en un ámbito como aquel que examinan los estudios de derecho y desarrollo.

### *3. Estado social de derecho*

Una última forma de mostrar la diversidad de aplicaciones del concepto Estado de derecho es cuando se analiza el significado y alcance de una de sus variantes: el Estado social de derecho.

La incorporación de calificativos al Estado de derecho no es nueva y entre ellos pueden sumarse varios: liberal, burgués, social, democrático, constitucional, judicial, etc. Sin lugar a duda, la más extendida hoy es la cláusula de Estado social que se encuentra consagrada en diversas constituciones sin que pueda establecerse a cabalidad qué efectos tiene tal consagración. Nacida al amparo del constitucionalismo de la posguerra a mediado del siglo XX se expandió por Europa de la mano del Estado de bienestar. En la región también fue recepcionado, pero de modos muy diferentes. La constitución de Colombia lo acoge en una adaptación latinoamericana del concepto que, con todo, mantiene fronteras difusas. Décadas después, y ya en este siglo, el constitucionalismo chavista lo adopta como parte de las constituciones autoritarias y populistas que caracterizaron las experiencias de Venezuela, Bolivia y Ecuador.

El siguiente cuadro transcribe la forma en que se ha plasmado la cláusula de Estado social o sus variantes en algunas constituciones del mundo a fin de apreciar otra faceta de la plasticidad de la noción de Estado de derecho.

Cuadro n.º 1.
Cláusula de Estado Social en los países que indica

| |
|---|
| ALEMANIA (1949)<br>Artículo 20.- 1. La República Federal de Alemania es un *Estado federal democrático y social*.<br>Artículo 23.- 1. Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, *del Estado de derecho, social y federativo* y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental.<br>Artículo 28.- 1. El orden constitucional de los *Länder* debe responder a los principios del *Estado de derecho republicano, democrático y social* en el sentido de la presente Ley Fundamental. |
| ESPAÑA (1978)<br>Artículo 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. |
| BRASIL (1988)<br>Artículo 1.- La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en *Estado Democrático de Derecho* y tiene como fundamentos: I. la soberanía; II. la ciudadanía; III. la dignidad humana; IV. los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa; V. el pluralismo político. |
| COLOMBIA (1991)<br>Artículo 1.- Colombia es un *Estado social de derecho*, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. |
| VENEZUELA (1999)<br>Artículo 2.- Venezuela se constituye en un *Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. |

| |
|---|
| ECUADOR (2008)<br>El Ecuador es un *Estado constitucional de derechos y justicia*, *social*, *democrático*, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. |
| BOLIVIA (2009)<br>Artículo 1.- Bolivia se constituye en un *Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario*, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. |

Fuente: www.constituteproject.org

Todas estas cláusulas dan cuenta no solo de una diversidad amplia en los calificativos que se agregan a la noción de Estado de derecho. También permiten adelantar que su interpretación es distinta según la cultura constitucional a la que se inserte.

En Colombia por ejemplo, la Corte Constitucional ha sostenido que la definición de Estado social de derecho implica que al Estado colombiano se le atribuyen dos calidades esenciales:

> "La sujeción formal al derecho y una sujeción material del derecho a unos contenidos sustanciales. El primer elemento es relativo a la validez, el segundo a la justicia".

Y luego, la misma Corte afirma que el Estado social de derecho colombiano se sostiene sobre:

> "Cuatro componentes de interacción recíproca: a) el ser humano como epicentro del derecho; b) el objetivo social del Estado; c) la concepción democrática del poder; y d) la sumisión del poder a la disciplina del derecho"[25].

El enfoque colombiano es valioso, pues propone un camino para vestir la noción de Estado de derecho de un contenido sustantivo y no exclusivamente formal. En tal sentido, permite dejar atrás algunas miradas que consideran que decir "Estado social de derecho" es una forma de acercarse a un Estado intervencionista al estilo de lo que fue el Estado gestor y económicamente activo que Chile conoció entre las décadas de los cincuenta y los

[25] CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia de 11 de mayo de 1993, citada en YOUNES (2019), p. 51.

setenta del siglo pasado[26]. Sin embargo, tal perspectiva olvida la evolución del concepto.

En efecto, como recuerda ahora desde el contexto español José Esteve Pardo, que el Estado sea social no quiere decir que es la Administración la que debe asumir las prestaciones sociales sino que a ello también debe concurrir la sociedad civil:

> "El programa constitucional del Estado social marca unos objetivos o fines, pero no impone los medios: no se exige en concreto que deba formarse un ingente sector público y un desarrollado aparato administrativo para alcanzar estos objetivos. Podría haberse perfectamente planteado la consecución de los mismos a través del sector privado, tal como se pretende hoy en buena medida al sentirse cada vez más pesada la carga del sector público del que nos hemos dotado"[27].

Es bueno insistir en esto último: el Estado social de derecho propone un contenido sustantivo al viejo Estado de derecho formal. Y ese contenido sustantivo impone una cierta obligación de resultado para la consecución de un determinado bienestar entre las personas. No es entonces una obligación de medios que exija un único camino para satisfacer aquellos resultados, sino que un mandato a procurar una diversidad de medios para satisfacer un mismo fin, el bienestar social.

## V. Diversidad jurisprudencial

La pluralidad que se ha venido anotando se manifiesta también al momento en que las Cortes se enfrentan al concepto de Estado de derecho y lo abordan en su jurisprudencia. A continuación, analizaremos la jurisprudencia de las más altas Cortes de dos países, Chile y Estados Unidos, que muestran una presencia dispar del concepto. En Estados Unidos es una noción que subyace en su jurisprudencia mientras que en Chile se explicita regularmente.

[26] Véase, por ejemplo, Viera (2015). En esta oportunidad anota: "El Estado Social es aquella figura política que supone que los poderes públicos (principalmente la Administración) asumen la responsabilidad de otorgar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios adecuados para la satisfacción de sus necesidades vitales", p. 201 y más adelante agrega: "una definición de tal naturaleza no estaría ahí de modo estático sino que habría de suponer una mutación significativa en torno al rol que le cabe al Estado en la economía", p. 213.

[27] Pardo (2013), p. 57.

## *1. La Corte Suprema de Estados Unidos*

La noción de Estado de derecho no es un concepto de uso común en las sentencias de las cortes estadounidenses. En efecto, es posible sostener que la Corte Suprema no se ha involucrado en una discusión exhaustiva sobre la noción de Estado de derecho en abstracto. Lo anterior se aprecia, por ejemplo, consultando los *case law book* a través de los cuales se estudia el derecho constitucional en las universidades de Estados Unidos. En tres de los más importantes, *rule of law* no aparece en el índice de conceptos[28]. Tampoco figura en The Oxford Companion of the Supreme Court of the United States, ni como concepto autónomo ni inserto en el índice temático[29].

Lo anotado no significa que sea un concepto ausente de la reflexión constitucional. En palabras de Kauper[30], la Corte Suprema tanto en su papel de intérprete de la Constitución como en el de intérprete final de las leyes y tratados de Estados Unidos, cumple una función estratégica toda vez que "le otorga significado empírico al principio político del Estado de derecho". Así, entonces, mediante las sentencias y la jurisprudencia, principios etéreos y abstractos se ven confrontados a la realidad práctica y adquieren un carácter concreto dotado de contornos y contenido. Algunos casos permiten apreciar lo señalado.

### Cumplimiento de las reglas

En United States v. United Mined Workers of America[31], de 1947, la Corte Suprema debió analizar si acaso el juez de primera instancia habría actuado apropiadamente cuando emitió una orden de alejamiento para evitar una huelga organizada por los mineros y, posteriormente, les multó por actuar en desafío de ella. En particular, y para lo que importa en nuestra materia, en el caso se debatió centralmente sobre la relevancia de respetar y hacer cumplir las órdenes emitidas por la autoridad, y a su turno, de las consecuencias que se siguen de no contar con dichos consensos. Se consideró que la decisión tomada por el sindicato, esto es, desafiar e ignorar la orden de alejamiento –en una industria que, además, era considerada como esencial para la economía del país–, generó una amenaza seria al orden del gobierno constitucional y el bienestar de la nación.

---

[28] Véase Sullivan & Gunther (2004); Lockhart, Kamisar, Choper, Shiffrin, Fallon (1996) y Farber, Eskridge, Frickey (2003).

[29] Hall (2005).

[30] Kauper (1961), p. 531.

[31] United States v. United Mined Workers of America (1947).

En palabras de la Corte:

> "Los beneficios, económicos y sociales que los mineros y los ciudadanos han alcanzado en el pasado, se deben al hecho de que poseen los derechos de los hombres libres bajo este sistema de gobierno"[32].

En este sentido, los magistrados enfatizan la importancia del sistema, del cual "depende todo el progreso futuro al que con justiciar se pueda aspirar"[33]. Finalmente, expresan que es entendible que la acción de los mineros, de desobedecer la orden de la autoridad judicial, se haya debido a un sentido de lealtad para con su sindicato. Sin embargo, destacan:

> "En esta sociedad compleja hay una gran variedad de lealtades limitadas, pero la lealtad primordial a todas es para con el país y sus instituciones, bajo las cuales los legítimos intereses particulares pueden ser perseguidos"[34].

La opinión del juez Frankfurter, quien concurrió a la decisión mayoritaria, ahonda en la idea que subyace al Estado de derecho. Escribe:

> "[la] histórica frase de 'un gobierno de las leyes, y no de los hombres' es la característica epítome que distingue a nuestra sociedad política"[35]

de otras. Enfatiza que un aspecto fundamental es que exista un poder judicial independiente que zanje las controversias para que impere el gobierno de las leyes. Utiliza la siguiente frase para indicar la relevancia de este aspecto:

> "No puede haber una sociedad de hombres libres si la ley no es administrada por medio de un poder judicial independiente. Si un hombre puede determinar qué es la ley, cualquier hombre puede hacerlo. Esto significa caos primero, tiranía después".

En estas líneas vemos plasmadas dos ideas. La primera, es el hecho de que las reglas buscan promover estabilidad y desarrollo. En palabras de Anthony Kennedy, magistrado de la Corte Suprema de Estados Unidos, cuando los estadounidenses hablan del Estado de derecho precisamente asumen "que estamos hablando de leyes que promueven la libertad, que promueven la justicia y que promueven la igualdad"[36]. En segundo lugar, la idea

[32] United States v. United Mined Workers of America (1947), pp. 306.

[33] *Ibid*.

[34] *Ibid*.

[35] *Op. cit.*, pp. 307.

[36] Anthony Kennedy, juez de la Corte Suprema de Estados Unidos en una entrevista con el presidente de American Bar Association, William Neukom en 2007, citado en Ross, Reynolds & Trager (2020).

de la "lealtad hacia la institucionalidad" que debe ser entendida en el sentido de la importancia del cumplimiento de las normas, elemento central en este principio desde la visión estadounidense. Esto se refiere a la necesaria obediencia debida para con ellas, y, en consecuencia, a la eficacia de las reglas[37].

Los precedentes y la certeza jurídica

En el caso Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania, *et al.*, la Corte Suprema de Estados Unidos se enfrentó a la posibilidad de revertir el fallo de Roe v. Wade, es decir, de revertir un precedente ya establecido por ella misma[38]. A partir de esto, profundizó en una reflexión sobre la legitimidad de la Corte para hacer esto, la confianza depositada en su labor y el valor de los precedentes en tanto encarnan la "continuidad en el tiempo"[39] de las normas o, en otras palabras, el valor de la certeza jurídica. Al fin y al cabo los precedentes son reglas que orientan y en ciertos casos constriñen la labor de las Cortes en la institucionalidad estadounidense.

En la referida sentencia, la Corte sostuvo que, al reexaminar el precedente:

> "El juicio de la Corte se informa de una serie de consideraciones prudenciales y pragmáticas, diseñadas para testear la consistencia de anular lo sostenido con el ideal del Estado de derecho, y evaluar los costos respectivos de reafirmar o anular".

En el fondo, la Corte se debatió entre cambiar el precedente o no, sabiendo que al hacerlo podría poner en cuestión su legitimidad y, en sus palabras, se podría hacer un eventual daño al compromiso de la nación con el Estado de derecho[40].

La misma idea ha destacado Antonin Scalia al llamar la atención sobre las reglas a las que, incluso, la Corte está sujeta; en el sentido de las normas dictadas por el Congreso y las que la misma Corte se ha dado –los precedentes–. Anota:

> "Otra obvia ventaja de establecer lo antes posible un principio claro y general de decisión (es) ser predecible. Aun en tiempos más simples que los actuales, la incertidumbre ha sido vista como incompatible con el Estado de derecho. La aplicación básica de la justicia requiere que aquellos que son sujeto de la ley deban saber qué es lo que ella prescribe"[41].

[37] En este sentido, véase Fallon (1997) y Wood (2003).
[38] Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey (1992).
[39] *Op. cit.*, p. 855.
[40] *Op. cit.*, p. 869.
[41] Scalia (1989).

### Supremacía de la ley sobre todos los individuos

Diane P. Wood, abogada y magistrada de la Corte de Apelaciones (United States Circuit Judge of the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit), se refiere al elemento de la supremacía de la ley sobre todos los individuos, desde el Presidente hasta la Corte Suprema, como otro criterio para señalar que estamos frente al Estado de derecho[42]. En este sentido, la idea de la sujeción del ejercicio del poder a las normas vigentes; para ello, cita un caso emblemático que ejemplifica esto. En United States v. Nixon se alegó la violación de estatutos federales por miembros de la Casa Blanca y el Presidente alegó la existencia de su fuero ejecutivo (*executive privilege*). Posteriormente, cuando la Corte Suprema conoció el caso señaló:

> "Ni la doctrina de la separación de poderes, ni generalizada necesidad de confidencialidad a un nivel alto de comunicaciones, sin más, pueden sostener una absoluta e incondicional privilegio Presidencial de inmunidad contra un proceso judicial en toda circunstancia".

Todavía más, se indicó que aun cuando las Cortes tienen la mayor deferencia por los actos presidenciales:

> "Cuando se demanda fuero Presidencial respecto de materiales solicitados para uso en un proceso judicial criminal se basa, como es en este caso, ya no en motivos de estar implicados secretos diplomáticos o militares, pero meramente bajo motivos de un interés general de confidencialidad, la reivindicación general de fuero del Presidente debe ceder ante la necesidad de evidencia específica y demostrada en un juicio criminal pendiente, y la demanda fundamental del debido proceso de la ley en la administración imparcial de justicia criminal"[43].

Así las cosas, como remarca Wood, la Corte dejó en claro que nadie, ni siquiera el Presidente de la República, está por sobre la ley[44].

En definitiva, y como adelantábamos, no es muy usual que la Corte haga referencia directamente a la noción de Estado de derecho, salvo contadas excepciones. Sin embargo, esto no significa que no se tenga en consideración, sino que se trata de un concepto que, más bien, de manera subyacente, ha ido arraigándose en la jurisprudencia estadunidense a partir del reconocimiento de ciertos elementos determinantes de este como criterios

[42] Wood (2003).
[43] United States v. Nixon (1974), p. 418.
[44] Wood (2003).

orientadores en sus sentencias. Así, la importancia de un poder judicial independiente, criterios de equidad, la supremacía de la ley y el papel de la misma Corte Suprema en su revisión judicial, son elementos del Estado de derecho desarrollado en Estados Unidos que se presentan con regularidad.

## *2. La Corte Suprema y el Tribunal Constitucional chileno*

Si en la Corte Suprema de Estados Unidos la noción de *rule of law* no aparece mencionada regularmente sino que es más bien un concepto subyacente, en el caso de las Cortes chilenas el concepto es mencionado explícitamente en numerosas ocasiones, según veremos a continuación.

### Jurisprudencia sistematizada

Tanto las sentencias de la Corte Suprema como las sentencias del Tribunal Constitucional se refieren con regularidad a este principio. Un claro indicio de ello es que existen más de mil quinientas sentencias que citan textual y precisamente "Estado de derecho" como concepto. Lo anterior, considerando únicamente sentencias de la Tercera Sala de la Corte Suprema y en general del Tribunal Constitucional[45].

Con todo, si se analiza la jurisprudencia sistematizada del Tribunal Constitucional, llama la atención que la noción del Estado de derecho solo aparece en cláusulas que no parecen ser centrales. En efecto, en las más de seiscientas páginas que contempla la *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011)*, la expresión de Estado de derecho aparece nombrada solo veintiocho veces y en cláusulas tales como la "retroactividad de la ley como atentado al Estado de derecho" o que "Ediciones oficiales de los Códigos contribuyen a la vigencia del Estado de derecho"[46]. Por lo mismo, la mayoría de las veces que las Cortes hacen referencia a dicho principio lo hacen de manera más bien tangencial.

Lo anterior puede interpretarse como que, a pesar de que dicho principio es de radical importancia, su significado se da por sentado, ya que pareciera haber una base que se asume compartida. Así, en vez de abocarse a la determinación de su sentido y alcance, lo utilizan más bien para puntualizar, aclarar o reforzar ideas y posturas, indicando cuando el Estado de derecho está siendo preservado o cuando está siendo vulnerado por determinadas actuaciones o leyes.

[45] Véase, por ejemplo en Vlex, plataforma de búsqueda de jurisprudencia y doctrina, los resultados de búsqueda: https://bit.ly/3lCEFxP [fecha de consulta: 12 de octubre de 2021].

[46] Navarro y Carmona (2011).

Así, por ejemplo, ocurre en los casos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas como el art. 1.º de la Ley n.º 18216, que establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, donde se menciona al Estado de derecho en asociación con principios y normas relativas al derecho penal[47]. En efecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional, rol 3306-17, se aborda específicamente la importancia del principio de legalidad en materia de derecho penal, y de qué manera esto es un requisito consustancial al Estado de derecho. En particular, señala el Tribunal:

> "El principio de legalidad ha sido calificado por algún autor como el 'eje diamantino sobre el que ha de girar el Derecho Penal en un Estado de derecho': sólo si se satisfacen suficientemente las garantías derivadas del principio de legalidad, esto es, la reserva de ley, la prohibición de analogía, la irretroactividad de la ley penal y el principio non bis in ídem, puede considerarse el Derecho Penal ajustado a las exigencias de un Estado de derecho democrático"[48].

Luego, en la misma sentencia en su considerando cuadragésimo desliza que, de la misma manera, el principio de seguridad jurídica es parte del Estado de derecho. Así, de a poco surgen elementos relevantes y constitutivos de dicho concepto.

## Definición del Estado de derecho

Una delimitación de los elementos de este principio se da en la sentencia del Tribunal Constitucional usualmente denominada "Deuda subordinada"[49]. En dicha ocasión, la magistratura se refirió a este principio indicando que la misma Carta Fundamental consagra la existencia de "un Estado de derecho". Según señaló el Tribunal, esto sería patente de lo dispuesto en "los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad"[50]. De esta manera, claramente lo asocia a los principios de soberanía, supremacía constitucional y legalidad expresados en dichos artículos.

Sobre los elementos propios del Estado de derecho señaló que se encuentran al menos:

> "La seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y

[47] Requerimiento de inaplicabilidad (2017). En el mismo sentido, Requerimiento de inaplicabilidad (2019).

[48] Requerimiento de inaplicabilidad (noviembre, 2017), considerando 15.º.

[49] Requerimiento de constitucionalidad (1995).

[50] Requerimiento de constitucionalidad (1995), considerando 67.º.

> normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se sujeta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados"[51].

En el mismo sentido, en una sentencia de la Corte Suprema que rechaza un recurso de casación –en el fondo y en la forma– en un caso en que se impugna una actuación de una autoridad municipal, se señala uno de los componentes más importantes del principio de Estado de derecho y se entrega una definición que refuerza la idea de su relevancia en nuestro diseño institucional. En particular, la Corte señaló que, según los requirentes, el supuesto error en que habría incurrido la sentencia objeto de la casación sería haber establecido como apropiado un "reclamo de ilegalidad", el cual no estaba verdaderamente justificado de manera adecuada en tanto solo podría proceder habiéndose infringido leyes en sentido estricto, lo que no sería el caso. A propósito de esto, la Magistratura advirtió:

> "La expresión 'ilegalidad' debe ser entendida en su sentido más amplio, esto es, como contrario a derecho, toda vez que el principio de juridicidad que se encuentra consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, constituye la columna vertebral de todo el Estado de derecho"[52].

A su turno, sostuvo que ese principio:

> "Consiste en la sujeción plena, total e integral de todos los órganos de la Administración del Estado a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Es decir, la sumisión del Estado no es sólo a la ley, sino al Derecho, que comprende diferentes órdenes jurídicos"[53].

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha dicho que el control de legalidad de los actos administrativos por parte del juez es parte fundamental para el Estado de derecho[54].

De esta manera, es posible sostener que el principio del Estado de derecho se encumbra como una piedra fundamental de la institucionalidad

---

[51] Requerimiento de constitucionalidad (1995), considerando 7.º.

[52] Delegación zonal de Chiloé del Colegio de Arquitectos de Chile con Directora de Obras de la Municipalidad de Castro (2015), considerando 12.º.

[53] *Ibid.*

[54] Pesquera Bio-Bio SA contra Inspección Comunal del Trabajo de Talcahuano (2010), considerando 2.º. En el mismo sentido, se ha dicho que el principio de legalidad de la administración es un supra principio que le imprime un sello al Estado de derecho moderno, en Cimm Tecnologías y Servicios S.a. con Dirección Regional Trabajo V Región y Otros (2008).

chilena, y que, a su vez, está estrechamente atado a las nociones de certeza jurídica y legalidad. Por otro lado, de nuestra revisión aparece que las Cortes han afirmado que el principio del Estado de derecho implica, a rasgos generales, la supeditación necesaria de la actuación de toda autoridad a la Constitución y las leyes vigentes. Adicionalmente, en ciertas ocasiones han destacado también que este principio implica un límite en el ejercicio de la soberanía de los representantes en su acción legislativa –es decir, en el proceso de formación de la ley–, en tanto la Constitución le demarca límites. De lo anterior, se sigue que la revisión judicial de las leyes es un elemento constitutivo del Estado de derecho[55]. En esto, ahondaremos a continuación.

## Estado de derecho y revisión judicial de constitucionalidad

En ocasiones el Tribunal Constitucional ha dejado entrever una visión más sustantiva del concepto de Estado de derecho. Un ejemplo en este sentido lo encontramos en la sentencia "Píldora del día después (I)"[56]. En dicho fallo del Tribunal Constitucional, los requirentes adujeron que la normativa vulneraba, entre otras normas, los artículos fundamentales del Estado de derecho en Chile, esto es, los arts. 6 y 7. Más allá de entrar al fondo del asunto, es interesante mostrar de qué manera el Tribunal consideró que la noción y el concepto de Estado de derecho eran relevantes en el contexto en que fue invocado.

En la sentencia, la magistratura se refirió a la naturaleza del conflicto y la pertinencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre una discrepancia entre los poderes colegisladores, entre los diferentes poderes del Estado y las desavenencias entre las instituciones que resultaran de un eventual choque de competencias[57]. El Tribunal ahondó largamente en el tema e indicó que era necesario el pronunciamiento de su parte, ya que dejar el conflicto sin resolver significaría "abdicar gravemente de la primera responsabilidad que le cabe al titular del sistema de solución de conflictos de constitucionalidad"[58]. Aun más, citando una sentencia anterior de la misma magistratura, el Tribunal indicó:

[55] Véase, por ejemplo: Requerimiento de inaplicabilidad (junio, 2015); Requerimiento de inaplicabilidad (agosto, 2015); Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería (2021); entre otros.

[56] Se reclamó la inconstitucionalidad de la norma que se autorizaba la consejería a menores a partir de los 14 años, sin el consentimiento ni el conocimiento de sus padres, y la utilización de la llamada "Píldora del Día Después" en los Servicios de Salud Municipalizados del país, bajo la modalidad de libre disposición.

[57] Requerimiento de inconstitucionalidad (2008).

[58] *Op. cit.*, considerando 3.°.

> "La decisión también se extiende sobre uno de los pilares básicos de nuestro Estado de derecho, cual es el ámbito de las atribuciones de este Tribunal para velar por el fiel cumplimiento del principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 6° del Capítulo I sobre Bases de la Institucionalidad"[59].

En el mismo sentido, en 2008 para el caso conocido como Píldora del Día Después (II), reforzó la idea de la unión inherente que existe entre la jurisdicción constitucional con el Estado de derecho. En aquella ocasión, expresó:

> "La resolución de conflictos constitucionales como el de la especie, confiada por el Poder Constituyente al Tribunal Constitucional, tiende a reforzar la plena vigencia del Estado de derecho, tanto en su aspecto material como formal"[60].

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que la declaración de inconstitucionalidad:

> "En nada vulnera sino que, por el contrario refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley"

y más todavía que esta competencia:

> "Procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones"[61].

Así, el Tribunal utiliza la noción de Estado de derecho para referirse a la imposibilidad de dejar de actuar, y especialmente de ejercer sus atribuciones en los casos que proceda según ha establecido la Carta Fundamental, pues atentaría contra la supremacía constitucional y, en última medida, contra un pilar del Estado de derecho.

En este sentido, se explica que el papel que le compete a la magistratura constitucional al velar por la sujeción de las actuaciones de las diversas autoridades a la Constitución y las leyes, también se da en el ejercicio del poder dentro del ámbito de competencias que aquellas normas permiten, ya que es una manifestación del mismo principio. Como se ve, se invoca el

[59] Requerimiento de inconstitucionalidad (2008), considerando 4.º.
[60] *Op. cit.*, considerando 20.º.
[61] *Op. cit.*, considerando 7.º.

Estado de derecho como herramienta orientadora para el ejercicio de la interpretación constitucional, de la labor misma del Tribunal Constitucional, y en última instancia se hace un reconocimiento a que la jurisdicción constitucional es un elemento fundamental en el Estado de derecho constitucional.

## Estado de derecho y debido proceso

Por otra parte, un elemento relevante es la relación entre el Estado de derecho y las garantías del debido proceso. Al respecto el Tribunal se pronunció en un proceso de declaración de inconstitucionalidad de oficio de un artículo del *Código Tributario*[62]. Para lo que nos concierne, el Tribunal se refirió a dos ideas relevantes. La primera es que vuelve a indicar que el principio de certeza jurídica es un elemento consustancial al principio del Estado de derecho, "cuya custodia se le ha encomendado" a dicha magistratura.

La segunda, es la relación que existe entre este principio político y determinadas garantías, tales como el derecho al juez natural y en general las garantías del debido proceso. En específico, el Tribunal señaló:

> "El hecho de que una persona sólo pueda ser juzgada por el tribunal que le señale previamente la ley y por el juez que lo representa, al tenor de las normas citadas, constituye, por un lado, un derecho esencial que se asegura a toda persona [...]. A la vez, representa un elemento fundamental para la seguridad jurídica, pues impide que el juicio destinado a afectar los derechos y bienes se realice por un tribunal o por un juez distinto del órgano permanente, imparcial e independiente a quien el legislador ha confiado tal responsabilidad y que se cumple por las personas naturales que actúan en él. Como puede observarse, el Estado de derecho mismo, en cuanto adecuado equilibrio entre el orden y la libertad, es el que resulta afianzado con el debido respeto al principio de legalidad del tribunal"[63].

## Estado de derecho y control de la Administración

Finalmente, en el último tiempo la Corte Suprema se ha abocado a la revisión de la aplicación de ciertas medidas en el contexto de la pandemia del Covid-19 y el Estado de Excepción Constitucional. En el caso que revisaremos se discutió la importancia de la fundamentación de los actos discrecionales de la administración, en tanto hay un espacio para la discreción, pero, que en

[62] Proceso de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del *Código Tributario* (2007).

[63] *Op. cit.*, considerando 25.°.

ningún caso implica que el acto puede estar exento de racionalidad, criterio que fue sostenido por la Corte. En su argumentación, la sentencia indica:

> "La Administración se encuentra sometida a la Constitución y las leyes de la República, requisito *sine quanon* de todo Estado de derecho"[64],

realzando de esta manera la idea de un Estado de derecho como control sobre los gobernantes.

De lo anteriormente expuesto, es necesario rescatar a lo menos tres ideas. Primero, que la noción de Estado de derecho está explícita en el razonamiento de nuestras Cortes. Luego que, en lo que respecta a su contenido, es un concepto que está fuertemente ligado al principio de certeza jurídica. Por lo mismo, Estado de derecho es sinónimo de la sujeción de los actos de toda autoridad a sus límites y dentro del campo establecido por la Constitución y las leyes. Por último, esto se vincula con la revisión judicial en tanto este mecanismo contra mayoritario que busca hacer valer la supremacía constitucional y –al contrario de que lo que hoy es común escuchar– en última instancia proteger la democracia constitucional.

## VI. Ideas finales. Notas para la concreción del Estado de derecho en Chile

Toda la pluralidad de orígenes, alcances y perspectivas de la noción de Estado de derecho no impide afirmar que ha sido, es y posiblemente seguirá siendo, un principio fundamental para el derecho público y para el constitucionalismo. No por nada, Waldron lo califica como "una estrella en una constelación de ideales que dominan nuestra moralidad pública", junto a la democracia, los derechos humanos y la libertad económica[65]. Francesco Viola escribe que es "el punto de partida del camino del derecho hacia la justicia, pero también su punto de llegada obligado"[66]. Y Hayek lo considera no tanto como una regla legal sino como una "doctrina metalegal"[67]. Y aun cuando hay críticas a la plasticidad del concepto[68], todo indica que seguirá siendo una noción inscrita entre los ideales de una sociedad civilizada.

---

[64] Librería Giorgio San Pedro Ltda. con Secretaría Regional Ministerial de Salud del Bíobio (2021), considerando 6.º.

[65] Waldron (2011).

[66] Viola (2017), p. 20.

[67] Havek (1997), p. 260.

[68] Una reciente puede leerse en Paul Burgess, "Why we need to abandon 'The Rule of Law", IACL-IADC Blog (September 21, 2021). Disponible en https://blog-iacl-aidc.org/2021-posts/2021/9/21/why-we-need-to-abandon-the-rule-of-law [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

Visto así, terminaremos esta reflexión proponiendo algunas líneas para concretar el concepto de Estado de derecho en nuestra propia tradición jurídica. Ello pues, como ha quedado de manifiesto, la disparidad conceptual que hay tras la idea de Estado de derecho exige atar su concreción a la propia tradición legal en la cual se utilizará como argumento doctrinal o jurisprudencial.

Con tal objetivo es que proponemos algunas ideas generales.

## Un concepto relevante tanto para el derecho constitucional como para el derecho administrativo

Nuestra comunidad académica tiende a vincular la noción de Estado de derecho con el derecho constitucional más que con el derecho administrativo. Si bien ambas ramas del derecho público tienen una íntima relación con el principio, lo cierto es que su desarrollo y reflexión ha estado más próximo a la reflexión constitucional que administrativa.

Ello no fue siempre así. Como recuerda Bernardino Bravo Lira refiriendo a un trabajo de Eric Palma, los orígenes del concepto en Chile están ligados a la enseñanza del derecho administrativo y, más específicamente, en las lecciones de Juan Antonio Iribarren y Ernesto Merino, ambas editadas en 1936. Décadas después, en los cincuenta, siguen siendo los administrativistas quienes prestan mayor atención al concepto de la mano de Patricio Aylwin y luego Enrique Silva Cimma. En cambio, anota Bernardino Bravo Lira, "los constitucionalistas van claramente a la zaga de los administrativistas", siendo Bernaschina el primero que presta atención al concepto (1955), aunque antes ya Rafael Raveau lo había mencionado (1939)[69].

Como resulta evidente, tanto el derecho administrativo como el constitucional debieran llenar de contenido la noción de Estado de derecho. Ese diálogo contribuirá a resolver una tensión muy propia en la relación de ambas ramas del derecho público evitando, por una parte, una excesiva vinculación del Estado de derecho con el principio de legalidad formal y las reglas de responsabilidad del Estado y, por otra, evitar vaciar de contenido aplicable al principio y transformarlo en un concepto más próximo a la filosofía política que al operador jurídico. Que el concepto sirva de base intelectual tanto a constitucionalistas como administrativistas contribuye a ese equilibrio.

## Un concepto que debe reconocer la evolución de nuestra Constitución escrita

La doctrina y jurisprudencia chilena consideran que el Estado de derecho en Chile se encuentran anclado a los arts. 6 y 7 de nuestra Constitución.

[69] Bravo Lira (1996), p. 28.

Ambas disposiciones, tal como es propio de cualquier evolución constitucional, combinan elementos incorporados en la Constitución de 1980 con otros que tienen larga tradición en nuestro constitucionalismo. Así, según ha mostrado Jaime Arancibia, pueden encontrarse en ambos artículos disposiciones originales de la Constitución de 1818, 1833, 1925, 1980 y de la Reforma del 2005[70].

La más arraigada parece ser la contenida en el inciso segundo del art. 7 que, al decir de Eduardo Soto Kloss, constituye la regla de oro del derecho público chileno. Dicha disposición, obra de Mariano Egaña, dispone desde hace casi dos siglos que ninguna magistratura, persona o grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los conferidos por la Constitución o las leyes[71].

En términos globales, el entramado normativo que nace de los arts. 6 y 7 consagra, en primer lugar, la supremacía de la Constitución, esto es, que la Constitución obliga a todos los órganos del Estado así como a toda persona, institución o grupo. También consagra el principio de legalidad que exige para la actuación válida de los órganos del Estado el sometimiento a la ley. Por último, establece la responsabilidad como principio fundamental del Estado de derecho.

Estas tres facetas de los arts. 6 y 7 de la Constitución han sido ampliamente estudiadas por la doctrina y regularmente aplicadas por la jurisprudencia. Son, entonces, normas vivas que han dado forma a nuestra concepción de Estado de derecho.

## Control y contrapesos

Crecientemente se ha ido consolidando la convicción de que la noción de Estado de derecho no implica solo respetar cierto marco normativo dado, sino que, también, ser susceptible de control en el ejercicio de las diversas atribuciones. Así, el control ha pasado a formar parte integral del Estado de derecho de la mano de órganos que han crecido institucionalmente en las últimas décadas.

Por eso es que, cuando se habla de Estado de derecho en Chile, también se piensa en la Contraloría General de la República cuyo papel primordial es el control de la Administración. Igualmente, el concepto se vincula con los tribunales de justicia, de los que se espera un análisis imparcial para resolver las contiendas que se le presentan.

Desde un punto de vista más contingente, las críticas reiteradas al Congreso Nacional, en especial, a su Cámara de Diputadas y Diputados, por

[70] Arancibia (2020).
[71] Soto Kloss (1989).

la vulneración de diversas reglas del proceso legislativo se tiende a vincular con un deterioro del Estado de derecho. En efecto, si la institución llamada a escribir las reglas no es capaz de respetar los límites que estas mismas reglas imponen, hay un debilitamiento del Estado de derecho y una falla en el control interno y externo. Por eso fue tan criticada la proclama de la presidenta del Senado, Adriana Muñoz (PPD), quien sostuvo:

> "Prefiero cometer un sacrilegio con la Constitución y ser destituida como senadora que pasar por sobre la demanda urgente de padres y madres"[72].

Y la del presidente de la Cámara de Diputadas y Diputados, Iván Flores (DC), quien reconoció que bajo su mandato se había iniciado la tramitación de proyectos inconstitucionales porque así "se ayudaba a revisar temas que era urgente resolver"[73]. Ambas citas no solo dan cuenta de una degradación legislativa sino de un evidente deterioro del Estado de derecho en los últimos años, liderado por legisladores cuyo papel institucional era velar por su protección.

Lo mismo se aprecia cuando la recién nacida Convención Constituyente intenta arrogarse un poder constituyente sin límites o desconocer las reglas que regulan su actuar. Todavía está por verse el daño que estas conductas generen en todo el proceso.

### Un contenido crecientemente desformalizado

Finalmente, decir Estado de derecho en Chile es cada vez más no solo un respeto a las reglas o la existencia de control y contrapesos. También la noción se ha ido llenando paulatinamente de un cierto contenido sustantivo[74]. Si bien, como ya advertimos, los aspectos sustantivos lo transforman en un concepto de fronteras difusas, lo cierto es que tal entendimiento no hace sino seguir una tendencia global en el constitucionalismo[75].

Una versión más acotada de la faceta sustantiva del concepto está dada por la idea de estabilidad y certeza jurídica que acompaña al clásico principio de legalidad. Es cierto que la estabilidad no es un aspecto propia-

[72] *El Mercurio*, Santiago, 4 de junio de 2020, p. C2.

[73] "Un trabajo prelegislativo entre el gobierno y el Congreso puede ahorrar muchos problemas": *El Mercurio*, Santiago, 5 de abril de 2020, p. C2.

[74] Por mencionar algunos autores nacionales, véase el desarrollo del concepto en Cea (2015), pp. 291 y ss. Ahí, sin abandonar los aspectos formales, agrega "El Estado de derecho es aquella Nación-Estado o Estado-Sociedad en que impera un sistema jurídico justo [...] tal tipo de Estado tiene ostensible sentido axiológico, imposible de limitar al positivismo formal de la legalidad escrita [...]. En igual sentido, Soto Kloss (2010), p. 575 y ss.

[75] Grimm (2016), pp. 348 y ss. En similar sentido, Barber (2018), p. 85 y ss.

mente sustantivo. Con todo, y como ha escrito Francesco Viola, hay algo de materialidad cuando se pone énfasis en la certeza y estabilidad del derecho:

> "El deber principal de la *rule of law* es fundamentalmente el de asegurar la estabilidad de los significados normativos mediante procedimientos interpretativos y argumentaciones controladas y consolidadas. La inestabilidad de los significados normativos conduce al arbitrio y esto es siempre fuente de injusticia"[76].

Es decir, la desformalización del concepto en nuestro derecho no pasa aún por llenarlo de una materialidad sin límites. Sino que por incorporar en los procesos de interpretación del derecho y argumentación el valor de una cierta estabilidad (que no es inmutabilidad) del contenido de las normas para así evitar el arbitrio y la injusticia. Visto así, entonces, la faceta sustantiva no es aquella que nos proponía Dworkin sino, más bien, un contenido determinado sometido a un cambio paulatino.

Con todo, no puede desconocerse que, también en Chile, la plasticidad del concepto parece bien resumida cuando John Finnis escribe que Estado de derecho es aquel "sistema jurídico (que) está jurídicamente en buen estado"[77]. Y, crecientemente, tal cualidad solo puede predicarse de un Estado que se esfuerza por satisfacer los derechos fundamentales de sus habitantes, en la medida de sus posibilidades y con niveles aceptables de eficiencia y eficacia.

Si cuando mañana digamos "Estado de derecho" estamos también diciendo "bienestar, progreso y respeto a los derechos fundamentales" es una cuestión todavía incierta. Solo sabemos que hay luces que nos permiten sostener que poco a poco nuestra concepción se dirige hacia ese destino.

## VII. Conclusiones

1. Esta publicación ha examinado la noción de Estado de derecho desde al menos tres perspectivas, buscando entregar elementos que permitan definir el marco conceptual que determina el contenido de dicho principio. Se observa una multiplicidad de acepciones que son consecuencia de diversos orígenes, cualidades y aplicaciones jurisprudenciales. Por eso concluimos con sugerencias que, en el contexto de la institucionalidad chilena, pretenden contribuir a consolidar una concepción de Estado de derecho chileno.

[76] Viola (2017), p. 126.
[77] Finnis (2000), p. 298.

2. Comenzamos esta publicación siguiendo el análisis planteado por Loughlin, y realizando un breve examen del origen de la idea de Estado de derecho. Aquí observamos que el mismo concepto está marcado por orígenes diversos y que en su evolución influyeron tanto el contexto histórico como la tradición desde donde fue desarrollado, esto es, la anglosajona, la alemana, la francesa y la hispana. Pese a esta diversidad, el examen arroja ciertas luces que permiten una mejor comprensión del concepto, ya que se encuentran elementos comunes que se reiteran y subyacen a la noción de *rule of law*, *l'Etat de droit*, *rechtsstaat* y Estado de derecho. De esta manera, es posible trazar en las discusiones que dan origen al Estado de derecho al menos un principio en común: la necesidad que existan cotos vedados al legislador, pues la simple exigencia de gobernar por medio de leyes no es protección suficiente de los derechos y libertades de toda persona.
3. Luego el ensayo se detiene en la diversidad de contenidos. Para eso se examinan las versiones formales y sustantivas de la noción del Estado de derecho. Si bien ambas admiten matices, las primeras sostienen que el Estado de derecho se configura a partir de la necesidad de respetar determinados elementos formales, mientras que las segundas agregan que, para poder ser calificado como un Estado de derecho, es necesario cumplir con exigencias materiales tales como la protección de los derechos fundamentales. Como consecuencia de momentos históricos en los cuales al amparo de las leyes se cometieron atropellos a los derechos fundamentales, la versión sustantiva es la más extendida.
4. Más adelante se revisan otras versiones del Estado de derecho que dan cuenta de su plasticidad. Una de ellas es la correlación entre el respeto al Estado de derecho y el progreso y la consolidación de las democracias de los países, que ha estudiado el *law & development*. Algunos de los elementos que destaca esta versión del Estado de derecho son: la protección del derecho de propiedad, la exigibilidad de los contratos, reformas institucionales que afecten las interacciones diarias entre los ciudadanos y el sistema legal, entre otros. Pese a esta pluralidad de factores, y como han estudiado Versteeg y Ginsburg, todos los índices que miden el Estado de derecho en los diversos países tienen un cierto hilo conductor en su significado final, que trasciende la diversidad en el concepto.
5. Otra expresión del mismo concepto se aprecia en la noción de Estado social de derecho. Este concepto ha sido recogido y plasmado de variadas formas, cada una acorde con la interpretación

que la respectiva cultura constitucional realiza. En estas páginas se ha elaborado brevemente una concepción de Estado social de derecho que se sobrepone a las miradas que consideran que se trata exclusivamente de un Estado intervencionista. Por el contrario, el Estado social de derecho propone un contenido sustantivo al viejo Estado de derecho formal y ese contenido sustantivo impone una cierta obligación de resultado para la consecución de un determinado bienestar entre las personas. No es entonces una obligación de medios que exija un único camino para satisfacer aquellos resultados, sino que un mandato a procurar una diversidad de medios para satisfacer un mismo fin, el bienestar social.

6. La diversidad que se ha expresado hasta aquí se manifiesta también en perspectiva jurisprudencial, tras revisar la heterogénea aplicación que determinadas Cortes hacen del concepto de Estado de derecho. Por un lado, como hemos visto, no es común que la Corte Suprema de Estados Unidos haga referencia directamente a la noción de Estado de derecho. En este caso se trata de un concepto subyacente que ha ido arraigándose en la jurisprudencia estadounidense a partir del reconocimiento de elementos constitutivos del *rule of law* tales como: la importancia de un poder judicial independiente, la supremacía de la ley, el respeto a los precedentes y el papel de la misma Corte Suprema en la revisión judicial.
7. A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, en las Cortes chilenas sí se utiliza con bastante frecuencia el concepto de Estado de derecho, aunque regularmente no se ahonda en su contenido. Pese a ello hay elementos que se destacan en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema. Especialmente, la referencia a los arts. 6 y 7 de la Constitución como elementos que constituyen el Estado de derecho y la relación de este con las garantías de independencia del Poder Judicial, con la certeza jurídica y la legalidad.
8. De esta forma, el análisis ha dado cuenta de que, a pesar de la multiplicidad de elementos que cruzan el concepto Estado de derecho, ya sea por sus orígenes diversos, por la variada interpretación anclada a cada identidad constitucional o por el dispar tratamiento que hacen las Cortes, la noción de Estado de derecho sí ofrece un significado final que, como se ha anotado, "conocemos cuando lo vemos".
9. Finalmente, se proponen ciertos elementos para tener a la vista en la búsqueda de la concreción del concepto del Estado de derecho en Chile. Para ello sugerimos cuatro ideas. La primera es que este

concepto debe ser desarrollado tanto en sede constitucional como en sede administrativa, pues su contenido está íntimamente ligado a ambas. Segundo, que se considere que crecientemente este concepto ha ido relacionándose con la importancia del control y los contrapesos, en tanto implica la posibilidad de la revisión de los actos de la autoridad, buscando que estos se ajusten a los marcos y normativas vigentes en todo momento. En el mismo sentido, y en tercer lugar, el desarrollo de este concepto debe hacerse considerando siempre la tradición constitucional de Chile. Por eso no puede olvidarse que usualmente se relaciona con los arts. 6 y 7 de la Constitución, disposiciones cuya configuración pueden rastrearse en los orígenes del constitucionalismo chileno. Finalmente, se debe considerar la creciente desformalización de la noción de Estado de derecho y su aproximación a una categoría más sustantiva, sin dejar de tener a la vista el riesgo que esto puede encarnar.

## Bibliografía

Arancibia, J. (2020). *Constitución Política de la República de Chile. Edición histórica. Origen y trazabilidad de sus normas desde 1812 hasta hoy*. Disponible en www.uandes.cl/wp-content/uploads/2020/09/CPR-Edicio%CC%81n-Histo%CC%81rica.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

Barber, N. W. (2003). "The Rechtsstaat and the Rule of Law [Reseña de Weimar: *A Jurisprudence of Crisis*, by A. Jacobson & B. Schlink]". *The University of Toronto Law Journal*, 53(4). https://doi.org/10.2307/3650895

Barber, N W. (2018). *The principles of constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press. DOI:10.1093/oso/9780198808145.001.0001.

Bill, R. (2013). "The Rule of Law and courts in democratizing regimes", in K. Wittington *et al*. (eds.). *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press.

Bravo Lira, B. (1996). *El Estado de derecho en la historia de Chile*. Santiago: Ediciones UC.

Candia, G. (2016). "La concepción sustantiva del Estado de derecho: problemáticas y desafíos". *Revista Jurídica*, 13 (2). DOI: 10.17151/jurid.2016.13.2.2.

Candia, G. (2017). "El Estado de derecho: ¿al servicio de los derechos fundamentales?". *Revista de Derecho*, vol. xxx, n.º 2. DOI: 10.4067/S0718-09502017000200008.

Cea, J. L. (2015). *Derecho constitucional chileno*. 3ª ed. Santiago: Ediciones UC, tomo i.

Cerda, J. M. (ed.) (2019). *El Estado de derecho en el mundo hispánico*. Disponible en www.cijc.org/pt/dosieres/Dosieres/El%20Estado%20de%20Derecho%20en%20

el%20Mundo%20Hisp%C3%A1nico.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

Fallon, R. H. (1997). "The rule of law" as a concept in constitutional discourse. *Columbia Law Review*, vol. 97, n.º 1. https://doi.org/10.2307/1123446.

Farber, D., W. Eskridge, P. Frickey (2003). *Constitutional Law. Themes for the constitution's third century*. 3ª ed. St. Paul: West Academic Publishing.

Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Glendon, Mary Ann (1998). "El lenguaje de los derechos". *Estudios Públicos*, n.º 70. Disponible en www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160303/20160303183630/rev70_glendon.pdf [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

Grimm, D. (2016). *Constitutionalism. Past, present and future*. DOI:10.1093/acprof:oso/9780198766124.001.0001.

Hall, Kermit (ed.) (2005). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States.* 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.

Havek, F. (1997). *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial, tomo ii.

Kahn, Paul. (2016). "Una perspectiva para el constitucionalismo comparado: el análisis cultural del Estado de derecho occidental". *Revista de Derecho*, vol. xxix, n.º 1.

Kauper, P. (1961). "The Supreme Court and the Rule of Law", 59 *Michigan Law Review*, Rev. 531. Disponible en https://repository.law.umich.edu/mlr/vol59/iss4/6 [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

Krygier, M. (2012). "Rule of Law", in M. Rosenfeld & A. Sajó (eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. DOI:10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0012.

Lockhart, W., Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon (1996). *Constitutional Law*. 8ª ed. United State: West Publishing.

Loughlin, M. (2010). *Foundations of Public Law*. Oxford: Oxford University Press.

Navarro, E. y C. Carmona (eds.) (2011). "Recopilación de jurisprudencia del tribunal constitucional (1981-2011)". *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n.º 45. Disponible en www.tribunalconstitucional.cl/descargar_documento2.php?id=1479 [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

Pardo, J. E. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid: Marcial Pons.

Ross, S. D., A. Reynolds & S. D. Trager (2020). *The law of journalism and mass* communication. 7ª ed. United State: Sage Publishing.

Santa María Pastor, J. A. (2004). *Principios de derecho administrativo general.* Madrid: IUSTEL.

Scalia, A. (1989). "The Rule of Law as a Law of Rules". *University of Chicago Law Review*, vol. 56, Issue 4, Article 1. Disponible en https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol56/iss4/1 [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

Soto Kloss, E. (1989). "La regla de oro del derecho público chileno: sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1883". *Anales de la Universidad de Chile*, n.° 20. doi:10.5354/0717-8883.2012.23545.

Soto Kloss, E. (2010). "Estado de hecho o Estado de derecho. La protección de los derechos de las personas en la Constitución y en la práctica", en *Derecho administrativo. Temas fundamentales*. 2ª ed. Santiago: Abeledo Perrot.

Sullivan, K. & G. Gunther (2004). *Constitutional Law.* 15ª ed. Estados Unidos: Foundation Press.

Tamanaha, B. (2013). *En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Trebilcock, M. & M. Mota Prado (2014). *Advanced Introduction to Law and Development*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.

Versteeg, M. & T. Ginsburg (2017). "Measuring the Rule of Law: A Comparison of Indicators". *Law & Social Inquiry*, vol. 42, issue 1. DOI:10.1111/lsi.12175.

Viera, C. (2015). "Estado social como fórmula en la Constitución chilena", en H. Nogueira (coord.). *Las bases de la institucionalidad. Realidad y desafíos*. Santiago: Librotecnia.

Viola, F. (2017). *Rule of Law. El gobierno de la ley, ayer y hoy*. Lima: Palestra.

Waldron, J. (2011). "The rule of law and the importance of procedure" in J. Flaming (ed.). *Getting to the Rule of Law*. NOMOS. New York: NYU Press.

Wood, D. P. (2003). "The Rule of Law in Times of Stress". *University of Chicago Law Review*, vol. 70, 455. Disponible en https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3057&context=journal_articles [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

Younes, D. (2019). *Derecho constitucional colombiano.* Bogotá: Legis Editores.

## *Jurisprudencia nacional*

Cimm Tecnologías y Servicios S.A. con Dirección Regional Trabajo V Región y otros (2008): Corte Suprema, causa n.° 2609/2008 (apelación). Resolución n.° 17834 de Corte Suprema, Sala Tercera (Constitucional), 2 de julio de 2008.

Control de Constitucionalidad respecto del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, correspondiente al *Boletín* n.° 8970-06 (2021): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.° 9939-20, 1 de abril de 2021.

Delegación zonal de Chiloé del Colegio de Arquitectos de Chile con Directora de Obras de Municipalidad de Castro (2015): Corte Suprema, 26 de noviembre de 2015, rol 1669-2015 (recurso de casación)

Librería Giorgio San Pedro Ltda. con Secretaría Regional Ministerial de Salud del Bíobio (2021): Corte Suprema de Chile, rol n.° 150.549-2020, 22 de marzo de 2021.

Pesquera Bio-Bio S.A. con Inspección Comunal del Trabajo de Talcahuano (2010): Corte Suprema de Chile, rol n.º 6475/2010 (apelación). Resolución n.º 37951, Sala Tercera (Constitucional), 8 de octubre de 2010.

Proceso de oficio para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 116 del *Código Tributario* (2007): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.° 681-06, 26 de marzo de 2007.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 393, inciso segundo del *Código Procesal Penal*, deducido por Metalúrgica Vergara hermanos Limitada (2015): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 2702-14, 11 de junio de 2015.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4° de la ley n.º 18883, deducido por Boris Fernández Ormeño (2015): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 2740-14, 20 de agosto de 2015.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Pedro Valdivia Soto respecto del artículo 391 n.º 1, quinta causal del *Código Penal*, en el proceso criminal rol n.° 7.981, del ex Sexto Juzgado del Crimen de Santiago, instruido por el ministro en visita extraordinaria Alejandro Madrid Crohare, en actual conocimiento de la Corte de Apelaciones de Santiago (Secretaría Criminal), por recursos de casación en la forma y apelación, bajo el rol n.º 522-2016 (2017): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 3306-17, de 16 de noviembre de 2017.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Francisco Lipimán Calpán respecto del inciso segundo del artículo 1° de la Ley n.º 18216 y del inciso segundo del artículo 17 B de la Ley n.º 17798, en el proceso penal RIT 82-2016, RUC 1510035995-K, seguido ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Los Ángeles (2017): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 3185-16, 27 de marzo de 2017.

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Leandro Enrique Betancourt Díaz respecto del artículo 449 n.º 1 del Código Penal, en el proceso penal RUC N° 1800514968-8, RIT N° 565-2018, seguido ante el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en actual conocimiento de la Corte Suprema, por recurso de nulidad, bajo el rol n.º 31246-2018 (2019): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 5835-18, 25 de junio de 2019.

Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las "Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad", aprobadas por el decreto supremo n.º 48, de 2007, del Ministerio de Salud (2008): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 740-07, 5 de marzo de 2008.

Requerimiento de un grupo de diputados respecto del proyecto de ley que deroga el inciso cuarto del artículo 10 de la Ley n.º 18401, sobre capitalización de dividendos en los Bancos con obligación subordinada (1995): Tribunal Constitucional de Chile, rol n.º 207-95, 22 de enero de 1995.

*Jurisprudencia extranjera*

Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 550 U.S. 833 (1992).

United States v. Nixon, 418 U.S. 683 (1974)

United States v. United Mined Workers of America, 330 U.S. 258 (1947).

*Otros*

Diarios de sesiones de la Cámara de Diputados entre la sesión 91 especial (20 de octubre de 2019) y la sesión 104 especial (13 de noviembre de 2019), en Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Diarios de Sesiones Quincuagésimo Quinto Período Legislativo (11-03-2018 a 10-03-2022)*. Disponible en www.bcn.cl/historiapolitica/corporaciones/periodo_detalle?inicio=2018-03-11&fin=2022-03-10&periodo=1990-2026&cam=Diputados [fecha de consulta: 28 de octubre de 2021].

# LOS REGLAMENTOS DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL. COMPLEJA ANTESALA PARA LA DISCUSIÓN SUSTANTIVA DE LAS PROPUESTAS CONSTITUCIONALES

# THE RULES OF THE CONSTITUTIONAL. CONVENTION, CONCERNS IN THE RUN-UP TO DISCUSSIONS ON THE CONSTITUTIONAL NORMS

*Natalia González B.*[*]

Resumen: El Pleno de la Convención Constitucional (CC) aprobó los textos definitivos de los reglamentos de la CC, en general y en particular, con las propuestas reglamentarias emanadas de las comisiones provisorias creadas para estos fines. Más allá de las cuestiones de organización y funcionamiento regular de la Convención, materia que en diversos aspectos los reglamentos abordan de manera acertada, en este artículo se resumen las cuestiones que aparecen más preocupantes de las normas reglamentarias, ya sea porque sobrepasan el mandato constitucional conferido a la Convención; o porque anticipan y definen discusiones que, en realidad, corresponde sean abordadas con la densidad y el tiempo que ellas merecen en la discusión sustantiva; o porque vulneran derechos y libertades, amparadas por la Constitución actual y por tratados internacionales ratificados por Chile, y que se encuentran vigentes, constituyendo un entonces un retroceso.

Palabras clave: Proceso constituyente; debate constituyente chileno; nueva Constitución; reglamentos constitucionales.

[*] Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho de la Universidad de Chicago. Directora de Asuntos Jurídicos y Legislativos de Libertad y Desarrollo. Correo electrónico: ngonzalez@lyd.org

Abstract: The Plenary of the Constitutional Convention (CC) approved the final texts of the CC's regulations proposed by provisional commissions that had been created for this purpose. This article summarizes the main concerns of the approved regulations, either because they exceed the Convention's constitutional mandate; or because they anticipate and define discussions that should be approached in an in-depth discussion with the time and attention that they deserve; or because they violate rights and freedoms protected by the current Constitution and by international treaties ratified by Chile, and which are in force.

Keywords: Constituent process; Chilean constituent debate; new constitution; constitutional regulations.

## I. Introducción

El Pleno de la Convención Constitucional (en adelante la "CC" o la "Convención") aprobó esta semana[1] los textos definitivos de los reglamentos de la CC, en general y en particular, con las propuestas reglamentarias emanadas de las comisiones provisorias creadas en la CC para estos fines. Además del Reglamento General, la Convención contará con un reglamento de Ética, un reglamento de participación popular y equidad territorial, un reglamento de participación y consulta indígena y un reglamento que establece y distribuye las asignaciones de las y los convencionales constituyentes y que crea el Comité Externo de Asignaciones y la Dirección de Administración, Finanzas y Transparencia de la Convención, previamente aprobado, además de lineamientos o documento referencial en materia de derechos humanos, este último, a partir del informe elaborado por la Comisión Provisoria de Derechos Humanos de la CC.

Antes de entrar en el detalle antes referido, vale recordar las normas de la Constitución Política de la República de Chile que rigen el proceso constituyente y que son relevantes en la materia. Conforme a la Ley n.° 21200, que modificó el capítulo XV de la Constitución Política de la República, sobre Reforma de la Constitución, con el propósito de establecer un procedimiento para elaborar una nueva Constitución Política de la República, el Congreso Nacional aprobó la realización de un plebiscito nacional, de entrada, que tuvo lugar el domingo 25 de octubre de 2020, los órganos (al-

[1] Dado que este artículo se refiere a una discusión y votación en curso de los reglamentos de la Convención Constitucional, es conveniente precisar que se ha cerrado con fecha 1 de octubre de 2021.

ternativos) llamados a construir una propuesta de nueva Constitución (prevaleciendo la Convención Constitucional en ese plebiscito de entrada), un itinerario, un procedimiento y límites para contar con una eventual nueva Carta Fundamental. En ese plebiscito nacional de entrada la ciudadanía aprobó, con una mayoría de un 78,27 % contra un 21,73 %, el que nuestro país se diera una nueva Constitución que debe ser concordada y propuesta al país por el órgano denominado Convención Constitucional, dejando atrás a las alternativas del rechazo y de la Convención Mixta Constitucional, en parte integrada por parlamentarios.

Tras la aprobación en el plebiscito de entrada, el Presidente de la República convocó a la elección de los miembros de la CC, elección que tuvo lugar el 15 y 16 de mayo del presente, esto es de los ciento cincuenta y cinco integrantes electos de acuerdo con las normas que rigen la elección de los diputados, salvo porque cuenta con paridad de género en su integración (conforme a la reforma aprobada bajo la Ley n.º 21216); con diecisiete escaños reservados para pueblos originarios (conforme a la reforma constitucional aprobada bajo la Ley n.º 21298, dentro de los ciento cincuenta y cinco convencionales constituyentes y porque para esa elección en particular se aprobó, en la Ley n.º 21216, antes referida, un mecanismo específico que permitió a los candidatos independientes ir agrupados en pactos electorales de independientes, con requisitos y exigencias especiales para poder postular a las candidaturas de convencionales constituyentes .

Cabe recordar, pues es una materia que surgió en la discusión del Pleno de la Convención Constitucional a propósito del alejamiento del convencional Rodrigo Rojas Vade, que a los convencionales constituyentes les son aplicables las mismas normas de vacancia, incompatibilidades, cesación en el cargo y fuero de los diputados. Además, estarán afectos a las normas sobre probidad en la función pública y prevención de conflicto de interés, y a la ley del lobby y gestiones que representan intereses. Percibirán una remuneración mensual de 50 UTM ($ 2 500 000) además de las asignaciones que estableció el Reglamento de Asignaciones de la Convención, las que conforme a la Constitución son administradas por el Comité Externo de Asignaciones que esta creó, el que, no obstante, deberá seguir las directrices emanadas de la Convención, esto último sujeto a la disponibilidad presupuestaria de la entidad bajo la Ley de Presupuestos para el Sector Público.

De acuerdo con el texto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, la Convención deberá aprobar por $^{2}/_{3}$ de sus miembros en ejercicio las normas y el reglamento de votaciones. Si la Convención infringe las reglas procedimentales y de funcionamiento, se contempla un procedimiento de reclamo que será conocido por cinco ministros de la Corte Suprema elegidos por sorteo por la misma Corte para cada cuestión plantea-

da. Para ejercer la acción, el vicio debe ser esencial y causar perjuicio. Esta cuestión también ha devenido en relevante debido a infracciones que hoy se constatan en la Convención a la letra de la Carta Magna en materia de procedimiento. Nos referimos, entre otras, a la decisión del Pleno de calificar por mayoría las normas de los reglamentos que se estimaron de votaciones (descartando la aplicación de los $^{2}/_{3}$ para norma alguna de los reglamentos, como si estos no tuvieran reglas de votaciones) y a otras cuestiones resueltas por el Pleno de la Convención, que también derivan en una infracción a las normas constitucionales, como el mecanismo de reemplazo de los convencionales que dejen su cargo y la calificación de su renuncia, el carácter originario que se dio la convención y la potencial aprobación de los plebiscitos dirimentes contenidos en el Reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial.

La Convención tendrá un plazo de funcionamiento de nueve meses máximo, para redactar y aprobar una propuesta de texto de nueva Constitución, contados desde su instalación, prorrogable por otros tres meses. Redactada y aprobada por la Convención, o vencido el plazo o la prórroga, la Convención se disuelve de pleno derecho.

La propuesta de texto de nueva Constitución, en todo caso, 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. Asimismo, no puede poner término anticipado al periodo de las autoridades electas en votación popular, salvo que las instituciones que integren se supriman o sufran modificación sustancial y deberá establecer el modo en que otras autoridades establecidas en la Constitución actual cesarán en sus cargos o continuarán en sus funciones.

La Convención tiene una serie de limitaciones conforme establece la Constitución. En este sentido, no puede:

i) alterar *quorum* ni procedimiento de funcionamiento para la adopción de acuerdos,
ii) intervenir ni ejercer otra función y atribución de otros órganos o autoridades establecidas en la Constitución o la ley,
iii) negarle autoridad ni modificar la Constitución actual en tanto no entre en vigencia la nueva, de manera que sigue plenamente vigente,
iv) atribuirse la soberanía mientras esté en funciones. Esta reside esencialmente en la nación y es ejercida por el pueblo a través de plebiscitos y elecciones periódicas que la Constitución y la ley determinen y por las autoridades que la Constitución actual establece y
v) como así tampoco sus integrantes o fracción de aquellos atribuirse el ejercicio de la soberanía asumiendo otras atribuciones que las que expresamente le reconoce la Constitución.

En el evento que la Convención concuerde un texto de nueva Constitución, deberá comunicar al Presidente de la República la propuesta de texto constitucional aprobada por la Convención, el que deberá convocar dentro de los tres días siguientes a plebiscito nacional para que la ciudadanía rechace o apruebe la propuesta de nueva Constitución. El plebiscito se llevará a cabo sesenta días después de la publicación del referido decreto en el *Diario Oficial*, si ese día fuera domingo o si no el domingo siguiente. Si el plebiscito se encuentra en el lapso de sesenta días antes o después de una votación popular, el plebiscito se retrasa al domingo posterior inmediatamente siguiente. Si por aplicación de esta regla cae en enero o febrero, se corre para marzo. En este plebiscito aplicará el sufragio obligatorio para los que tengan domicilio electoral en Chile. La calificación del plebiscito debe quedar concluida treinta días después por el TRICEL y la sentencia será comunicada al Presidente de la República y al Congreso. Si se aprueba la propuesta de nueva Constitución en el plebiscito, se deberá convocar al Congreso pleno para que el texto sea promulgado (acto solemne) y los parlamentarios juren respetar y acatar esta nueva Constitución en un acto público y formal. Deberá ser publicada en el *Diario Oficial* dentro de diez días desde su promulgación y entrará en vigencia en dicha fecha (salvo que la misma Convención haya establecido vigencias diferidas para algunas normas). Solo a partir de ese momento queda derogada la Constitución actual. Si se rechaza la propuesta de Nueva Constitución en el plebiscito, queda vigente la actual Constitución.

## II. Los reglamentos de la Convención Constitucional y la cuestión de la aprobación por 2/3 de los convencionales en ejercicio de las normas de votación en ellos contenidos

A pocos días de que la Convención Constitucional entrara en funcionamiento, esta acordó en el Pleno un reglamento provisorio en el cual se normó y estableció como iba a funcionar y proceder en tanto no tuviera un reglamento definitivo. En ese reglamento provisorio se establecieron diversas comisiones de funcionamiento, asimismo, provisorio, cuya principal misión consistía en proponer al Pleno de la Convención diversas propuestas reglamentarias, en distintas materias, para su conocimiento y aprobación, y para que este zanjara, en definitiva, la manera cómo iba a funcionar, organizarse y votar, bajo las reglas así determinadas. Concluida aquella tarea por las diversas comisiones provisorias creadas para estos fines, se arribó a cinco propuestas reglamentarias, y a un informe, a saber:

1. Reglamento General de la Convención Constitucional;
2. Reglamento de Ética y convivencia; prevención y sanción de la violencia política y de género, discursos de odio, negacionismo y distintos tipos de discriminación; y de probidad y transparencia en el ejercicio del cargo;
3. Reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial;
4. Reglamento de Participación y Consulta Indígena;
5. Reglamento de Asignaciones y
6. Informe de la Comisión Provisoria de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición (este documento no fue concebido como un texto normativo, es decir, no contiene un articulado, pero sí contiene una serie de propuestas y recomendaciones para la Convención Constitucional en la materia).

En materia del reglamento de la Convención Constitucional, la Constitución Política de la República señala en su art. 133:

> "La Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quórum de dos tercios de sus miembros en ejercicio".

A fin de determinar qué normas son de votación en los diversos reglamentos de la Convención, el Pleno de la Convención acordó un procedimiento. Las normas así determinadas debían, en consecuencia, ser votadas por 2/3 de los convencionales constituyentes en ejercicio a fin de cumplir con el mandato constitucional. Conforme al procedimiento acordado por el Pleno, los convencionales debían hacer llegar a la Mesa, para ser posteriormente debatido y resuelto "por mayoría" en el Pleno, una "solicitud" en que se indicaran qué normas, a juicio de esos convencionales proponentes, debían ser consideradas como de "votación" y, en consecuencia, ser votadas por 2/3 de los convencionales en ejercicio que se resume a continuación. La solicitud debía venir apoyada por el patrocinio de treinta convencionales constituyentes. Por su parte, al menos quince convencionales constituyentes podían solicitar, respecto de aquellas propuestas que se presentaren como normas de votación, que ciertas normas fuesen excluidas de la calificación de normas de "votación". Conforme a los plazos establecidos, el viernes 10 de septiembre de 2021 los convencionales constituyentes debían hacer llegar a la Mesa Directiva y la Secretaría el listado de aquellas normas de los reglamentos que, por contener reglas de votaciones, debían aprobarse por 2/3 de sus miembros en ejercicio, pues así lo mandata la Constitución. Solo el conglomerado Vamos por Chile hizo llegar las normas y artículos que, en su juicio jurídico, debían votarse por ese *quorum*. Lejos de un deseo, los con-

vencionales daban cumplimiento al mecanismo acordado del Pleno adoptado la semana anterior, para zanjar la cuestión (mecanismo que merece, no obstante, ciertos reparos), y más importante aún, daban cumplimiento al mecanismo previsto para dar por satisfecho el mandato de la Constitución.

Las normas propuestas por Vamos por Chile, como normas de votación de los diversos reglamentos, fueron las siguientes:

Reglamento general

| | |
|---|---|
| Art. 15 | Clausura del debate. |
| Art. 16 | Votaciones. |
| Art. 17 | Aplazamiento de una votación. |
| Art. 18 | Determinación de *quorum* y regula las abstenciones. |
| Art. 19 | *Quorum* para adoptar acuerdos. |
| Art. 20 | Votos válidos. |
| Art. 21 inciso primero | Impedimentos. |
| Art. 22 | Formalidad y transparencia de las votaciones. |
| Art. 34 inciso tercero letras f) y g) | Composición y atribuciones del Pleno. |
| Art. 89 | Votación en general de las propuestas e indicaciones. |
| Art. 90 | Votaciones de propuestas e indicaciones. |
| Art. 92 | Lectura del informe en el Pleno. |
| Art. 93 | Debate de las propuestas de normas constitucionales. |
| Art. 94 | Aprobación de las normas constitucionales por 2/3. |
| Art. 95 | Rechazo de una propuesta de norma constitucional. |
| Art. 96 | Cierre del debate. |
| Art. 101 inciso primero | Modificación del reglamento de votación. |

Reglamento de ética

| | |
|---|---|
| Art. 45 letra c | Suspensión como medida disciplinaria. |
| Art. 62 inciso primero letra b) | Suspensión de labores como medida cautelar. |

Reglamento de participación popular

| | |
|---|---|
| Art. 47 | Los plebiscitos dirimentes intermedios. |
| Art. 48 | Los plebiscitos dirimentes intermedios. |
| Art. 49 | Los plebiscitos dirimentes intermedios. |
| Art. 50 | Los plebiscitos dirimentes intermedios. |

Reglamento de participación y consulta indígena

| | |
|---|---|
| Art. 1 inciso segundo | Acuerdos vinculantes. |
| Art. 4 | Fuentes normativas. |
| Art. 5 letra e) | Principio de vinculatoriedad e incidencia populares. |
| Art. 5 letra h) | Buena fe. |
| Art. 10 | Objetivos. |
| Art. 11 | Obligación de fundar y motivar las decisiones que se adopten en el proceso de consulta. |
| Art. 12 | Mecanismos generales. |
| Art. 13 n.° 2 | Elaboración de documento base. |
| Art. 13 n.° 8 | Propuesta normativa de la comisión. |
| Art. 15 inciso segundo, oración final | Respeto de las particularidades de cada pueblo. |

El martes 14 de septiembre la Convención, conforme al procedimiento acordado, sometió a votación del Pleno la calificación jurídica de las normas de los reglamentos que, por ser estimadas como normas de votaciones, requerían de un *quorum* de aprobación de $^{2}/_{3}$ de sus miembros en ejercicio. Esa calificación, propuesta por Vamos por Chile, fue rechazada para todas las normas de todos los reglamentos, quedando entonces en condiciones de ser aprobados, tanto en general como en particular, por mayoría simple, contraviniendo, con esa calificación, el texto expreso de la Constitución vigente en lo que a las normas de votaciones de los reglamentos se refiere (pues más allá de la amplitud o restricción que el criterio considere resulta innegable que los reglamentos contienen normas de votaciones, de lo contrario no sería posible a la Convención concordar una propuesta de nueva Constitución). Acto seguido, y puestas en votación en general las cuatro propuestas de reglamentos emanados de las comisiones provisorias (general, de ética, de participación popular y equidad territorial, y de participación y consulta indígena –el reglamento de asignaciones ya había sido aprobado en general por la Convención con anterioridad) y el informe emanado de la Comisión

Provisoria de Derechos Humanos, Verdad Histórica, y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición, estos fueron aprobados por el Pleno por amplias mayorías.

Como antes señalamos, el art. 133 de la Constitución es claro en señalar "la Convención deberá aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas por un quorum de 2/3 de sus miembros en ejercicio". De ahí que, no solo las propuestas de normas consitucionales deben ser aprobadas por 2/3 de los convencionales en ejercicio, sino que, además, y en forma previa, las normas de votación de esas reglas, contenidas en el o los reglamentos de la CC. Estas normas son indisponibles por la CC, a la que no le cabe arbitrar o determinar si las cumple o no, o si las cumple total o parcialmente. Por su parte, el mismo artículo añade: "La Convención no podrá alterar los quórum ni procedimientos para su funcionamiento y para la adopción de acuerdos".

En este contexto, existe una evidente infracción al texto constitucional por cuanto se ha desconocido abiertamente una regla expresa del mismo. Algunos sectores políticos (de izquierda) dieron a entender que el fin perseguido con esta estrategia era el lograr que la Convención aprobare en particular la norma del Reglamento General que reitera la norma constitucional y que establece que las normas constitucionales deben aprobarse por 2/3 de los convencionales en ejercicio toda vez que anticipaban que no existirían los ciento tres votos en la Convención para ratificarla en el reglamento. Así se justificó este proceder. No se puede compartir esa tesis, pues ella encierra un peligroso precedente para el respeto del Estado de derecho. Bajo esa tesis, la actuación habría sido estratégica al tener por objetivo el resguardo de la norma del reglamento general que repite, en ese instrumento, que la aprobación de las propuestas constitucionales debe efectuarse por 2/3 de los convencionales en ejercicio. Estos personeros –actores políticos y académicos– han explicado que, si las reglas de votación de los reglamentos hubieran quedado sujetas a un *quorum* de aprobación de 2/3, los convencionales del Partido Comunista, del Pueblo Constituyente y de Movimientos Sociales habrían reunido el 1/3 para bloquear esa norma y podrían haber puesto en jaque todo el proceso constituyente. Dado el riesgo involucrado, optaron por asegurar que el *quorum* de aprobación de las normas constitucionales sustantivas prevaleciera, pues la mayoría (para aprobar el *quorum* de 2/3 de votación de las normas constitucionales) estaría asegurada, y no así los 2/3 que hubiera correspondido al *quorum* exigible por la Constitución.

Lo anterior resulta en una falacia, pues la norma que obliga a aprobar las propuestas constitucionales en la Convención por 2/3 de los convencionales en ejercicio está en la Constitución y no necesita ser refrendada por la Convención. La norma reglamentaria solo reitera lo dicho en la Carta Magna (no podría ser de otra forma) de manera que su eventual rechazo en

el Reglamento General no cambia el escenario y los constituyentes siguen y hubieran seguido igualmente obligados por la norma del art. 133 de la Constitución, porque ninguna norma reglamentaria de la Convención o el rechazo a aprobación de esta, de esas normas en el reglamento, puede cambiar lo que está establecido en la Constitución. Evidentemente el rechazo generaría un efecto político, que la Convención intentó evitar con este proceder, pero no uno jurídico.

En otras palabras, es falaz el argumento consistente en que para cumplir con una parte de lo establecido en el art. 133 de la Constitución era necesario infringir otra parte de lo establecido en el mismo artículo. En una democracia constitucional las reglas del juego deben respetarse siempre y no puede utilizarse aquello de que el fin justifica los medios para fundar la infracción al Estado de derecho, máxime si el "fin", como explicamos antes, nunca estuvo en riesgo. No es hacer "buena política", como también se señaló en medios de comunicación durante los días en que este debate se dio en la Convención, el buscar acuerdos que impliquen infringir la institucionalidad vigente, pues esa política deviene en autoritarismo, que termina vulnerando nuestros derechos y libertades. La política no se hace a espaldas del Estado de derecho.

De esta manera, la Constitución asegura el *quorum* de aprobación de las propuestas de normas constitucionales y eso no lo puede modificar la Convención. Lo que resulta muy preocupante es que esta primera infracción al art. 133 de la Constitución (no respetar el *quorum* de $^{2}/_{3}$ de los convencionales en ejercicio para aprobar el reglamento de votación) posiblemente devendrá en otra infracción, esta vez a la norma que garantiza que las propuestas de normas constitucionales deben votarse por $^{2}/_{3}$ de los convencionales en ejercicio, pero más solapada. Y es que posiblemente, en la votación en particular de los restantes reglamentos de la Convención, diversas normas de los reglamentos que cuentan con apoyos muy importantes en la Convención y que desvirtúan el *quorum* de $^{2}/_{3}$ de los convencionales en ejercicio exigido en la Constitución para aprobar las propuestas de normas constitucionales, serán aprobadas. Entre ellas, está la propuesta de plebiscito intermedio dirimente (que será llevado a cabo cuando no se alcance el *quorum* de $^{2}/_{3}$, pero si uno de $^{3}/_{5}$ en la Convención y ejecutado por acuerdo de la mayoría de los convencionales, conforme señala el reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial de la Convención) y podría ocurrir con ciertas normas que importan, desde el derecho internacional y directo a la propuesta de nueva Constitución, normas en la materia, lo que ciertamente altera el resultado de las votaciones en la CC. En efecto el día 29 de septiembre de 2021, el Pleno de la Convención aprobó incluir referencias, en el Reglamento General, a los plebiscitos dirimentes tanto en las normas que

rigen a la Comisión de Armonización, que se creó en el Reglamento General como en la norma que se refiere al rechazo de las propuestas constitucionales que no alcancen el *quorum* de 2/3 de los convencionales en ejercicio exigido. De esta manera, la Convención ha anticipado, al aprobar estas referencias al plebiscito intermedio dirimente, su apoyo al plebiscito dirimente dejando entredicho la norma que obliga a aprobar, por la Convención y por nadie más que la Convención, las propuestas constitucionales por 2/3 de los convencionales en ejercicio.

Hay quienes estiman que las normas sobre el plebiscito intermedio dirimente –contenidas, como dijimos, en la propuesta de reglamento de la Comisión de Participación Popular y Equidad Territorial– no infringirían la Constitución y que resguardarían la institucionalidad vigente, pues exigirían que, para implementarlos y convocarlos, se lleven a cabo las reformas a los cuerpos normativos pertinentes. La propuesta señala, además, que la Convención requerirá a las instituciones públicas, organismos y a los poderes del Estado pertinentes para que el plebiscito se realice en conformidad a lo establecido en el reglamento. El plebiscito, señala la propuesta, se regirá, en todo aquello que no esté expresamente regulado en este reglamento, en materias de convocatoria, *quorum* y realización, por las normas generales de plebiscitos y consultas. La Convención, además, podrá realizar a través de su Mesa Directiva, los convenios de colaboración con las instituciones pertinentes para que permitan dar curso al presente plebiscito.

Discrepamos con quienes sostienen esa postura. La norma reglamentaria señalada, por de pronto, infringe el art. 15 de la Constitución que señala que solo podrá convocarse a votación popular para las elecciones y plebiscitos expresamente previstos en "esta Constitución", cosa que la Carta Fundamental no prevé para este caso. Así un eventual plebiscito dirimente solo podría llevarse a cabo existiendo una reforma constitucional previa y habilitante que reforme el proceso constituyente regulado en el capítulo XV. Eso no es lo que dice con exactitud la propuesta reglamentaria y, donde cabe al interprete distinguir, abre el espacio para que la Convención así lo haga. En efecto, el lenguaje de la propuesta es que "La Convención Constitucional podrá resolver la realización de un plebiscito dirimente..." sin que para esa resolución se exija reforma constitucional previa. No obstante, hay quienes interpretan que la Convención estaría requiriendo de una reforma constitucional previa y habilitante. Puede ser, el lenguaje es vago y llama a diversas interpretaciones. Pero llamamos la atención que dado lo sucedido a la fecha y las declaraciones de varios de los convencionales, incluyendo miembros de la Mesa, que miran con desconfianza y desprecio cualquier intervención del poder constituido sobre este órgano, no podemos descartar hoy que la Convención interprete (por mayoría) que no se requiere reforma constitu-

cional alguna para llevar a cabo estos plebiscitos y que basta el mandato del reglamento en cuestión, debiendo en todo caso llevarse a cabo las reformas normativas pertinentes para implementarlos. Por cierto, y nuevamente, será la Corte Suprema la que tenga la palabra final de impetrarse el recurso de reclamación.

## III. Sobre el contenido sustantivo de los reglamentos: aspectos que preocupan de cara al debate de las propuestas constitucionales de fondo

### *1. Reglamento General de la Convención*

El Reglamento General de la Convención, que a la fecha en que se escribe este artículo ya ha sido aprobado por la Convención Constitucional tanto en general como en particular, que además incorporó algunos planteamientos de las comisiones provisorias de descentralización y de la comunicaciones, información y transparencia, norma la organización, funcionamiento y procedimiento de votaciones de la CC. Sin embargo, y en concreto, el Reglamento General termina yendo mucho más allá del objetivo pretendido, al abarcar cuestiones propias del debate sustantivo, y en otros casos vulnerando la Constitución vigente.

En el primer caso (entra en el debate sustantivo), a través de la consagración de más de una veintena de principios rectores del Reglamento General que "constituyen las bases democráticas y legítimas del proceso constituyente, teniendo todos la misma relevancia", se anticipa y delinea la discusión constitucional de fondo. A modo ejemplar se establece el principio de "Descentralización" y se conceptualiza éste señalando:"que asegure el traspaso de competencias y recursos desde el nivel central a los diversos territorios del país, incluyendo los territorios indígenas". Así, sin que haya existido una discusión sobre el fondo del asunto, se señala o al menos implica que habrá en nuestra nación territorios indígenas a los que se les traspasarán recursos y competencias, asumiéndose entonces que contarán con autoridades de igual carácter. Ello se ve reafirmado por las tareas que, a su turno, el Reglamento General le asigna a la comisión temática de Forma de Estado, Ordenamiento, Autonomía, Descentralización, Equidad, Justicia Territorial, Gobiernos Locales y Organización Fiscal, entre las que se listan, además de una serie de principios adicionales o reiterativos, las autonomías territoriales e indígenas. Luego en la comisión temática sobre sistemas de justicia, se señala que deberá abordar el "pluralismo jurídico y sistemas propios indígenas". A ello se suma el principio de "Plurinacionalidad" definido como el:

> "Reconocimiento de la existencia de los pueblos naciones indígenas preexistentes al Estado para lograr la igual participación en la distribución del poder, con pleno respeto de su libre determinación y demás derechos colectivos, el vínculo con la tierra y sus territorios, instituciones y formas de organización, según los estándares de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y demás instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos."

También se consagra en el Reglamento General el principio de la "Igualdad y prohibición de discriminación" señalando que corresponde a la:

> "Adopción de medidas efectivas para lograr la igualdad sustantiva en dignidad y derechos, inclusión, respeto mutuo y participación de todas las personas y pueblos, especialmente de grupos históricamente excluidos o invisibilizados, prohibiéndose toda forma de discriminación. [...]".

La referencia especial a grupos históricamente excluidos resultará, a juicio de quien escribe, en políticas identitarias en que esos grupos, que serán considerados víctimas de otros, terminarán en una situación que pone en entredicho la igualdad ante la ley. Lo anterior encuentra un correlato, en las comisiones temáticas y, particularmente, en los derechos fundamentales en que se listan –dentro de las materias que debe revisar esa comisión temática– los derechos de las personas privadas de libertad, de los migrantes, de las personas con discapacidad, de las disidencias y diversidades sexuales, etc. Los derechos fundamentales son comunes a cada una de las personas, independiente del grupo a que pertenezcan. Por cierto, la política pública, no la Constitución, puede establecer derechos específicos para ciertos grupos en la regulación del caso, como ocurre con el derecho de los consumidores o de los mismos migrantes en la nueva ley de migraciones, pero lo que se advierte en la materia es que habrá una sobre constitucionalización de materias y con ello la creación de grupos que serán relevados por considerárseles víctimas de la sociedad.

Finalmente, respecto de las comisiones temáticas que se proponen, los nombres de las comisiones y las materias que estas deben tratar, a lo menos, ya dan por sentados asuntos que ameritan una discusión profunda, previa. A su vez, fueron descartadas en el Reglamento General en el ámbito del temario de esas comisiones, expresamente otras materias, como ciertas libertades básicas, quedando la inquietud si en definitiva la Convención las incluirá o no en el texto de propuesta de nueva Constitución, como ocurre con la libertad de enseñanza, el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, el derecho a la propiedad y el estatuto de la función social y la expropiación, pero en cambio se regula en detalle, en los mismos temarios, la protección de los glaciares y de la criosfera y la protección de las semillas ancestrales. Entre otros ejemplos, la Comisión de Medio Ambiente se deno-

mina, asimismo, de Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico. La naturaleza es, por cierto, objeto de protección, pero no un sujeto de derechos (al menos debiera tratarse de una cuestión sustantiva a debatir y no una cuestión anticipadamente determinada por el nombre de la comisión en el Reglamento General de la Convención). Por su parte, no corresponde a una Constitución definir el "modelo económico". No es una materia de orden constitucional.

Respecto de las materias en las que el Reglamento General vulnera la Constitución vigente, a lo menos, destaco las siguientes.

En primer término, la Convención se definió asimismo en el artículo primero del Reglamento General como:

> "una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el *poder constituyente originario*. La Convención reconoce que la soberanía reside en los pueblos y que está mandatada para redactar una propuesta de Constitución, que será sometida a un plebiscito".

La Convención Constitucional es un órgano del Estado llamado a efectuar una propuesta de nueva Constitución a la ciudadanía, que fue creado e instaurado tras aprobarse, por el *quorum* correspondiente, las reformas constitucionales referidas en la Introducción del presente trabajo y que actúa válidamente en el marco y dentro de los límites tanto formales como sustantivos que la Constitución vigente (y que permanece vigente mientras no sea publicada una nueva Constitución en el *Diario Oficial de la República de Chile*). Se trata del ejercicio de una facultad que es derivada y no originaria ni soberana.

En segundo término, el Reglamento General contempla mecanismos de reemplazo para el evento que se produzca la vacancia en el cargo de convencional. Sobre el asunto, cabe recordar que el capítulo XV de la Constitución señala que a los convencionales constituyentes les serán aplicables algunas normas que rigen a los diputados, entre las que se encuentra el art. 51 de la Constitución, que consagra los reemplazos en escenario de vacancia. Esa norma solo autoriza los reemplazos, en caso de vacancia, con el ciudadano que señale el partido político al que pertenecía el parlamentario (convencional en este caso) que produjo la vacante al momento de ser elegido, contemplando, asimismo, que los parlamentarios (convencionales en este caso) elegidos como independientes que hubieren postulado integrando lista en conjunto con uno o más partidos políticos, serán reemplazados por el ciudadano que señale el partido indicado por el respectivo parlamentario (convencional en este caso) al momento de presentar su declaración de candidatura. Por su parte, la norma constitucional señala que los parlamentarios elegidos como independientes no serán reemplazados. Sin embargo, el

Reglamento General de la Convención contradice la norma constitucional y provee un mecanismo de reemplazo para los independientes que se hayan presentado en lista (en que el reemplazante será el segundo más votado de la lista, del mismo género) y también para los escaños reservados, designando al compañero a la persona designada como su candidatura paritaria alternativa, al momento de presentar su declaración de candidatura. Asimismo, el Reglamento de la Convención señala que la causal de la vacancia será determinada por el Pleno de la Convención Constitucional y no por el Tribunal Constitucional, como expresamente señala la norma aplicable de la Constitución al caso particular. No corresponde al Reglamento de la Convención hacerlo, pues se trata de materias reguladas por la Constitución, como tampoco corresponde que, en esa regulación, el reglamento contradiga lo establecido en la Constitución apartándose de ella.

En tercer término, se advierte, como ya se ha señalado, la regulación por parte de la Convención –en el Reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial, y las referencias que el Reglamento General hace al mecanismo del plebiscito dirimente. Esta regulación en el ámbito de reglamento no solo vulnera la Constitución en lo que se refiere a la alteración de los procedimientos establecidos en la Constitución para el proceso constituyente, toda vez que introduce un mecanismo alternativo no contemplado en ella y en consecuencia impropio, sino, además, a las normas sustantivas que regulan los plebiscitos en la Constitución que exigen que el Presidente de la República solo pueda convocar a los plebiscitos en ella consagrados (que no es el caso) además de bajar la edad de participación –en el Reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial– en los mismos a dieciséis años en circunstancias que la Constitución requiere de la mayoría de edad para participar en ellos.

## *2. Propuestas de la Comisión Provisoria de Ética*

El reglamento que propuso la Comisión Provisoria de Ética al Pleno tiene por objetivo establecer ciertos principios, normas y parámetros para orientar la convivencia al interior de la Convención y resguardar la dignidad del cargo de convencional constituyente. El cuerpo normativo contempla mecanismos para prevenir, conocer y sancionar las infracciones a los principios de ética, probidad y transparencia, interculturalidad y perspectiva de género, así como también las vulneraciones a los principios de tolerancia, pluralismo y fraternidad, sin perjuicio de otros principios que consigne este Reglamento, aplicables a los convencionales constituyentes, asesores debidamente acreditados ante la Convención, funcionarios, trabajadores y colaboradores de la Convención. Más allá de la inquietud que plantea la formulación de algunos de los referi-

dos principios y las consecuencias por vulnerarlos, una serie de disposiciones aprobadas resultan un despropósito al entrar en abierta contradicción con derechos fundamentales protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y con los principios que amparan el debate democrático. Nos referimos a la conceptualización del negacionismo, a la definición de violencia, a las infracciones que se establecieron al efecto y a las sanciones que se propone imponer.

De esta forma, desde los arts. 19 a 24, inclusive, el Reglamento de Ética Convivencia; Prevención y Sanción de la Violencia Política y de Género, Discursos de Odio, Negacionismo y Distintos Tipos de Discriminación; y de Probidad y Transparencia en el Ejercicio del Cargo, aprobados en general y particular a la fecha en que se escribe este artículo, define:

> *"Violenci**a:*** Consiste en toda acción u omisión, que tenga un efecto físico, psíquico o emocional, que atente directamente en contra de la persona, la convivencia o la deliberación dentro de la Convención Constitucional, debiendo además ser injusta.
>
> *Violencia de género.* Cualquier acción u omisión basada en género, que cause daño o sufrimiento físico o emocional a las mujeres o personas LGBTIQ+, tanto en el ámbito público como privado. Tratándose de la omisión esta se configura solo respecto de quien tiene deber de actuar.
>
> *Discurso de odio.* Toda comunicación, expresión verbal o de cualquier tipo, que sea un ataque o utilice lenguaje discriminatorio en relación con una persona o un grupo en razón de su origen étnico, raza, color, ascendencia, nacionalidad, credo, religión, espiritualidad u otro factor de identidad, que tenga la entidad suficiente para incitar a la discriminación, la hostilidad o la violencia.
>
> *Violencia de credo***.** Se entenderá como violencia de credo el acoso o censura de ideas y símbolos por causa de pensamiento religioso.
>
> *Negacionismo.* Se entenderá por negacionismo, toda acción u omisión que justifique, niegue o minimice, haga apología o glorifique los delitos de lesa humanidad ocurridos en Chile entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y las violaciones a los derechos humanos ocurridas en el contexto del estallido social de octubre de 2019 y con posterioridad a este.
>
> Así también, se entenderá como negacionismo toda acción u omisión, que justifique, niegue o minimice, las atrocidades y el genocidio cultural de las que han sido víctima los pueblos originarios y el pueblo tribal afrodescendiente a través de la historia, durante la colonización europea y a partir de la constitución del Estado de Chile.
>
> *Desinformación*. Se entenderá por desinformación la expresión, a través de cualquier medio físico o digital, de un hecho que se presenta como real, conociendo o debiendo saber que es falso".

Sobre este asunto, el regulador no es el llamado a establecer, a través de su poder coercitivo, verdades objetivas o de Estado que no puedan ser combatidas o desafiadas a través de nuevas investigaciones. En el caso concreto, al definir el negacionismo, la Convención no solo consagra una versión de la historia como una verdad irrefutable, sino que, además, la establece en términos amplísimos y subjetivos, sin remitir siquiera a fuentes válidas. La definición no solo comprende las acciones, sino, también, las omisiones, cuestión sumamente compleja. Lo mismo ocurre con el verbo 'minimizar'. Todos estos conceptos y sanciones asociadas vagos entran en colisión evidente con el derecho a la libertad de expresión y tienen una consecuencia en el ámbito del reglamento en estudio que acarrea la imposición de sendas sanciones en caso que se incurra en las conductas allí descritas.

Por otro lado, la conceptualización de la violencia como

> "toda acción u omisión, que tenga un efecto físico, psíquico o emocional, que atente directamente en contra de la persona, la convivencia o la deliberación dentro de la Convención Constitucional, debiendo además ser injusta",

resulta mucho más extensiva que lo que reconoce nuestra legislación penal y otras leyes especiales relacionadas, desnaturalizando el concepto, y resulta alarmante que la violencia deba tener "apellidos" ("injusta") para ser repelida. En el caso de la violencia de género por su parte, no se contempla la violencia contra el género masculino, resultando, además, en una discriminación arbitraria.

El catálogo de infracciones y sanciones propuestos al Pleno para su aprobación en este reglamento transgrede, a través de una norma reglamentaria, garantías fundamentales amparadas por el ordenamiento jurídico nacional e internacional ratificado por Chile (*i.e*. la libertad de expresión y para emitir opinión, la igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria y el debido proceso, entre otros). En esta misma línea, el catálogo de infracciones y sanciones resultan desmedidas si se les compara con normas de similar naturaleza contenidas en el Reglamento de la Cámara de Diputados. Lo anterior da cuenta de un ánimo al interior de la CC por instalar como correcta o moralmente aceptable una sola visión de la historia o una sola postura de fondo en la discusión.

Las sanciones por infringir los principios que se consignan consistirán en: Amonestación, censura y suspensión, que implica la inhabilitación para participar, mediante deliberación, en las comisiones. Originalmente la propuesta de reglamento señalaba que, al recibir tres censuras, habrá suspensión de quince días corridos sin derecho a voz y con derecho a voto. Esta cuestión fue finalmente desestimada por el Pleno de la Convención. Lo anterior, sin perjuicio de las multas que se establecen y de que podrá determinarse la

imposición de medidas reparatorias adicionales y/o complementarias como obligación de distancia entre personas, prohibición de contacto entre responsables y víctimas, o proponer el ofrecimiento de disculpas públicas. En su versión original también se contemplaba que, en los casos que la infracción cometida así lo ameritare, el Comité podía determinar la participación del infractor en un programa de formación, que estará orientado a la formación en la materia infringida, tales como: derechos humanos, relaciones interculturales, igualdad de género, diversidad religiosa o espiritual, o cualquier otra que se requiera. Esto finalmente no prosperó, quedando solo como una posibilidad que podía adoptarse con acuerdo del afectado.

En lo que se refiere a las infracciones que dan lugar a esas sanciones y tras la polémica que se suscitó al efecto, el Pleno, en la votación en particular de este reglamento, si bien descartó algunos supuestos de infracción, mantuvo las infracciones consistentes en: vulnerar principios especificadas en las formas de proferir discursos de odio; realizar alguna de las conductas de negacionismo en los términos del referido reglamento; utilizar expresiones injuriosas y aludir a antecedentes personales de las y los convencionales constituyentes; presentar denuncias temerarias al Comité de Ética; esto es, que no contengan fundamentos mínimamente plausibles y que sean declaradas inadmisibles por el Comité; desinformar en cualquier espacio o red social, incluyendo las sesiones de Sala o Comisión, en los términos del concepto al efecto aprobado y antes referido; ejercer cualquier acto de discriminación en los términos del presente reglamento; ejercer cualquier acto de violencia de género, por cualquier medio, en los términos del presente reglamento; someter a las víctimas a actos de revictimización o retraumatización; incitar a la discriminación a través de discursos de odio en los términos del presente reglamento; enviar mensajes intimidatorios o amenazantes por cualquier medio; desacreditar con base en estereotipos de género por cualquier medio físico o virtual, entre otras materias aprobadas como infracciones. Por su parte, el Pleno estuvo de acuerdo, en estos temas, con suprimir las hipótesis de infracción consistentes en no actuar con fraternidad y sororidad frente a sus colegas y la de relativizar cualquiera de los hechos relativos a conductas de negacionismo en los términos del reglamento.

### *3. Propuestas reglamentarias de la Comisión de Participación Popular y Equidad Territorial*

La propuesta reglamentaria que debe ser sometida a la aprobación en particular por el Pleno (ya se aprobó en general) contiene diversos mecanismos de participación, definidos

> "herramientas democráticas para la vinculación e incidencia de las personas, grupos, comunidades, y organizaciones de la sociedad al proceso de debate constituyente abordado en la Convención Constitucional".

Estos mecanismos de participación pueden ser autoconvocados por personas o agrupaciones externas a la Convención, a través de la presentación de propuestas de normas o lineamientos constitucionales, las cuales deben contar con "apoyo" a través de un proceso de recolección de firmas. Las iniciativas que consigan siete mil firmas podrán ser conocidas por las comisiones temáticas y, en caso de contar con el apoyo de quince mil firmas o más, de cuatro regiones distintas, se considerarán equivalentes a las normas presentadas por los convencionales, por lo que podrán ser discutidas y votadas en las mismas condiciones. También se contemplan mecanismos de participación convocados por la misma Convención, como la publicación de borradores de normas constitucionales para recibir comentarios del público, plebiscitos dirimentes, audiencias públicas, jornadas nacionales de deliberación, cabildos, entre otros.

Respecto de los plebiscitos dirimentes, se establece lo que señalo a continuación. Hago presente que, al momento de escribir este artículo, aún no se han sometido a votación en particular estas normas del Reglamento de Participación Popular y Equidad Territorial de manera que pueden tener cambios al haberse presentado indicaciones para suprimirlas o modificarlas. Sin embargo, llamo la atención que en el Reglamento General de la Convención ya despachado por el Pleno y como se señaló antes existen dos referencias al plebiscito dirimente, lo que anticipa que buena parte de estas normas serán aprobadas.

> "*Artículo 47.- Definición*. La Convención Constitucional podrá resolver la realización de un plebiscito dirimente respecto de determinadas normas constitucionales, convocando a la ciudadanía a decidir mediante el sufragio universal popular la inclusión o exclusión en el nuevo texto constitucional de las normas constitucionales objeto de la convocatoria, de acuerdo a las reglas establecidas en el presente reglamento.
>
> *Artículo 48.- Requisitos.* Podrán someterse al mecanismo de plebiscito dirimente las propuestas de normas constitucionales respecto de las cuales no se hubiera obtenido el quórum para su aprobación establecido en el reglamento de votación, pero que hayan alcanzado una votación igual o superior a 3/5 de las y los convencionales constituyentes por su aprobación, en segunda votación.
>
> Respecto a las normas constitucionales que hayan sido votadas cumpliendo el requisito anterior, se realizará una votación para determinar si una materia será convocado a plebiscito dirimente. Para ello, se requiere un quórum de aprobación de mayoría absoluta.

La fecha de esta votación se definirá a propuesta de la Mesa Directiva conforme al flujo de tramitación de las normas constitucionales establecido por el Reglamento. No podrán plebiscitarse aquellas normas constitucionales que pretendan negar la existencia de derechos fundamentales.

Podrán participar de los plebiscitos dirimentes todas y todos los chilenos con residencia en el territorio y el extranjero, desde los 16 años.

*Artículo 49.- Oportunidad*. La Convención Constitucional podrá convocar en una sola oportunidad al plebiscito dirimente, el cual deberá celebrarse en una fecha previa al trigésimo día anterior a que cese el funcionamiento de la Convención Constitucional.

En este plebiscito dirimente se contemplarán todas las opciones que cumplan con los requisitos de votación exigidos en el artículo respectivo. Las normas constitucionales plebiscitadas tendrán dos opciones: Apruebo y Rechazo.

*Artículo 50.- Efectos*. Una vez verificado este plebiscito dirimente y concluido su escrutinio, se entenderá que la o las propuestas de norma constitucional que hayan sido aprobadas por la ciudadanía pasarán a integrar la propuesta de nueva Constitución, debiendo ser incorporadas en los capítulos y apartados respectivos según su contenido específico, debiendo ser consideradas por el Comité de Armonización en su propuesta, según lo dispuesto en el reglamento de la Convención.

*Artículo 51.- Implementación*. Para la convocatoria a plebiscito deberán llevarse a cabo las reformas a los cuerpos normativos pertinentes. La Convención requerirá a las instituciones públicas, organismos y a los poderes del Estado pertinentes para que el plebiscito se realice en conformidad a lo establecido en este reglamento. El plebiscito se regirá, en todo aquello que no esté expresamente regulado en este Reglamento, en materias de convocatoria, quórum y realización, por las normas generales de plebiscitos y consultas".

Esta materia ya ha sido ampliamente tratada en este documento. Solo resta puntualizar que esta propuesta ya había sido discutida en la Comisión Provisoria de Reglamento, la cual fue rechazada. Sin embargo, en el marco del trabajo de la Comisión Provisoria de Participación Popular y Equidad Territorial, la idea renació y cobró fuerza con una propuesta emanada de los convencionales del Frente Amplio, Independientes No Neutrales, Colectivo Socialista, Partido Comunista, Lista del Pueblo, Movimientos Sociales y Pueblos Originarios. La iniciativa propone someter a plebiscito intermedio dirimente aquellas propuestas de normas constitucionales que no alcancen el *quorum* de aprobación de $^{2}/_{3}$ de los convencionales en ejercicio, pero que cuenten con una votación igual o superior a $^{3}/_{5}$ de los convencionales.

Como ya he señalado, la propuesta contraría al texto de la Carta Fundamental, aun cuando plantee que para la ejecución de los plebiscitos dirimentes se deberán llevar a cabo las reformas a los cuerpos normativos pertinentes, pues lo establece luego de haberlos regulado exhaustivamente en el reglamento en comento. Ello pues, en realidad, estos plebiscitos solo podrían consagrarse a través de una reforma previa y habilitante a la Constitución vigente, aprobada por 2/3 de los miembros en ejercicio del Congreso. La Convención tiene un único mandato cual es redactar una propuesta de nueva Constitución, para lo cual debe lograr los consensos necesarios y alcanzar el *quorum* de 2/3 de los convencionales en ejercicio. Es deber de ese órgano, y no de la ciudadanía, resolver las diferencias que se susciten en el Pleno de la Convención y de no alcanzarse acuerdo, las propuestas constitucionales simplemente deben tenerse por desechadas sin que pueda recurrirse a un mecanismo alternativo como sería un plebiscito dirimente. La Convención tiene prohibido alterar los procedimientos y atribuirse la soberanía, al tiempo que no puede imponer reformas a la Constitución, ni llamar a plebiscitos intermedios para dirimir propuestas de normas constitucionales que solo cabe a la Convención resolver. Cabe recordar que en derecho público solo se puede hacer aquello que está permitido. En otro orden de ideas, la propuesta establece que podrán participar en los plebiscitos dirimentes los chilenos con residencia en el territorio y en el extranjero, desde los dieciséis años, lo cual es contrario a lo que dispone el art. 13 de la Constitución, que reconoce los derechos de sufragio para los chilenos que hayan cumplido dieciocho años.

### *4. Propuestas (informe) emanadas de la Comisión Provisoria de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición*[2]

Las propuestas de la Comisión Provisoria de Derechos Humanos Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición fueron aprobadas, en general, por el Pleno como un informe aparte y separado. Ello, tras concordarlo así las coordinaciones (presidencias) de esa comisión y la provisoria de reglamento, pues en una primera instancia se había resuelto que las propuestas emanadas de esta comisión fueran contenidas en el marco de las propuestas del Reglamento General, como ocurrió con las proposiciones de la comisión provisoria de descentralización y la de comunicaciones.

La Comisión Provisoria de Derechos Humanos Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición de Derechos

[2] Este contenido ha sido elaborado a partir del documento Reseña Legislativa n.º. 1495, del 23 de septiembre de 2021, del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo, Trinidad Schleyer.

Humanos no formuló su propuesta en un formato de normas o de articulado, sino de proposiciones contenidas en un texto tipo informe relatado. Este informe no sería votado en particular y constituiría un documento referencial para la Convención, aunque es posible advertir desde ya que su peso será mayor al de una mera referencia toda vez que se ha establecido en el Reglamento General un artículo que consagra la transversalización de determinados principios, entre ellos del de derechos humanos, en el trabajo de las comisiones temáticas y de la convención en su conjunto.

A continuación, se resume parte de los contenidos más problemáticos, a nuestro juicio:

*i)* *Derecho a la propiedad, supeditado a su función social o ambiental.* Esta Comisión propone, en el contexto de la definición de las comisiones temáticas de la CC, que exista una comisión permanente de derechos humanos (y que el Reglamento General contempla como Comisión de Derechos Fundamentales). Dentro de los derechos que se propone incluir está el derecho a la propiedad, individual, colectiva o comunitaria supeditada a su función social como ambiental. La Constitución actual contempla que el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad y que este pueda ser limitado (no supeditado) solo mediante una ley y en virtud de las exigencias que deriven de su función social, contemplándose las hipótesis de lo que ello significa y aclarándose en el art. 19 n.° 26 que en caso alguno puede ser afectado en su esencia. El verbo 'supeditar' supone que una cosa dependa de otra o que se someta a otra, estableciendo una relación de jerarquía que debilita la consagración del derecho de propiedad. Si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala (art. 21): "Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social" nuestra norma interna es diversa, como señalábamos. Como se advierte supeditar la propiedad a la función ambiental va más allá, incluso, de lo que señalan los tratados internacionales[3]. Cabe señalar que dentro de las propuestas de esta comisión provisoria está la regeneración y reparación de las zonas en sacrificio y, aunque no se especifica cómo deberá ser esta regeneración y reparación, la

[3] La misma convención más adelante, en el mismo artículo, permite limitar el derecho por razones de utilidad pública (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.° 26. Restricción y Suspensión de Derechos Humanos. Disponible en www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo26.pdf [fecha de consulta: septiembre de 2021[. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala solo que "nadie puede ser privado arbitrariamente de su propiedad" (art. 17).

amplitud de la propuesta es tal que podría la regulación afectar a los actuales propietarios (derecho de propiedad).

*ii)* *Derecho a la verdad histórica*[4]. La Comisión también plantea la consagración de este derecho. Una de las libertades más importantes de las que gozamos es la libertad para pensar, creer y expresar todo lo que, de acuerdo con el propio juicio, creamos deba ser manifestado. Una de las mayores amenazas a este derecho consiste en ser obligado a profesar convicciones religiosas, políticas, históricas o de cualquier índole, contrarias a los propios pensamientos, incluidos aquellos que puedan resultar erróneos o molestos para otros. Así, uno de los mayores triunfos de la civilización ha sido eliminar las sanciones por pensar o expresar algo distinto a las mayorías, lo que ha sido garantizado por declaraciones de derechos universales. Las opiniones erróneas o las interpretaciones incorrectas deben ser sometidas al análisis crítico y a la argumentación, pero no deben ser castigadas, salvo si incitan a la violencia[5]. La historia no es la crónica de los hechos del pasado, sino un ejercicio interpretativo en que se revisa constantemente las causas, contextos y consecuencias de los eventos, al surgir nuevas preguntas, información o metodologías. "Por eso, no existe 'la verdad histórica' ". La investigación histórica siempre será, por definición, controvertible y discutible y no es posible llegar a una visión única y monolítica con certidumbre.

*iii)* *Derechos individuales y colectivos de los pueblos originarios, y derechos de otras colectividades.* Consistente con la cuestión de los principios que señalábamos al comienzo, dentro del catálogo de derechos que propone esta Comisión se contempla incluir derechos individuales y colectivos de los pueblos originarios. Sin embargo, esto podría conducir al establecimiento de grupos privilegiados, pasando a llevar la igualdad ante la ley (art. 19 n.º 2, de la CPR). Así se reconoce en el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas[6]. Por lo demás, el trato especial a determinadas colectividades por corresponder a grupos minorita-

[4] Tomado a partir de la columna de Lucía. Santa Cruz, "Negacionismo y verdad histórica", en El Mercurio, 27 de agosto de 2021. Disponible en https://lyd.org/opinion/2021/08/negacionismo-y-verdad-historica/ [fecha de consulta: agosto de 2021].

[5] Art. 20, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[6] "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americano".

rios o desaventajados no debería ser a escala constitucional, sino en instrumentos que tengan la característica de temporalidad (hasta que salgan de la situación de desventaja) y la suficiente flexibilidad para modificarlo de ser necesario.

*iv)* *Criterios inhabilitantes para integrar la Comisión Permanente de DDHH*[7]. Se propone impedir a determinadas personas participar de la comisión permanente temática que cree en la CC por las opiniones que profesan (a los que sostienen relatos negacionistas).

*v)* *Poder constituyente originario.* La Comisión se refiere a la CC como poder constituyente originario, carácter que no tiene, pues no surge de una ruptura institucional. Solo tiene la facultad de ejercer los poderes que la Constitución Política de la República vigente le da dado, los que son limitados y no obstan a las facultades de los demás órganos del Estado. Es decir, se trata del ejercicio del poder constituyente derivado. Donde queda más patente el carácter derivado de la Convención Constitucional es en las restricciones materiales a las que está sometida: no podrá intervenir en ninguna función o atribución de otros órganos o autoridades establecidas en la Constitución o en las leyes; mientras no entre en vigencia la nueva Constitución, la actual seguirá vigente sin que la Convención pueda negarle autoridad o modificarla; atribuirse la Convención o cualquiera de sus integrantes o fracción de ellos, el ejercicio de la soberanía, asumiendo otras atribuciones que las expresamente reconocidas por la Constitución actual; y, por último, el respecto del nuevo texto constitucional del carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias firmes y ejecutoriadas, y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes[8].

*vi)* *Se propone un procedimiento judicial especial para las personas mayores víctimas de violaciones de los derechos humanos y un mecanismo especial que permita satisfacer la demanda de justicia y reparación. Asimismo,*

[7] (1) Sostener opiniones, comentarios y/o relatos negacionistas; (2) Pertenecer a organizaciones que profesen discursos de odio, racismo u otra discriminación; (3) Haber recibido sanción disciplinaria por la Comisión de Ética de la Convención; (4) Tener un conflicto de interés, ya sea individualmente o por terceros vinculados, determinados por la ley, o cuando concurran circunstancias que le resten imparcialidad en el ejercicio de sus competencias y (5) Tener conflicto de interés en torno a los bienes comunes naturales, como el agua. En ningún caso será impedimento los asuntos de índole general que interesen a los pueblos originarios, tribales, gremios, profesiones, activistas, industrias o al comercio que pertenezcan.

[8] Teodoro Ribera, "Apuntes. Unidad 4: Democracia Constitucional y Democracia Mayoritaria: Tribunal Constitucional y Jurisdicción Constitucional". Fecha: 5 de diciembre de 2020, pp. 9-11.

*se propone un mecanismo para satisfacer a las víctimas del estallido social, por su condición especial de lesionados.* Además de pasar a llevar la igualdad ante la ley, esta propuesta va más allá del mandato dado a la CC y afecta el debido proceso de las causas ya iniciadas.

*vii)* *Derogación de normas* (secreto del informe Valech, reuniones públicas y otras normas). Más allá de la vulneración a la dignidad y derechos de las personas que la primera propuesta involucra, derogar normas es atribución del Congreso Nacional y no de la CC. Cabe recordar que la Convención no podrá intervenir ni ejercer ninguna otra función o atribución de otros órganos o autoridades.

## 5. *Propuesta de reglamento Comisión de Participación y Consulta Indígena*[9]

La propuesta de la Comisión Provisional de Participación y Consulta Indígena tiene como objetivo convocar a un proceso de participación y consulta indígena, para que los pueblos indígenas, en virtud del derecho a la libre determinación, influyan directamente en la confección de las normas de propuesta de nueva Constitución. Por este motivo, el reglamento, en vez de hablar de "consulta indígena" se refiere a "acuerdos vinculantes".

En el reglamento, hay una remisión constante a los derechos humanos de los pueblos indígenas consagrados en fuentes de derecho internacional, pero especialmente en la Declaración de la ONU sobre derechos de los pueblos indígenas de 2007, los cuales se erigen como fuentes normativas vinculantes, tanto para el proceso de participación y consulta como para las deliberaciones y normas que la Convención Constitucional pueda proponer, estableciéndose así una inadecuada limitación a la libertad de los convencionales para deliberar. Además, no se hace referencia a ninguna norma de derecho público chileno, como fuente normativa vinculante.

Por otro lado, el diseño de la participación y consulta indígena, otorga un exceso de poder a los convencionales miembros de la Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacionalidad y a los representantes de los pueblos indígenas, puesto que ellos van a llegar a acuerdos vinculantes, que serán oponibles a todas las comisiones temáticas y al pleno de la Convención. Además, se critica el carácter permanente en el tiempo que tiene la participación y consulta indígena, siendo esto ajeno al estándar del Convenio n.º 169 de la OIT.

[9] Texto elaborado sobre la base de la Reseña Constitucional n.º 1496, de 30 de septiembre de 2021, elaborada por el abogado René Tapia, integrante del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo.

Sin embargo, cabe hacer presente que dentro del cronograma establecido, se presentó una indicación sustitutiva al texto propuesto por la referida comisión, por parte de los convencionales de escaños reservados y otros, en la cual se matiza la idea de vinculatoriedad de los resultados de la consulta, pues en dicha indicación se indica que "vinculantes" significa que los acuerdos alcanzados se deben incorporar a los informes enviados a las comisiones temáticas y en las propuestas de normas constitucionales sobre derechos individuales y colectivos indígenas, los cuales serán sometidos a aprobación conforme a las reglas generales.

Las personas indígenas privadas de libertad, los niños, niñas y jóvenes indígenas son destinatarios especiales del proceso de participación y consulta, siendo esto criticable, por una parte, por la falta de vigencia de los derechos políticos de algunos y por otra, debido a que los esfuerzos de propaganda de la Convención serán dirigidos a los colegios, escuelas y a la vida de menores de edad, generando la potencial politización de estos.

Llama la atención que el reglamento en cuestión incorpora conceptos de alto contenido normativo sin previa discusión de fondo (esto ocurre con la "plurinacionalidad", "pueblos originarios", etc.). Esto es relevante porque estos conceptos se alzan como un límite sustantivo a la deliberación de los convencionales. Por otro lado, se critica la falta de mecanismos concretos para la elección de los miembros de la Secretaría que la Comisión propone crear, así como su composición exclusivamente indígena.

Por último, y como ya se refirió, se presentó una indicación sustitutiva firmada por los convencionales de escaños reservados y más de cincuenta convencionales más, la cual reestructura la propuesta de reglamento, pero manteniendo en gran medida las ideas y mecanismos propuestos en la propuesta aprobada anteriormente y en general por la Convención Constitucional.

### 5.1 Contenido de la propuesta emanada de la Comisión Provisoria

La propuesta de la Comisión Provisional de Participación y Consulta Indígena fue aprobada en general por el Pleno de la Convención el día 14 de septiembre de 2021. En ella, se plantea una propuesta reglamentaria para llevar a cabo un proceso de participación y consulta indígena, con el objetivo de garantizar los derechos a la libre determinación y otros derechos colectivos de los pueblos indígenas en el marco del proceso de redacción de una propuesta de nueva Constitución para Chile. A continuación, se detalla el contenido del reglamento en la materia:

1. *Convocatoria a participación y consulta indígena*. El art. 1 convoca a un proceso de participación y acuerdos de buena fe (consulta)

con los pueblos y naciones preexistentes al Estado de Chile, con el objetivo de dar cumplimiento a los derechos de libre determinación, participación y acuerdos previos que detentan los pueblos indígenas. Además, se indica que la Convención Constitucional, "como expresión del Poder Constituyente de los pueblos, asume soberanamente el compromiso de cumplir con los estándares internacionales en materia de participación y acuerdos indígenas" a través de acuerdos vinculantes.

2. *Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacionalidad, y Secretaría de Participación y Acuerdos Indígenas.* Se indica que la Convención Constitucional delega en la Comisión de Derechos de los Pueblos Indígenas y Plurinacionalidad (en adelante, Comisión) que proponen crear, la facultad de propiciar y velar por el proceso de participación y acuerdos indígenas, así como el deber de dirigir a la Secretaría de Participación y Acuerdos Indígenas (en adelante, la Secretaría), la cual es definida como un órgano colegiado, de carácter técnico, ejecutivo y plurinacional.

   La composición de la Comisión se realiza con los convencionales que fueron integrantes de la Comisión Provisoria de Participación y Consulta Indígena. En cambio, la composición de la Secretaría se realiza, por un lado, con un número indeterminado de sabios indígenas, quienes son seleccionados "mediante un proceso transparente y objetivo", y por otro, por diecinueve profesionales indígenas de las áreas de las ciencias sociales, jurídicas, pedagogías, periodismo, ingeniería y cualquier otra pertinente. La integración de dichos profesionales es de: seis del pueblo mapuche; tres del pueblo aimara; dos del pueblo diaguita; dos del pueblo likanantay/atacameño y un profesional de los pueblos quechua, colla, chango, rapa nui, yagán y kawésqar. Los miembros de la Comisión eligen a los miembros de la Secretaría por acuerdo, lo cual debe ser ratificado por el pleno de la Convención.

3. *Finalidad consiste en que acuerdos vinculantes se incorporen a nueva constitución*. Se indica expresamente que el objetivo es establecer acuerdos vinculantes con las comunidades, organizaciones, pueblos y naciones preexistentes al Estado de Chile (y demás destinatarios que dicho reglamento disponga), con la finalidad de que dichos acuerdos se incorporen como disposiciones en el nuevo texto constitucional teniendo como referente fundamental la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)[10],

[10] Disponible en www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf [fecha de consulta 22 de septiembre de 2021].

el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo[11] y otros instrumentos internacionales.

4. *Participación de los pueblos indígenas*. En virtud del principio y derecho a la libre determinación, cada pueblo llevará adelante el proceso de participación y consulta. En el proceso constituyente, la participación de los pueblos originarios no tendrá más límites que el respeto por los derechos humanos, pudiendo participar libremente de todas las instancias del procedimiento de creación de la norma constitucional y en el proceso de participación y acuerdos indígenas que el presente Reglamento establece.
5. *Fuentes normativas que rigen el proceso*. Se entiende como normas vinculantes a aplicar al proceso de participación y consulta:
   a) Derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas;
   b) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007);
   c) Convenio n.º 169 de la OIT;
   d) Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos;
   e) Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales;
   f) Convención Americana de Derechos Humanos;
   g) Declaración Americana sobre derechos de los pueblos indígenas;
   h) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Observaciones y Recomendaciones de los Comités de Tratados de Derechos Humanos, las Relatorías Especiales de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
   i) Principios generales de derecho internacional de los derechos humanos y *ius cogens*.
6. *Principios que rigen el proceso de participación y consulta indígenas.* El proceso se rige por los siguientes principios:
   a) Principio de Plurinacionalidad y libre determinación de los pueblos;
   b) Principio de continuidad y flexibilidad, en virtud del cual el proceso será continuo y sistemático, desarrollándose a través de diversos momentos consagrados en este reglamento;
   c) Principio de Interculturalidad, en virtud del cual se reconoce el derecho a usar sus propias lenguas;
   d) Principio de igualdad en el acceso a la información, en virtud del cual el proceso tiene por objetivo y enfoque la educación,

[11] Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=279441 [fecha de consulta 22 de septiembre de 2021].

información y capacitación sobre contenidos constitucionales, derechos humanos de los pueblos indígenas, conocimiento ancestral y otras materias relacionadas al proceso constituyente;

e) Principio de vinculatoriedad e incidencia, en virtud del cual los acuerdos son vinculantes, debiendo incorporarse a las demás comisiones temáticas;

f) Principio de transparencia;

g) Principio pro pueblos, en virtud del cual el fundamento del proceso es la salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas y todo el proceso debe guiarse hacia la protección más amplia de estos. Además, se establece la obligación de la Convención, la Comisión y la Secretaría de interpretar o preferir la interpretación más extensiva o la norma más amplia o protectora de los derechos de los pueblos indígena, e inversamente, cuando se establezcan restricciones, deberá estarse a la norma o interpretación menos restrictiva de los derechos de los pueblos indígenas;

h) Buena fe, en virtud del cual existe mala fe si la consulta se celebra como mera obligación de procedimiento, sin objetivo de alcanzar acuerdos vinculantes;

i) Inclusivo y accesible, en virtud del cual deberá velar especialmente por la participación de niños indígenas, adultos mayores, personas rurales, privados de libertad indígena y especialmente mujeres indígenas;

j) Principio de igualdad y no discriminación, en virtud del cual se debe garantizar las mismas condiciones de participación a todos los pueblos indígenas.

7. *Interpretación conforme al Derecho Internacional y derecho indígena*. El reglamento establece expresamente que cualquier instrumento, mecanismo o derecho relacionado al proceso de participación y consulta, debe interpretarse conforme a las fuentes normativas y Principios del Derecho Internacional y los usos y costumbres de cada pueblo anteriormente enunciados.

8. *Destinatarios del proceso*. En primer lugar, se establecen como destinatarios generales a todos los pueblos y naciones indígenas preexistentes al Estado de Chile. Luego, se indica que se consideran destinatarios específicos a:

a) las autoridades ancestrales;

b) comunidades de hecho y derecho, y otras formas tradicionales de organización;

c) asociaciones indígenas;

d) forma de organización indígena con o sin personalidad jurídica;
e) personas naturales que se autoidentifiquen como pertenecientes a los pueblos y naciones preexistentes al Estado de Chile.

Por último, se establecen como destinatarios especiales a los niños, niñas y jóvenes indígenas, adultos mayores, personas rurales y comunidades del borde costero, privados de libertad indígena y especialmente mujeres indígenas.

9. *Mecanismos generales de participación*. Se establece que los pueblos preexistentes al Estado tienen derecho a participar en todas y cada una de las etapas del proceso constitucional, En ejercicio de este derecho deberán ser consultados y podrán presentar propuestas de principios o lineamiento generales, iniciativas populares de normas constitucionales, tanto al inicio del proceso y durante el trabajo de las comisiones temáticas, indicaciones a los Informe de cada comisión temática y los que evacúa la comisión de armonización.
10. *Formas especiales de participación*. Se contempla una serie de mecanismos, entre ellos:
    i) Organizarse y autoconvocarse conforme a instituciones propias de cada pueblo, lo cual permita levantar iniciativas de normas constitucionales;
    ii) Audiencias públicas: durante la deliberación de las comisiones temáticas, las comunidades podrán hacer presentaciones o exposiciones de los temas de su interés y atingentes a cada comisión temática;
    iii) La presentación de lineamientos generales y de propuestas populares constituyentes para pueblos originarios podrá realizarse de manera desformalizada, pudiendo hacerse en lengua originaria;
    iv) El examen de admisibilidad de la propuesta de lineamientos generales o de propuestas populares constituyentes de pueblos originarios deberá utilizar criterios de flexibilidad, sin atención a formalidad alguna;
    v) Cualquier convencional por escaños reservados de los pueblos originarios podrá presentar lineamientos generales propuestas populares constituyentes sin más requisito formal que hacerlo por escrito, con fundamentos y dentro de plazo, ante la oficina de partes de la mesa de la Convención Constitucional.
11. *No exclusión de otras instancias de participación ciudadana*. El reglamento establece expresamente que el proceso de participación y consulta no excluye el derecho de los pueblos indígenas a participar en todas las otras formas de participación ciudadana que el Regla-

mento de la Convención indique. En este contexto, se reconoce también el derecho a usar sus propias lenguas.

12. *Etapas del proceso de participación y acuerdos indígenas*. El proceso tendrá las siguientes etapas:
    1) Etapa Permanente y Continuada de Participación Constituyente e Información, Educación, Capacitación, Socialización, Asesoría y Fortalecimiento de Capacidades. Desde la aprobación del reglamento definitivo, se iniciará un proceso en los territorios, con el apoyo de la Secretaría, para aportar a la generación de conocimientos, habilidades y contenidos sobre procedimientos constitucionales fundamentales, derechos humanos de los pueblos indígenas y los instrumentos internacionales donde se encuentran consagrados.
    2) Etapa de Elaboración de Documento Base para el Proceso, por parte de la Comisión. La Comisión debe preparar un documento base que sistematice los estándares internacionales de derecho internacional sobre derechos de los pueblos indígenas, que debe ser aprobado por la mayoría de los integrantes de la Comisión, y este documento deberá ser reconocido en el proyecto de nueva Constitución. Este documento tendrá como fundamento la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia internacional en la materia, las directrices, observaciones generales, criterios interpretativos y recomendaciones de los Comités de Tratados, órganos internacionales autorizados y Relatores de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
    3) Etapa de Acuerdos Vinculantes. La propuesta que emane de la Comisión, debe ser puesta a disposición de todos los sujetos colectivos participantes, para que, en el marco del proceso genere una participación continua, flexible, deliberativa, y de buena fe se construyan acuerdos, por todos los medios que este reglamento establece.
    4) La Secretaría proveerá mecanismos que faciliten el registro fidedigno de las conclusiones y acuerdos que tendrán el carácter de vinculantes, para ponerlas a disposición de la Comisión.
    5) Etapa de Sistematización del Proceso de Participación y Acuerdos. La Secretaría documentará y clasificará las propuestas y acuerdos vinculantes que hayan emanado del proceso. La sistematización deberá preservar la veracidad y origen de las propuestas y acuerdos y todos aquellos antecedentes que

permitan su cabal comprensión y, así como el detalle de los esfuerzos realizados para alcanzarlos y las medidas tomadas para salvaguardar los derechos indígenas, sus razones y fundamentos.

6) Informe de resultados del Proceso de Participación y Acuerdos a la Comisión. La Secretaría deberá elaborar un informe consolidado que dé cuenta de las etapas anteriores el que será puesto en conocimiento de la Comisión.
7) Informe de Resultados del Proceso de Participación y Acuerdos a otras Comisiones Temáticas. La Comisión distribuirá los acuerdos celebrados con los pueblos indígenas a otras comisiones en aquellas materias que le sean pertinentes, acompañando un informe explicativo de los mismos.
8) Propuesta Normativa de la Comisión. La Comisión podrá recibir, elaborar, debatir y formular normas relativas a los derechos de los pueblos indígenas, sus garantías e integración en el texto constitucional, respetando estrictamente los acuerdos a los que arribe con los pueblos.
9) Devolución a participantes del proceso sobre propuesta de la Comisión. Esta función es un aspecto determinante del proceso participativo, y será de responsabilidad de la Comisión, con apoyo de la Secretaría.

*13. Obligación de resultados*. Para la Convención Constitucional, la consulta constituye una obligación de resultados respecto del deber de salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas.

*14. Funciones de la Comisión*. La Comisión es de carácter permanente y, como se indicó, mantendrá la composición actual de la comisión provisoria. Esta comisión, por mayoría, adoptará los acuerdos necesarios para el mejor desarrollo de sus funciones, las cuales consisten en:

a) Velar por la debida implementación del proceso de participación y acuerdos, conforme a los principios y estándares definidos en este Reglamento y con pleno respeto a las instituciones propias de cada pueblo;
b) Recibir de la Secretaría la sistematización de la participación y los acuerdos entre los pueblos indígenas y la Comisión, emitiendo un Informe fundado del resultado del proceso y de los estándares internacionales aplicables a cada caso;
c) Seleccionar al personal profesional que integrará la Secretaría;
d) Informar a la Mesa Directiva de la Convención, para que someta a aprobación del Pleno, los proyectos de normas sobre derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas en la Consti-

tución, según los plazos y procedimientos establecidos para las comisiones temáticas. En esta tarea deberá actuar con absoluto respeto por los acuerdos adoptados, conforme al estándar de la Declaración de la ONU (2007) y demás instrumentos aplicables;

e) Velar y promover la observancia del principio de plurinacionalidad. Para el desempeño de esta función podrá informar, formulando recomendaciones y prevenciones a los órganos de la Convención sobre la adecuación de una materia específica a los estándares internacionales de derechos humanos de los pueblos indígenas;

f) Elaborar un documento base sobre derechos de pueblos originarios y plurinacionalidad, fundado en los estándares internacionales contenidos en la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y demás instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas;

g) Convenios de colaboración con universidades públicas o privadas, municipalidades, Organismos nacionales e Internacionales de derechos humanos o derechos indígenas, u otras instituciones pertinentes y

h) Cualquier otro que determine el Reglamento.

15. *Funciones de la Secretaría*. La Secretaría tiene las siguientes funciones:

i) Confeccionar las formas, modelos, instrumentos y pautas para desarrollar el proceso de participación y acuerdos indígenas de manera eficaz, conforme a las instrucciones dadas por la Comisión y según los estándares y principios de este Reglamento;

ii) Generar un mecanismo metodológico de educación y capacitación continua con pertinencia, para cada pueblo indígena, respetando sus particularidades territoriales;

iii) Elaborar una política de comunicación e información pública que dé a conocer los momentos del proceso de participación y consulta, los principios que la rigen y la forma que tendrán los pueblos indígenas para relacionarse con la Convención;

iv) Implementar y mantener un sitio electrónico que almacene materiales, información, los cronogramas definidos por los propios pueblos para el proceso de participación y acuerdos y sus resultados;

v) Desarrollar un sistema de recolección, recepción y sistematización de las materias consultadas y de la participación indígena, que será puesto oportunamente a disposición de la Comisión;

vi) Elaborar las convocatorias pertinentes a cada etapa del proceso de participación y consulta, que contendrán los mecanismos de participación, plazos, modalidad de asistencia, materias a tratar y cualquier otro que permita la participación y/o consulta indígena. Rigiéndose para estos efectos, por los plazos generales establecidos para el desarrollo del proceso constituyente;

vii) Proponer y gestionar el presupuesto necesario para desarrollar la participación y/o acuerdos indígenas;

viii) Generar para la Comisión un informe acerca del proceso de participación que refleje cantidad de participantes y modalidad de participación;

ix) Traducir o interpretar los instrumentos en lenguas indígenas y

x) Gestionar los acuerdos necesarios con instituciones de educación superior y/o organismos públicos que colaboren en el proceso.

16. *Presupuesto*. La Secretaría debe gestionar un presupuesto a través de la Dirección de Administración, Finanzas y Transparencia de la Convención, para que sea solicitado al tesoro público. Para ello, debe tenerse como piso mínimo el presupuesto del proceso de "Participación y consulta constituyente de los pueblos indígenas" llevado a cabo en el periodo 2016-2017, cuya ejecución presupuestaria fue de $ 2 386 692. Por esa razón, el reglamento establece que se deben destinar al menos $ 1 300 000 000 (mil trescientos millones de pesos) para el año 2021 y $ 2 456 700 000 (dos mil cuatrocientos cincuenta y seis millones setecientos mil pesos) para el año 2022.

17. *Indicaciones*. La indicación sustitutiva de los convencionales de escaños reservados y los demás convencionales firmantes, es un planteamiento mejor estructurado en lo formal, pero que mantiene las cuestiones de fondos ya propuestas por la comisión provisoria. La indicación divide el reglamento en tres títulos:

1) Normas generales y principios de la participación y consulta indígena;

2) Órganos de participación y consulta indígena;

3) De la participación y consulta.

En cuanto al contenido, mantiene la preponderancia de los instrumentos y principios de derecho internacional de los derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas. También, mantiene la propuesta de una consulta vinculante y continua durante el proceso de la convención, en la cual los pueblos indígenas pueden proponer normas y realizar indicaciones, sin perjuicio de que se explica en una forma matizada cómo se incorporan los acuerdos vinculantes a la discusión de los convencionales. También persiste en principio de plurinaciona-

lidad y libre determinación, y el principio de salvaguarda, el principio pro pueblos y la confección del "Documento Base". En esta indicación sustitutiva se establece que los diecisiete escaños reservados integran la Comisión por derecho propio y que habrá otros ocho convencionales generales que la integren. Por otro lado, la Secretaría ya no contempla el requisito étnico para ser miembro de ella.

### 5.2 Algunas apreciaciones sobre el fondo de la propuesta

El reglamento consagra conceptos de alto contenido normativo y que abordan cuestiones de fondo, tales como proceso de participación y acuerdos", "plurinacionalidad", "pueblos o naciones preexistentes", "pueblos originarios", etc. El significado de dichos conceptos no es claro para las actas, pues no se ha deliberado en torno a su contenido. Sin embargo, en este reglamento estos conceptos son principios rectores y nucleares de todo el documento, de forma tal que tienen un impacto inconmensurable en todas las comisiones temáticas y en el Pleno de la Convención.

Como cuestión preliminar, es necesario señalar que, de acuerdo con el art. 34 del Convenio n.º 169 de la OIT, en relación con el art. 6 del mismo tratado y a la normativa interna chilena que concreta el tratado, Chile no está obligado a realizar una consulta indígena en el marco del trabajo de la Convención Constitucional.

El reglamento indica que esta consulta se rige por el principio de continuidad y flexibilidad, debiendo desarrollarse las consultas a través de todo el proceso constituyente, pues se les permite a los pueblos indígenas presentar siempre propuestas de normas constitucionales, incluso pueden realizar indicaciones a los informes de cada comisión temática y de la comisión de armonización. Consideramos que un proceso adecuado de consulta debe realizarse en forma previa, en un momento determinado, durante lapsos de tiempo ciertos para cada etapa y sobre materias previamente establecidas. Sin embargo, no es el caso, pues se está realizando un proceso de consulta *sui generis*, fuera de los estándares del Convenio n.º169 de la OIT.

El diseño del proceso de consulta y generación de acuerdos es inadecuado, ya que la Comisión deberá llevar a cabo el proceso a escala nacional con los pueblos indígenas (es decir, con los representantes de distintas organizaciones indígenas). Es necesario recordar que, de acuerdo con el reglamento, la Convención delega en la Comisión –y, por tanto, en sus integrantes– la facultad de llegar a acuerdos en el marco del proceso de consulta. Sin embargo, estos acuerdos son vinculantes para las comisiones temáticas y el pleno de la Convención. Es más, el reglamento establece que la finalidad de los acuerdos vinculantes es que "se incorporen como disposiciones en el

nuevo texto constitucional". De esta forma, el poder que adquieren los convencionales miembros de la Comisión es desmesurado y se impone al resto de los convencionales en forma incontrarrestable, limitando la posibilidad de la Convención de deliberar libremente.

En esta línea, consideramos que los acuerdos no pueden ser vinculantes, en el sentido de que sean una imposición a las atribuciones deliberativas de la Convención Constitucional. Los acuerdos a los que se lleguen con los pueblos indígenas pueden llegar a ser una referencia para la redacción de los convencionales, pero en ningún caso pueden establecer limitaciones de forma o de fondo para su labor. Si bien la indicación sustitutiva a la que se ha hecho referencia matiza el concepto de vinculante, "el principio de salvaguarda" exige que la Convención siempre y, en cualquier caso, ampare:

> "Los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas y otras fuentes normativas del artículo 7".

Lo indicado anteriormente es sin perjuicio del desproporcionado poder político, negociador y jurídico que este reglamento otorga a los representantes de los pueblos indígenas (especialmente los más cercanos a los convencionales de esta comisión), pues podrán negociar directamente con los convencionales, proponer normas, opinar sobre la redacción de todo el texto en cualquier momento del trabajo de la CC e imponer sus propuestas a las comisiones temáticas y al pleno, a través de los acuerdos vinculantes a los que puedan llegar con la Comisión.

El reglamento establece que el proceso de consulta debe guiarse por la protección más amplia de los derechos de los pueblos indígenas. Por ello, la Convención, la Comisión y la Secretaría al interpretar y aplicar normas, debe interpretar y preferir la norma más amplia o interpretación más extensiva en favor de los derechos de los pueblos indígenas. A su vez, cuando se intente restringir el ejercicio de derechos indígenas, debe preferirse la norma o interpretación menos restrictiva. Al relacionar estas normas con las fuentes normativas de derecho internacional, que son vinculantes para el proceso de participación y consulta, resulta en que la Secretaría, la Comisión y la Convención están compelidas a preferir consagrar las normas más amplias de derecho internacional de los derechos humanos de pueblos indígenas, sin posibilidad de adecuarlas al contexto constitucional chileno.

Respecto a las fuentes normativas establecidas en el reglamento, cabe destacar que todas obedecen al derecho internacional público, salvo el "derecho propio o consuetudinario de cada pueblo". Además, las fuentes normativas son tanto tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, así como *soft law* de muy baja categoría (como las observaciones y recomen-

daciones de los Comités, las relatorías especiales de la ONU, etc.). Por otro lado, al indicar el objetivo del proceso, se indica que se debe fundamentar en la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio n.º 169 OIT "y otros instrumentos internacionales", haciendo ilimitada las fuentes del derecho a las cuales se puede recurrir, siendo esto contrario a la seguridad jurídica. En el caso de que se mantenga un artículo sobre fuentes normativas esta debe ser una lista taxativa de fuentes normativas, no una enumeración referencial.

Por último, resulta preocupante que no se incorpore como fuente normativa vinculante a la Constitución, ni al reglamento de consulta indígena vigente en Chile, ni otra referencia al derecho público chileno.

Sobre la Secretaría, resulta criticable que este compuesta exclusivamente por sabios y profesionales indígenas, puesto que no existe un motivo razonable para que un órgano técnico tenga barreras de entrada relativas al origen étnico de sus integrantes, por tanto, la exclusividad de miembros indígenas de la Secretaría resulta una discriminación arbitraria en una democracia representativa. Además, por la naturaleza reglamentaria del documento, debiera reflejar los mecanismos concretos para la elección de los sabios y los profesionales, mas esto no es lo que ocurre. Más aún, se establece que los profesionales indígenas son diecinueve en número, pero no se establece un número cierto para la elección de los sabios indígenas.

A la fecha en que se escribe este documento, la Convención Constitucional no ha comenzado a deliberar sobre esta materia en particular, puesto que los convencionales solicitaron se abriera un plazo especial para revisar la propuesta de indicación sustitutiva y porque los convencionales habían ya efectuado indicaciones al texto aprobado en general por el Pleno que consagra el texto originalmente propuesto por la comisión provisoria del ramo,

## Conclusión

Si bien la Convención Constitucional ha cumplido con relativa celeridad el mandato de darse determinados reglamentos que norman su funcionamiento, orgánica, asignaciones y sistema de votaciones, entre otras, se advierte que los reglamentos fueron mucho más allá del contenido propio de normas de estas características al tiempo que diversas de sus disposiciones contravienen las normas que rigen al proceso constituyente normado en el capítulo XV de la Constitución vigente y otras tantas contravienen derechos fundamentales garantizados por la Carta Fundamental. A la par con lo anterior, se advierte, a partir del temario de materias que deben revisar las comisiones temáticas creadas por el Reglamento General, que se corre el riesgo de sobre constitucionalizar

una serie de materias que resultan más bien propias de la política pública, al mismo tiempo que se evidencia un afán o motivación de la Convención por generar políticas de corte identitario que contravienen el principio y derecho de igualdad ante la ley. De esta manera, resulta complejo hacer un balance positivo del actuar de la Convención Constitucional a la fecha en materia de la regulación reglamentaria que está debía darse y se avizora un difícil panorama respecto de la discusión de determinados contenidos con libertad para partir desde una "hoja en blancos" por parte de los convencionales, pues diversas de esas materias sustantivas ya han sido de alguna manera delineadas y previamente determinadas por los reglamentos de la Convención Constitucional.

## Bibliografía

### *Normas*

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ley n.° 21200, que modifica el capítulo XV de la Constitución Política de la República.

Ley n.° 21298, que modifica la Carta Fundamental para reservar escaños a representantes de los pueblos indígenas en la convención constitucional y para resguardar y promover la participación de las personas con discapacidad en la elección de convencionales constituyentes.

Ley n.° 21216, que modifica la Carta Fundamental para permitir la conformación de pactos electorales de independientes y garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una nueva Constitución Política de la República.

### *Otros documentos*

Reseña legislativa nº 1495, del 23 de septiembre de 2021, del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo, elaborada por Trinidad Schleyer.

Reseña Constitucional n.° 1496, del 30 de septiembre de 2021, del Programa Legislativo de Libertad y Desarrollo, elaborada por el abogado René Tapia.

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n.° 26. Restricción y Suspensión de Derechos Humanos. Disponible en www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo26.pdf [fecha de consulta: septiembre de 2021].

Ribera, Teodoro. "Apuntes. Unidad 4: Democracia constitucional y democracia mayoritaria: Tribunal Constitucional y jurisdicción constitucional".

# FRAUDE CONSTITUCIONAL

# CONSTITUTIONAL FRAUD

*Eduardo Andrades Rivssas*[*]

Resumen: El artículo analiza el concepto de fraude constitucional, desde sus orígenes, en el constitucionalismo clásico del siglo XIX, hasta su aplicación en el Estado de Chile. Se estudian los primeros casos bajo la vigencia de la Constitución de 1833, con especial atención en la ley de tolerancia o libertad de cultos de 1865 y la república parlamentaria, luego, los sucesos de fraude bajo la Carta de 1925, el Congreso Termal, las leyes de reforma agraria y nacionalización de la gran minería del cobre, para pasar breve revista al actual cambio constitucional chileno desde 2019 en adelante.

Palabras clave: Fraude constitucional, república parlamentaria, rermal, reforma agraria, nueva Constitución.

Abstract: The article analyzes the concept of constitutional fraud, from its origins, in the classic constitutionalism of the 19th century, to its application in the State of Chile. The first cases are studied under the validity of the Constitution of 1833, with special attention to the law of tolerance or freedom of religion of 1865 and the parliamentary republic, then the events of fraud under the Constitution of 1925, the Thermal Congress, the agrarian reform laws and nationalization of great copper mining, to briefly review the current Chilean constitutional change from 2019 onwards.

Keywords: Constitutional Fraud, Parliamentary Republic, Thermal Congress, Agrarian Reform, New Constitution.

[*] Doctor en Historia del Derecho, Magíster en Derecho, Magíster en Humanidades con mención en Historia Clásica. Profesor titular de Historia del Derecho y Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: eandrade@udd.cl

## I. Introducción

Uno de los postulados más caros al constitucionalismo clásico fue el considerar que el guardián de la Carta Fundamental era el Parlamento, integrado por los representantes del pueblo. Era la encarnación de lo que se llamó la "soberanía parlamentaria". En virtud de tal concepción, tocaba a los miembros del cuerpo legislativo custodiar el respeto de las normas que integraban la Constitución, pero la realidad superó con mucho a la ingenua imagen de soberanía parlamentaria.

En efecto, fueron los parlamentarios, en las más diversas latitudes, quienes con mayor intensidad violentaron sus propias constituciones, mediante el expediente de dictar leyes abiertamente inconstitucionales, que muchas veces llegaron al fraude, o sea, a establecer un sistema normativo totalmente incompatible con el marco constitucional, debido a que no existía ningún mecanismo para impugnarlos ni menos para hacer efectiva la responsabilidad de los parlamentarios autores de este tipo de leyes inconstitucionales.

La tradición político-jurídica estadounidense, iniciada con el famoso caso Marbury versus Madison de 1803, puso freno a los desbordes legislativos en Estados Unidos de América, pero en el resto del mundo occidental, tanto en Europa como en América hubo que esperar a la llegada del siglo XX para encontrar una solución. Tradicionalmente se apunta al texto de la Constitución austriaca del 1 de octubre de 1920[1] y a la checoslovaca de 29 de febrero del mismo año. Ellas son las primeras en aplicar el llamado modelo Kelseniano o europeo, que confía a un tribunal especial, un órgano técnico-político el control constitucional y la defensa del orden fundado en el mismo texto constitucional frente a los intentos de desbordarlo o de defraudarlo.

Pues la tentación de romper las reglas constitucionales no quedó en el olvido. Tal vez el caso más arquetípico fue el de Alemania y la Constitución dictada en la ciudad de Weimar, para fundar su primera república. En efecto, un año antes de Austria y Checoslovaquia, la llamada Constitución de Weimar de 1919, dio forma a un orden político republicano en un país que siguió llamándose *Reich* (imperio)[2]. Pero no se contempló un medio de control constitucional. De hecho, en Alemania el tribunal constitucional federal o tribunal de Karlsruhe data recién de 1951, a seis años del término de la Segunda Guerra Mundial, que destruyó completamente a Alemania.

Es cierto que la república alemana nunca gozó de prestigio entre su población, debido a que fue una consecuencia indeseada de la derrota ger-

[1] Véase www.ibericonnect.blog/2020/10/100-anos-del-tribunal-constitucional-austriaco-kelsen-vive/ [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021].

[2] Constitución del Imperio alemán, aprobada el 11 de agosto de 1919.

mana en la Gran Guerra, pero su fin fue un perfecto ejemplo de lo que llamamos fraude constitucional, un cambio que desfondó completamente sus instituciones y reemplazó esencialmente el orden político de 1919 en clave republicana, por un sistema dictatorial controlado por el nazismo.

En 1933 el *Reichstag*, el parlamento de la república alemana, por amplia mayoría, tomó la decisión de transferir sus poderes a Adolfo Hitler[3]. La incipiente democracia alemana, parafraseando a una popular saga fílmica de nuestros días, moría en medio de un atronador aplauso, para ser reemplazada por una dictadura que llevaría al país a su completa destrucción.

Es por ello que conviene revisar la historia del fenómeno del fraude constitucional en Chile, para dilucidar si se trata de una circunstancia política reciente o tiene, al igual que en Alemania, viejos antecedentes entre nosotros.

## II. El fraude constitucional en el siglo XIX

En Chile, la larga vigencia de la Constitución de 1833 no impidió que la norma fundamental fuera vulnerada en forma consuetudinaria por sucesivos congresos que irresponsablemente aprobaron leyes abiertamente inconstitucionales, desde la ley, mal llamada de "libertad de cultos" de 1865, hasta la experiencia de fraude constitucional más colosal de nuestra historia política, la imposición por la fuerza de las armas, de un pseudo régimen parlamentarista oligárquico y centralizado sobre un texto constitucional que fue concebido como presidencialista.

Pasemos breve revista a los ejemplos indicados:

1. En el gobierno del presidente José Joaquín Pérez Mascayano (1861-1871) se promovió una reforma constitucional y legislativa que buscaba regular las necesidades religiosas y educativas de familias de inmigrantes europeos protestantes o no católicos que habían hecho de Chile su patria. Pero, frente a la dificultad para cumplir con los requisitos establecidos por la Carta Fundamental para su modificación, se optó por el sencillo expediente de dictar una ley "interpretativa" que se alejaba totalmente de los propósitos que se tuvieron en mente cuando se dictó la Constitución de 1833, en tiempos donde la casi totalidad de la población era católica[4].

[3] Hasta su definitiva derogación por la denominada "Ley de Plenos Poderes" [Ermächtigungsgesetz], aprobada el 24 de abril de 1933.

[4] Véase art. 5.º de la Constitución de 1833. El texto de la Constitución Política de la República de Chile de 25 de mayo de 1833, declaraba en su capítulo III De la relijión, art. 5.º:

La ley, dictada el 27 de julio de 1865, pretendía (y logró) resolver el problema religioso planteado por los inmigrantes, mayoritariamente alemanes, que demandaban que el Estado diera una respuesta frente al ejercicio de su religión y la educación religiosa de sus hijos. El gobierno optó por este expediente inconstitucional, pues no quería avanzar en la derogación del art. 5.º de la Constitución, estableciendo la libertad de culto. El país no estaba maduro para tal medida todavía:

El texto de la ley interpretativa fue el siguiente:

"Artículo primero: Se declara que por el artículo 5° (4°) de la Constitución se permite a los que no profesan la religión Católica, Apostólica, Romana, el culto que practiquen dentro del recinto de edificios de propiedad particular.

Art. 2°. Es permitido a los disidentes fundar y sostener escuelas privadas para la enseñanza de sus propios hijos en las doctrinas de sus religiones.

Esta ley fue un típico ejemplo de la práctica nacional de modificar las instituciones mediante el fraude constitucional. El tenor del art. 5.º era clarísimo y no dejaba espacio para una "interpretación" tan alejada de la voluntad de los constituyentes de 1833. Tal ley no habría resistido el análisis por parte de un tribunal constitucional moderno. El Chile de Diego Portales y Egaña era católico en una abrumadora mayoría y jamás se pensó en permitir otros cultos. No obstante, en 1865 las condiciones eran muy diversas debido a la mencionada inmigración europea en el sur. En virtud de esta ley se aprobó *de facto* una especie de libertad de cultos en Chile y, asimismo, se fundaron los famosos liceos alemanes, que dieron educación a los hijos de los inmigrantes y del resto de la población chilena del sur.

Pero lo correcto habría sido modificar la Carta con el objetivo de incorporar las normas indicadas sobre tolerancia religiosa, antes que adulterarla mediante el expediente impropio de una ley interpretativa.

2. La brillante sociedad que había surgido tras la victoria de los ejércitos parlamentaristas sobre el régimen del presidente José Manuel Balmaceda, se desarrollaba con éxito en medio de los elegantes salones de los magnates santiaguinos y el oropel de los grandes

"La relijión de la República de Chile es la Católica, Apostólica, Romana; con exclusión del culto público de cualquiera otra".

bailes de gala y por el otro, el país comenzaba a experimentar las consecuencias sociales de un régimen de gobierno que carecía de toda sintonía con los apremiantes contrates socioeconómicos, propios de una sociedad que basaba su desarrollo en la riqueza minera, que proveía una sola fuente: El salitre. Y en el fondo de la cuestión radicaba el problema de vital importancia: Cómo hacer funcionar a un sistema parlamentario dentro de una constitución presidencialista.

Así los vencedores de Concón y Placilla impusieron una interpretación de hecho de la Constitución de 1833 con el objetivo de hacer funcionar dentro de su institucionalidad, el régimen parlamentario que tanto ansiaban.

No se llevaron adelante reformas sustanciales a la Constitución para hacer realidad el nuevo régimen. Las reformas constitucionales aprobadas en la época fueron evidentemente adjetivas o secundarias. Los círculos políticos solo se limitaron a actuar como si se estuviera en presencia de un régimen parlamentario, pese a las tremendas contradicciones que presentaba el régimen con el sistema constitucional imperante.

El sistema parlamentario funcionó, entonces, con una serie de defectos esenciales que desnaturalizaron su funcionamiento, tales como la inexistencia de un Primer Ministro y la falta de la facultad de disolución de las Cámaras políticas por parte del Presidente de la República.

Se anuló la autoridad presidencial, buscándose la neutralidad política de los Presidentes de la República (salvo en cierta medida Pedro Montt y el último mandatario parlamentarista, Arturo Alessandri). No obstante lo cual, la fuerza de las cosas algunas veces lograba expresarse a través del sentir profundo del pueblo: las elecciones presidenciales, a pesar del anodino papel reservado a los mandatarios de la época, siguieron siendo las más importantes en el interés público.

Pero las formas parlamentarias de gobierno adoptadas dentro de una carta presidencialista no podían sino resultar en un completo fracaso. Curiosamente los parlamentaristas no deseaban ver tal cosa. Su conciencia del fraude constitucional que perpetraban era nula.

Lo anterior fue derivando muy pronto en un sistema de irresponsabilidad parlamentaria. No existiendo el mecanismo de clausura de los debates, se produjo la obstrucción parlamentaria y la esterilización de la función legislativa. Las frecuentes censuras de los gabinetes –facultad ejercida además por ambas ramas del

Congreso– y la consiguiente rotativa ministerial, con sus secuelas de desmoralización e ineficiencia disminuirán considerablemente la obra realizadora de los gobiernos.

Si formulamos un paralelo entre las características del régimen parlamentario clásico, como se practicaba en la época en Inglaterra y el modelo chileno, podemos concluir que las dimensiones del fraude constitucional eran desmedidas:

a) En un sistema parlamentario clásico, existe un ejecutivo bicéfalo, pues encontramos un Jefe de Estado a quien corresponden las funciones de representación del Estado y un Jefe de Gobierno, que encabeza el gobierno y administra el Estado, (este Jefe de Gobierno llamado Primer Ministro, Jefe de Gabinete o Canciller es quien detenta el poder político). En Chile, sin embargo, solo existía el Presidente de la República, que conforme a lo dispuesto por la Constitución administraba el Estado y era el Jefe Supremo de la Nación. De lo dicho surge una primera imperfección, pues siendo el ejecutivo unipersonal y concentrándose toda la autoridad en el Presidente, si este no la ejercía de acuerdo con la interpretación parlamentaria, el gobierno se mantenía a la deriva.

b) En un sistema parlamentario clásico, junto al Jefe de Estado existe un jefe de gobierno, primer ministro o canciller, que es el líder de la mayoría parlamentaria y cabeza del gobierno, somete a su autoridad al resto de los ministros, que deben coordinar su acción según sus instrucciones o programa político. En Chile no existía el cargo de Primer Ministro y solo hacía sus veces el ministro del Interior. Sin embargo, pese a encabezar el gabinete, su autoridad no era mayor que la de los demás ministros, con lo cual el gobierno en vez de contar con una cabeza o dirección tenía varias, y una nula coordinación entre las mismas, con lo cual la posibilidad de un orden coherente en las políticas de gobierno era imposible. En el fondo, cada Ministro respondía solo ante su propio partido, sin que diera explicaciones ante nadie más. Sin embargo, se mantenía la ilusión de "Jefe de Gobierno", en efecto, se estableció que el ministro del Interior se presentara ante las Cámaras con el objetivo de pedir una "votación de investidura" a fin de poder iniciar las tareas del gabinete. En esta comparecencia, el Ministro debía de comunicar el nombre de los demás ministros y su "programa de acción".

c) En un sistema parlamentario clásico, las decisiones del gobierno son colectivas y la responsabilidad de los ministros es solidaria,

pues todos intervienen en las decisiones. En Chile no existía dicha solidaridad y cuando se pretendía hacer efectiva la responsabilidad solidaria los ministros excusaban la suya indicando que la misma correspondía al Presidente de la República.

d) En un sistema parlamentario clásico, existe un medio de técnica legislativa, para ordenar los debates y poner término a las intervenciones de los parlamentarios a fin de votar las diversas iniciativas y dar curso progresivo a su tramitación: La clausura del debate por simple mayoría. En Chile no existía tal mecanismo para poner término a las discusiones y, por ello, valiéndose de las mil y una posibilidades de intervención que les brindaban los reglamentos internos, los parlamentarios daban curso a lo que se llamaría la "obstrucción parlamentaria" es decir, el uso inmoderado y permanente del derecho a intervenir con el fin de eternizar los debates e impedir la votación de un proyecto, aunque quienes así procedieren fueren una ínfima minoría. Se dieron casos de proyectos demorados indefinidamente por parlamentarios que hablaban veinticuatro horas seguidas. Es lo que también se denominó la "sesión permanente", una de las prácticas que más desprestigio acarreó a los políticos de la época ante la opinión pública, era aquella convocada para despachar un proyecto de ley obstruido por un grupo de diputados. Duraba indefinidamente, obligando al grupo a una verdadera maratón oratoria: nunca abandonar el uso de la palabra, impidiendo así que se votara el proyecto[5].

"Algunos diputados duermen, dando ruidosos ronquidos. Otros llaman sin cesar a los oficiales de la sala, pidiéndoles whisky con soda, jerez con Apollinares, coñac con Panimávida.

Las interrupciones se cambian a cada instante entre los que se conservan despiertos. Algunos ríen a carcajadas por cualquier motivo. De repente llegan tres diputados a la sala, haciendo curvas y equis con lamentable dificultad.

Un joven diputado monttino, medio se incorpora y con voz indecisa exclama: 'Vaya a cantarle a su abuela...

Otros apuran sus vasos y se injurian con incomprensible crudeza, pero reconociéndose dispuestos a no molestarse. 'No hay que enojarse, compadre...'.

[5] Crónica: "Desprestigio parlamentario: Una sesión 'permanente' de la Cámara", en *El Ferrocarril*, fragmentos. 1907.

Nadie oye a nadie. A intervalos salen unos en dirección del comedor, y en la sala de sesiones se sienten los estampidos de los corchos de las botellas de champagne. Parece, por momentos, que hubiera fuego graneado.

Las salas, llenas de humo que despiden los cigarros puros. El ambiente, impregnado de vapores alcohólicos. Los diputados, en orden disperso. Aquel tiene los pies sobre la mesa. Ese otro, ronca estrepitosamente. Más que una sesión permanente, una merienda de negros"[6].

Como puede apreciarse, la práctica de la obstrucción distaba de respetar el *fair play* político de que tanto se preciaba la república de los caballeros. E impedía por añadidura cualquier proyecto de ley que despertara una mínima oposición, por mayores que fueran sus beneficios sociales.

e) En un sistema parlamentario clásico, existe solo una cámara política (como la Cámara de los Comunes en Gran Bretaña), mientras que en Chile, ambas Cámaras tenían funciones políticas, pues tanto el Senado como la Cámara de Diputados, ejercían funciones políticas y de fiscalización de los gobiernos. Con lo dicho y si agregamos a la ecuación el precario sistema de alianzas parlamentarias, en la inmensa mayoría de los casos lo que sucedía era que mientras que el gabinete contaba con la efímera confianza de una de las Cámaras, estaba en minoría en la otra y, por ello, su vida o duración era igualmente breve.

f) En un sistema parlamentario clásico, existen los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad política del gabinete, ellos son el voto de censura y la moción de confianza. El primero de ellos permite a la mayoría parlamentaria derribar al gabinete por discrepar de su política, para lo cual se pone a votación la continuación o cese de los ministros. El segundo tiene similar propósito, pero funciona al solicitar el gobierno un voto de apoyo político de la mayoría parlamentaria, la que si lo desea, puede expresar su disconformidad con la conducción del gobierno negándose a ello y, por tanto, se fuerza la renuncia del Ministerio. En Chile, en cambio, no existía ninguno de estos mecanismos, por lo que las mayorías políticas recurrían a un mecanismo enteramente diverso para lograr la renuncia de los ministerios: iniciaban un proceso de acusación constitucional, o juicio político, mecanismo constitucional destinado a exigir

[6] Vial (2003), p. 73.

la responsabilidad penal de los ministros por actos delictivos cometidos en el ejercicio de su cargo. Puede apreciarse que la práctica parlamentaria era completamente contraria al espíritu de la Constitución, pues ella nunca había reconocido la facultad de las Cámaras para derribar a los ministerios. Por ello se usaba de una institución completamente ajena a la censura para lograr el mismo resultado práctico. Con lo que solo se acrecentaba el desprestigio del sistema.

g) En un sistema parlamentario clásico, el Jefe de Estado a propuesta del Jefe de Gobierno o Primer Ministro, puede decretar la disolución de la Cámara política, con el objetivo de que sea la ciudadanía la que resuelva un conflicto entre el gabinete y la mayoría parlamentaria de la Cámara política. Es el gran contrapeso a la censura o denegación de la confianza, pues mientras que la mayoría parlamentaria puede usar de estos instrumentos, el gobierno, que se enfrenta a ella puede hacer uso de la disolución con el objetivo que los parlamentarios piensen con mayor seriedad en las consecuencias de su actuación y no voten precipitada o irreflexivamente. Este mecanismo, esencial de todo sistema parlamentario no existía en Chile, por lo cual las mayorías políticas en la Cámara y en el Senado actuaban sin ningún freno y con total irresponsabilidad, en la certeza de que nada podía hacer el gobierno en su contra.

h) En un sistema parlamentario clásico, existen dos o tres partidos políticos como máximo. A ello contribuye en Gran Bretaña, la existencia de un sistema electoral mayoritario, que "premia" a las principales corrientes de opinión política, en desmedro de las más pequeñas. En caso de existir multipartidismo, los partidos se agrupan en dos alianzas o combinaciones muy definidas y estables. Y siempre con un alto nivel de disciplina partidaria, donde se sanciona todo tipo de conducta independiente o autónoma por parte de los parlamentarios, mediante los llamados "látigos", líderes parlamentarios que se encargan de obligar a los demás congresistas a obedecer los mandatos de la directiva del partido. Ello hace posible la formación de mayorías parlamentarias sólidas y bien constituidas que dan su sustento al gobierno, sin que exista la posibilidad de que el gobierno caiga o quede en minoría por fallar su apoyo partidista en la Cámara política. En Chile, por el contrario, existían al menos seis partidos distintos y, aunque formalmente se agrupaban en dos grandes combinaciones políticas, en la práctica se comportaban sin

ningún orden establecido. Las alianzas no duraban más que lo que los líderes políticos de la época se demoraban en ponerles término por motivos todo menos que políticos: enemistades personales, rivalidades sociales, etc. Y como consecuencia de ello, se producían las más increíbles modificaciones en las mayorías parlamentarias, las cuales muchas veces no duraban más de un par de días o, incluso, horas.

i) En un sistema parlamentario clásico y en Chile existe compatibilidad entre los cargos de ministro de Estado y parlamentario, expresión esta de la colaboración o separación flexible entre Ejecutivo y Legislativo. Sin embargo, y al no existir ningún contrapeso, el único aspecto en que el régimen chileno mantenía alguna semejanza con su modelo clásico o británico, se generó una gigantesca rotativa ministerial, cuyos principales aspectos veremos enseguida.

El panorama que hemos esbozado en este paralelo, ha motivado que varios autores procedentes del ámbito del derecho político califiquen a nuestro parlamentarismo a la chilena no como un régimen parlamentario, sino como un GOBIERNO DE ASAMBLEA. Y, en verdad, las similitudes con este último régimen son evidentes: la falta de conducción del gobierno, la impotencia de sus titulares, la completa irresponsabilidad del cuerpo político legislativo y las pasiones malsanas de los partidos se asemejan demasiado a aquel régimen que, tras los días tumultuosos del comienzo de la Revolución francesa, dieron paso al terror de la Convención Nacional.

Ya hemos indicado que el régimen triunfante tras la guerra civil no introdujo cambios significativos al sistema constitucional. Nos corresponde ahora estudiar la razón de tal actitud. Los parlamentaristas sostenían con énfasis una heterodoxa, pero avasalladora, interpretación de hecho de la Carta de 1833. Contrariando todos sus evidentes antecedentes presidenciales y la historia de los gobiernos del periodo portaliano y liberal llegarían a indicar que la Carta había consagrado siempre un régimen parlamentario de gobierno, el que había sido desnaturalizado por los Presidentes, que habían usurpado las potestades que correspondían al Parlamento.

Sobre esta actitud, nos dice Sergio Carrasco Delgado:

"Resulta paradójico, aunque explicable, que la Constitución de 1833 rija, después de 1891, con un alcance tan diferente de sus orígenes, incluso considerando sus modificaciones. No obstante, la interpretación de hecho dada por la revolución triunfante en 1891, y ya formulada con

anterioridad, se dirigió claramente en un sentido absolutamente distinto del propósito original"[7].

En el mismo sentido Fernando Campos indica:

"Los vencedores de la revolución del 91 no hicieron lo que los pelucones después de Lircay, que 'cosecharon el fruto de su siembre al estructurar a Chile, en la Constitución del 33, de acuerdo con sus doctrinas políticas'. Los vencedores de Concón y La Placilla no irán a realizar en la letra de la ley, el pensamiento que los inspira.

Las reformas introducidas a partir de 1891 en nuestra Constitución son de carácter secundario y no conducen hacia las bases en que debe cimentarse un gobierno parlamentario"[8].

Asimismo, Heise González nos recuerda:

"La burguesía triunfante en 1891 se limitó a continuar con las prácticas parlamentarias anteriores a la revolución. Nadie pensó en establecer la clausura de los debates, ni la facultad presidencial de disolver la Cámara Baja, ni la reglamentación de las interpelaciones, que son elementos esenciales del gobierno de gabinete. Por eso se habla de un régimen parlamentario imperfecto...

Nuestro parlamentarismo criollo incompleto pudo haber conducido a una dictadura irresponsable del Congreso, con una total anarquía. Sin embargo, el patriotismo y la cultura política de nuestros gobernantes y la madurez de nuestra clase dirigente sirvieron de norma reguladora para la solución de los problemas que plantearon las limitaciones de nuestro sistema parlamentario..."[9].

Conviene consignar la opinión que, al respecto, adoptarían los propios protagonistas del periodo. Para dejar en claro la actitud del bando parlamentarista triunfador en 1891 podemos recurrir al testimonio de uno de los más destacados dirigentes políticos del periodo, Manuel Rivas Vicuña:

"No se buscan grandes reformas constitucionales. El movimiento (de 1891) ha tenido por objeto no reformar sino hacer cumplir la Consti-

[7] Véase Carrasco (2002), p. 140.

[8] Véase Campos (1997), p. 284.

[9] Cfr. Heise (1989), pp. 91-92. Julio Heise, el gran defensor, y tal vez el único que desde la seriedad de la cátedra académica, ha tenido el régimen parlamentarista criollo, sostiene que las consecuencias de los graves defectos del sistema implantado en 1891 podrían haber sido peores de no contarse con una clase dirigente responsable. La afirmación resulta controvertible por la apuntada descripción que hemos hecho de las principales características y usos de la época.

tución. Cierto es que ella servía para sostener el régimen presidencial; ahora, sin cambiar su letra encarnará en su espíritu el régimen parlamentario"[10].

Como puede apreciarse, los dirigentes políticos parlamentarios no tenían la menor intención de restringir el poder que habían conquistado tras tan dramáticos días. "La victoria da derechos", había dicho Bismarck, y los parlamentaristas estaban dispuestos a usarlos sin restricción alguna. No iban a ser ellos, los triunfadores en Concón y Placilla los que abdicaran del verdadero monopolio del poder político que habían obtenido. Se trataba precisamente de eso, ejercer el poder absoluto sin contrapeso alguno y, a su manera, fueron sinceros al reconocerlo.

Es la actitud unánime de los políticos que, a partir de 1891, dirigirían los destinos de la nación. Curiosa miopía frente a las evidentes carencias de un sistema político que nunca fue diseñado para funcionar como parlamentario. No deja de ser paradojal si se tiene en cuenta que, durante el periodo, el país disfrutaría de tan abundantes recursos económicos[11], que darían la ilusión de que Chile iniciaba el siglo XX entre los países a las puertas del pleno desarrollo. Tal vez una buena explicación del funcionamiento durante treinta y tres años de dicho régimen, se encuentra en tales recursos, que constituían el imprescindible lubricante para una maquinaria política que procuraba hacer funcionar un cubo parlamentario, impuesto por la fuerza, dentro de una pirámide presidencial sancionada legalmente en la Constitución.

## III. El fraude constitucional en la Constitución de 1925, desde el Congreso "Termal" hasta los resquicios constitucionales de Salvador Allende

La dictación, por el presidente Arturo Alessandri Palma, de la Constitución de 1925 no eliminó las tentaciones de los políticos de perpetrar fraudes a la nueva Carta. Las causas son múltiples, pero no podemos dejar de consignar una que está en el corazón de estas actitudes, la manifiesta y permanente

[10] Véase Rivas (1964), p. 10.

[11] Debidos a la exportación del salitre que permitieron multiplicar por cinco los ingresos fiscales (que de quince millones de pesos anuales en 1879 pasaron a más de setenta y ocho millones en 1894) durante el periodo parlamentario.

hostilidad de los políticos chilenos al régimen presidencial. Planificaron una y otra vez las más prosaicas iniciativas que les permitieran recuperar algo del viejo monopolio del poder político de que habían disfrutado hasta 1924.

Cierto es que la nueva Constitución, merced a la iniciativa del presidente Arturo Alessandri consagró una nueva facultad de la Corte Suprema, la de declarar inaplicable por inconstitucionalidad a las leyes que contravinieren el régimen constitucional, pero esta disposición se aplicaba *ex post*, a las leyes ya dictadas, no impedía la discusión y aprobación de proyectos de leyes contrarias a la Constitución. La necesidad de contar con un órgano de control constitucional preventivo, buscada por casi todos los presidentes del periodo, no se concretó sino tardíamente a partir de 1970 con la creación del Tribunal Constitucional, que no pudo impedir los desbordes y fraudes constitucionales del último gobierno de la Carta de 1925, el de Salvador Allende.

Así, en 1930, durante los primeros años del nuevo régimen constitucional, cuando la Carta Fundamental regía solo formalmente, debido al apuntado rechazo político al régimen presidencial restaurado por Arturo Alessandri, los políticos dieron forma a uno de los más rocambolescos proyectos de intervención sobre el régimen político constitucional.

Fue el llamado Congreso Termal. Correspondían las elecciones de ambas Cámaras para el año 1930. Los dirigentes políticos, con completo desprecio por la opinión popular y por la Constitución, acordaron evitar las elecciones. Se valieron de un precepto de la ley de elecciones por el cual se establecía que, si no existían más candidatos que cargos a elegir, no se realizarían elecciones y se proclamaría como electos a los nominados. De tal forma los diversos partidos decidieron, a espaldas de la ciudadanía y del régimen democrático representativo consagrado en la Constitución, el número de representantes que cada uno de ellos debería tener en el Parlamento. Dicho acuerdo, que a muchos han querido atribuir al presidente Carlos Ibáñez, no fue iniciativa del Presidente, sino que exclusiva responsabilidad de los dirigentes políticos. Cuando decidieron solicitar la aprobación de don Carlos, este se encontraba haciendo uso de un feriado en el balneario de las Termas de Chillán. En dicho lugar dio su consentimiento a la fórmula dejando en claro que lo hacía con la finalidad de que el Congreso así designado no interfiriera con sus políticas. Felices con el acuerdo los políticos lograron su objetivo, pero el Congreso, bautizado "termal", por la opinión pública provocó el desprestigio más completo de los dirigentes partidarios que aparecían burlándose de la opinión ciudadana[12].

[12] La fórmula estuvo a punto de naufragar, debido al anuncio de un candidato independiente por Santiago, que habría provocado que se hiciera necesaria la elección, pero Carlos Ibáñez acudió en auxilio de los dirigentes políticos que desesperaban, y mandó fuera del país al precandidato. Era la forma usual en que don Carlos manejaba los problemas políticos.

Años más tarde, en el gobierno del presidente Jorge Alessandri Rodríguez (1958-1964), se dio inicio a una sucesión de tres grandes reformas constitucionales que debilitaron progresivamente el derecho de propiedad privada y constituyeron un gran fraude constitucional a los propósitos democrático constitucionales de la Carta de 1925.

a) La Ley n.º 15295 de 8 de octubre de 1963: Esta ley hizo posible la primera reforma agraria el país. Este proceso tiene su origen en la influencia de la administración Kennedy respecto de los países de Hispanoamérica. A inicios del mandato del presidente John F. Kennedy, este lanzó un programa de asistencia a los países del hemisferio denominado "Alianza para el Progreso". Tenía por objetivo elevar el nivel de vida de los países de Hispanoamérica fomentando el desarrollo del sector productivo. Tenía una idea muy particular sobre la realidad de Sudamérica y completamente falsa respecto de la realidad chilena, respecto de la cual sostenía que aún regían los mayorazgos. Tras el terremoto de 1960, el presidente Jorge Alessandri decidió viajar a Estados Unidos con el fin de explicar a John F. Kennedy la verdadera situación. De lo contrario Chile no contaría con los fondos del programa aludido, que eran vitales para reconstruir las provincias del sur del país.

   El presidente estadounidense insistió en su fórmula para acabar con los latifundios, según él, fuente de la pobreza del agro, lo que era pura fantasía, siendo la agricultura chilena la más próspera y rentable de toda Hispanoamérica, junto con la de Uruguay.

   Por lo tanto esta reforma responde a la necesidad de satisfacer estas condiciones exigidas por la administración de Estados Unidos[13].

   La ley dictada modificó el art. 10 n.º 10 de la Carta de 1925, sobre derecho de propiedad, permitiendo la expropiación de predios rústicos abandonados o manifiestamente mal explotados y por debajo del rendimiento de predios de características similares. La indemnización debería pagarse sobre el valor completo del bien raíz y en un plazo máximo de quince años, con un mínimo de un 10 % al contado y con intereses y reajustes.

   Se podría reclamar ante tribunales especiales y de su resolución apelar ante la Corte de Apelaciones respectiva. Era una reforma muy técnica que perseguía explotar adecuadamente las tierras abandonadas protegiendo los legítimos derechos de los propietarios

[13] El eslogan de la época era: "La tierra para el que la trabaja", es decir, había que transferir la tierra desde las manos de los propietarios originales a las de los campesinos.

expropiados. En la época los partidos de izquierda estimaron insuficiente y la llamaron la "reforma de macetero".

b) Pero no quedaron allí los esfuerzos por contravenir los propósitos de la Constitución. En el siguiente gobierno, de Eduardo Frei Montalva (1964-1970), se consagró una reforma mucho más radical y perjudicial para los derechos de los perjudicados.

Por Ley n.º 19625 de 20 de enero de 1967 se aprobó una segunda reforma agraria. Se vuelve a reformar el art. 10 n.º 10 que establecía la "inviolabilidad de las propiedades sin distinción alguna" y se reemplaza por "el derecho de propiedad en sus diversas especies". Hay aquí, desde luego, un cambio en la terminología que, de completa y categórica protección de la propiedad pasa a un simple derecho reglamentado por la Constitución.

Se podría expropiar cualquier predio rústico, eliminándose las causales señaladas en la reforma anterior. Sin embargo, lo más importante fue que el rango de la garantía constitucional se rebajó al nivel de la ley, al disponer el constituyente, muy escasas referencias a los derechos del expropiado y encargarle su regulación a la ley. Debido a esto se produjeron abusos notables. El gobierno creó la Corporación de Reforma Agraria (Cora) para llevar adelante los procesos de expropiación. De acuerdo con lo señalado por la reforma y la Ley de Reforma Agraria[14] o "Ley Aylwin"[15] el monto de la indemnización sería fijada equitativamente considerando los intereses de la colectividad y de los expropiados. Sin embargo, pese a esta inocente redacción, en la práctica la constitución y la ley establecieron:

Se eliminaron las causales de expropiación de carácter objetivo, por lo que cualquier predio medianamente extenso quedó sujeto a eventuales actos de expropiación.

Que se pagaría un monto determinado por el avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial más el valor de las mejoras no comprendidas en aquel. Se pagaba solo el avalúo fiscal. Y este era muy inferior al valor real o comercial de las propiedades expropiadas.

Se pagaría una parte de la indemnización al contado (la Ley Aylwin estableció un 5 %) al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años en la forma que estime la ley.

La indemnización pagada en cuotas no generaría ni intereses ni reajustes. Ello era particularmente grave, pues en la época el

[14] Ley n.º 16640 de 28 de julio de 1967.

[15] Por el apellido del senador DC Patricio Aylwin que la redactó.

proceso inflacionario hacía que la moneda perdiera gran parte de su valor en muy poco tiempo. Al final de la década de 1930 el fisco terminaría pagando cifras por entero ridículas (por lo pequeñas) a los propietarios expropiados. En el fondo se condenaba a estos a una expropiación que era más bien una confiscación.

Del proceso de expropiación se podía apelar ante un tribunal especial, denominado "Comisión de hombres buenos". Pero estos eran nombrados por la misma Cora.

Las aguas se reservaron por ley al dominio nacional y se declaran expropiables las que fueren de propiedad particular.

La reforma tuvo muchos efectos que podemos calificar de funestos y no buscados:

1) Paralizó a la agricultura. La producción agrícola nacional, tradicionalmente generosa y suficiente para mantener a la población y exportar grandes cantidades, quedó en estado de parálisis durante seis años. Como consecuencia, hacia fines del gobierno del presidente Salvador Allende Gossens Chile había pasado a ser un país importador de alimentos.
2) Trastocó la economía nacional y la vida de los propietarios agrícolas.
3) Destruyó la cultura y vida tradicional agraria. Sectores completos del agro, como los de los capataces, temporeros, pequeños artesanos fueron desplazados y eliminados de las faenas agrarias.
4) No cumplió con su promesa, pues la Cora no traspasó las propiedades expropiadas o confiscadas a los campesinos. Estos[16] debieron empezar a pagar rentas de arriendo al ente estatal que se convirtió en el mayor latifundista del país[17].

c) Para terminar el proceso de fraude constitucional en materia de derecho de propiedad, en el gobierno del presidente Salvador Allende Gossens (1970-1973), en cuyo mandato se promovió y promulgó la ley de reforma constitucional n.° 17450 de 16 de julio de 1971 que aprobó la llamada Nacionalización de la Gran Minería de Cobre. Nuevamente se afecta el art. 10 n.° 10 de la Constitución. Esta

[16] Son denominados "parceleros de la Cora".

[17] Otra paradoja del proceso, fue que los títulos de propiedad de las parcelas Cora, fueron adjudicados por obra del gobierno militar. Fue decisión del presidente Augusto Pinochet, finalizar el proceso de reforma agraria, y no dejarlo sin efecto. Muy pocas tierras fueron restituidas a sus anteriores dueños y en el caso de las que lo fueron se debió a sentencias judiciales dictadas varias décadas después de que se había producido el perjuicio, que dejaron sin efecto los actos de confiscación y saqueo que se habían cometido.

reforma fue aprobada en el Congreso Nacional con la abstención de la oposición, que no tuvo coraje para rechazarla[18]. La nacionalización afectó a la totalidad de las grandes minas de cobre del país, que fueron confiscadas *in solidum* y sin pagar indemnización.

Finalmente, en el mismo gobierno del presidente Salvador Allende se recurrió a la práctica de los "resquicios legales"[19].

Esta práctica consistía en confiscar fábricas e industrias haciendo uso de antiguas disposiciones legales provenientes de la República Socialista, dictadas en tiempos de la llamada Segunda Anarquía, para intervenir las explotaciones productivas. Y se nombraban interventores políticos dependientes del gobierno. Así se promovían tomas y paros ilegales por parte de los sindicatos de las mismas industrias, para hacer posibles las intervenciones. Luego la Corporación de Fomento (Corfo) compraba las acciones de las compañías en la bolsa a precio ínfimo y lograba constituir un inmenso *holding* estatal sobre gran parte de los sectores productivos, que en la práctica resultaban despojados de su propiedad mediante una confiscación que violentaba directamente la Constitución.

## IV. Conclusiones: El fraude constitucional ante la Constitución vigente

Como hemos podido ver, los ejemplos de fraude a la Constitución son más numerosos que los que puede imaginarse a primera vista. Constituye una poco honrosa tradición de nuestros políticos.

En nuestros días somos testigos de viciosas prácticas que también configuran fraude constitucional. Son las iniciativas de parlamentarios, senadores y diputados, que, de forma totalmente irresponsable, han promovido proyectos de ley y de reforma constitucional que contrarían totalmente el texto de la Constitución vigente, en lo que uno de sus mismos impulsores ha denominado un "parlamentarismo de facto"[20]. Y es que la virtual impunidad de que disfrutan los parlamentarios para admitir a trámite cualquier proyec-

[18] Los pocos parlamentarios de derecha opuestos a la medida se abstuvieron de entrar en el Salón. Ello se debe a lo impopular que era en la época la defensa de la propiedad privada de las mineras.

[19] Política impulsada por el asesor jurídico de la Presidencia, el eminente jurista Eduardo Novoa Monreal, quien recomendaba usar de antiguas normas jurídicas dictadas en tiempos de la anarquía del siglo XX, decretos leyes que debían haber sido derogados y que carecían de toda validez, para permitirle al gobierno conculcar los derechos humanos.

[20] Véase Quintana (2020).

to que viole la Constitución, inventar instancias para decretar la inadmisibilidad de los vetos presidenciales, no respetar los mecanismos de urgencia de tramitación de los proyectos de ley, ni las prerrogativas de iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República, tienen su origen en la reforma constitucional de la Ley n.º 18825, de 1989[21], que derogó las sanciones de cesación en el cargo que habían sido incorporadas en el texto original de la Constitución a instancias del expresidente Jorge Alessandri Rodríguez, para exigir la responsabilidad de los congresistas por los abusos cometidos en el ejercicio de sus cargos.

Asimismo, son numerosas instancias de fraude constitucional que hemos presenciado desde el momento en que se firmó el llamado "Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución" de 15 de noviembre de 2021 no deberían extrañar a nadie[22].

En efecto, este acuerdo, logrado durante las tristes jornadas de piromanía, saqueo, destrucción de bienes públicos y privados y violencia desatada por sectores políticos extremistas, se fundó en la necesidad de que el sistema político respondiera al desafío del lumpen y la insurrección triunfante en las calles. Pero más que respuesta se trató de una capitulación de las fuerzas políticas ante la misma violencia.

Lo que había comenzado como una manifestación con apoyo popular por mejoras y demandas en cuestiones económico-sociales, rápidamente fue cooptada por sectores que deseaban llevar adelante su programa política de ruptura y cambio constitucional radical.

En virtud del acuerdo, que no logró "La Paz", la que solo sería precaria y transitoriamente restaurada por la pandemia mundial que azotó al país desde marzo de 2020, se avanzó en una reforma constitucional que hiciera posible un plebiscito, la elección de una convención constitucional y, más adelante, un plebiscito de aprobación del texto constitucional que la convención elegida para ello debe redactar.

---

[21] El artículo derogado irreflexivamente por la reforma de 1989, disponía categóricamente: Art. 57.º inciso 6.º: "Cesará, también, en el cargo de diputado o senador el parlamentario que, ejerciendo la función de presidente de la respectiva corporación o comisión, haya admitido a votación una moción o indicación que sea declarada manifiestamente contraria a la Constitución Política del Estado por el Tribunal Constitucional. En igual sanción incurrirán el o los autores de la moción o indicación referidas". Es claro que, de haber estado vigente hoy, nos habría ahorrado la penosa situación por la que atraviesa el Estado de derecho en Chile.

[22] Dicho acuerdo se encabeza por la siguiente exposición de motivos: "Ante la grave crisis política y social del país, atendiendo la movilización de la ciudadanía y el llamado formulado por S.E. el Presidente Sebastián Piñera, los partidos abajo firmantes han acordado una salida institucional cuyo objetivo es buscar la paz y la justicia social a través de un procedimiento inobjetablemente democrático".

Sin embargo, todo el "proceso" de cambio adolece de incontables vicios de nulidad y fraude. Partiendo por el simple hecho de que se olvida que el derecho público chileno ha sostenido por ya largos doscientos años que ningún acto o resolución de los poderes del Estado es válido si se obtiene como consecuencia del uso o amenaza de la fuerza[23].

La reforma constitucional impulsada por las fuerzas políticas para iniciar el cambio de Constitución fue aprobada por Ley n.º 21200 de 24 de diciembre de 2019.

El plebiscito de inicio del cambio constitucional se verificó el 25 de octubre de 2020, tras una postergación debida a la pandemia. Prácticamente la mitad de la ciudadanía no concurrió a votar. De los que sí lo hicieron, un 78,27 % se pronunció por aceptar la elaboración de una nueva Constitución. Un porcentaje levemente mayor decidió que se hiciera mediante la elección de una convención constitucional de ciento cincuenta y cinco integrantes.

Para la elección de la convención se alteraron las normas que habían sido plebiscitadas por la ciudadanía, incorporando modificaciones al sistema electoral para hacer realidad paridades de sexo y representación garantizada de población de origen indígena. Nada de esto fue aprobado por los electores, sino por presión de los sectores políticos radicalizados que buscaban el cambio constitucional.

La Convención fue elegida por la ciudadanía entre los días 14 y 15 de octubre de 2021, por una cantidad aún menor de sufragios, debido a que el país atravesaba por una nueva ola de contagios de la pandemia.

El órgano redactor de la nueva Constitución se instaló el 4 de julio de 2021, en medio de polémicas y graves alteraciones del orden público.

Más polémicos han resultado los comportamientos al margen de la ley de algunos convencionales y el caso de uno de ellos que fue electo mediante el fraude personal de fingir una enfermedad, mentira que se desenmascaró recientemente.

Desde su inauguración la Convención ha dado reiteradas pruebas de su falta de vocación democrática y su deseo de hacer caso omiso de las reglas constitucionales que le dieron origen. Así se ha declarado "originaria y constituyente", ha validado la exclusión de los convencionales que no piensen como dicta la mayoría y ha alterado las reglas de aprobación de los textos de la nueva Constitución, además de aumentarse con descaro y total inconstitucionalidad sus gastos para asesorías e incorporar mecanismos no permitidos por la Constitución como los llamados "plebiscitos dirimentes" cuando no se alcancen los quórums establecidos por la Constitución.

[23] Arts. 6.º y 7.º de la Constitución vigente.

De forma que estamos en presencia de un proceso que adolece enteramente de fraude y cuyos resultados serán igualmente ilegítimos. Más aún, se ha dejado al margen del control al órgano creado exprofeso para ello, el Tribunal Constitucional.

Es esperable que en el futuro inmediato exista una mayoría popular importante que se pronuncie públicamente denunciando el fraude y por el rechazo del texto constitucional que surja de todo este "proceso" nulo y viciado.

## Bibliografía

Campos Harriet, Fernando (1997). *Historia constitucional de Chile*. 8ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Carrasco Delgado, Sergio (2002). *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos*, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

"Constituciones Políticas de la República de Chile 1810-2005", en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 2005.

Edwards Vives, Alberto (1991). *La fronda aristocrática en Chile.* 12ª ed. Santiago: Editorial Universitaria, .

Heise González, Julio (1974). *Historia de Chile, El periodo Parlamentario, 1861-1925*. Santiago: Editorial Andrés Bello, tomo 1.

Heise González, Julio (1989). *150 años de evolución institucional*. 8ª ed. Santiago: Editorial Andrés Bello.

Rivas Vicuña, Manuel (1964). *Historia política y parlamentaria de Chile*. Santiago: Ediciones de la Biblioteca Nacional, tomo 1.

Vial Correa, Gonzalo (2003). *Historia de Chile en el siglo* xx. Santiago: Sociedad Comercial y Editorial Santiago Ltda.

### *Fuentes primarias*

Acuerdo por la paz y la nueva Constitución, 15 de noviembre de 2019.

Constitución del Imperio alemán, 11 de agosto de 1919.

Constitución de la República de Chile de 25 de mayo de 1833.

Constitución de la República de Chile de 11 de septiembre de 1980.

### *Artículos de revistas o diarios*

Crónica: "Desprestigio parlamentario: Una sesión 'permanente' de la Cámara, en *El Ferrocarril*, fragmentos, 1907 [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2021].

Quintana Leal, Jaime, entrevista en *El Mercurio*, edición del 18 de noviembre de 2020. Disponible en www.emol.com/noticias/Nacional/ 2020/11/18/1004185/ Quintana-Parlamentarismo-de-Facto.html [fecha de consulta: 15 de septiembre de 2021].

# LA PRÁCTICA PARLAMENTARIA RECIENTE EN EL CONTEXTO DE LA INICIATIVA LEGISLATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

# RECENT PARLIAMENTARY PRACTICE REGARDING THE EXCLUSIVE LEGISLATIVE INITIATIVE OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC

*Sebastián Flores Cuneo*[*]

Resumen: Este trabajo presenta un análisis de la práctica parlamentaria desarrollada a través de los diversos mecanismos que detentan los órganos colegisladores en el proceso de formación de la ley en el contexto de discusiones relativas a la iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República. Estudia la tensión existente entre el Legislativo y el Ejecutivo, la forma en que recientemente se ha resuelto esta tensión, así como algunas consideraciones para la eventual reformulación de la institución que origina esta tensión.

Palabras clave: Iniciativa exclusiva, proceso legislativo, reforma constitucional.

Abstract: This paper presents an analysis of the way in which the mechanisms held by the co-legislative bodies in the law-making process have been exercised in the context of discussions regarding the exclusive legislative initiative of the President of the Republic. It studies the existing tension between the Legislative and the Executive branches, the way in which this tension has recently been resolved, as well as some considerations for the reformulation of the institution that creates it.

Keywords: Exclusive initiative, Legislative process, Constitutional reform.

[*] Abogado, Universidad de Valparaíso. Abogado ayudante en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados. Correo electrónico: sflores@congreso.cl

## I. Introducción

Existe consenso en nuestra doctrina y jurisprudencia constitucional respecto a que nuestra Constitución Política consagra una forma de gobierno presidencialista, siendo uno de sus pilares fundamentales el entregarle a la máxima autoridad ejecutiva, de forma privativa, la facultad de promover la discusión parlamentaria en ciertas materias, la iniciativa legislativa exclusiva, particularmente la que se vincula a la administración de las finanzas públicas. Durante el desarrollo del actual periodo presidencial, su aplicación práctica en el contexto del proceso legislativo ha tensionado la relación y equilibrio entre los poderes Ejecutivo y Legislativo, haciendo de este ámbito un espacio que merece ser estudiado.

Al menos dos particularidades hacen de este último periodo un contexto especial: por una parte, la existencia de un gobierno que cuenta con un apoyo minoritario en ambas cámaras del Congreso Nacional y, por otra, la presencia de una profunda crisis institucional originada a partir de una serie de manifestaciones sociales ocurridas desde el 18 de octubre de 2019, que ha dado inicio a un proceso constituyente que se encuentra actualmente en curso. A lo anterior, se suma una crisis económica y sanitaria provocada por la pandemia del Covid-19, que ha alterado fuertemente la ya débil configuración de fuerzas políticas en el país.

Este trabajo presenta un análisis de la práctica parlamentaria reciente, en la que se estudian los diversos mecanismos de que dispone el Congreso Nacional para promover o instar la presentación de proyectos de ley o reforma constitucional, y cómo estos se relacionan con la iniciativa exclusiva, particularmente en lo que se refiere a la administración financiera o presupuestaria del Estado. Sus fuentes principales son actas, informes y otros documentos emanados desde o presentados en el Congreso Nacional, y que curiosamente han sido poco estudiados por las investigaciones realizadas en torno a este tema. En concreto, el texto que se presenta a continuación constituye un extracto de una investigación más amplia que considera también el análisis de la normativa vigente, derecho comparado y principales líneas doctrinarias y jurisprudenciales. Por la extensión de esta publicación, he optado por presentar en esta oportunidad únicamente aquello que, a mi juicio, es el elemento más innovador de dicha investigación, a saber, el análisis de la práctica parlamentaria a partir de debates específicos.

## II. La práctica parlamentaria

Para indagar el modo en que el Congreso ha actuado frente a la iniciativa exclusiva, exploraré los diversos instrumentos de que disponen los parlamentarios y que se relacionan con dicha institución, analizando su impacto en la formulación de legislación concreta y anotando ciertos elementos relevantes para la definición de los contornos de aquella. Se presentan elementos que puedan contribuir a la solución de una serie de interrogantes: ¿Cómo han operado en la práctica las limitaciones a la iniciativa parlamentaria? ¿Qué efecto han tenido? ¿Han explorado los parlamentarios vías alternativas para superarlas? El método de exposición sigue una progresión desde los mecanismos menos intensos de injerencia en la iniciativa hasta los más fuertes: proyectos de resolución, proyectos de ley y proyectos de reforma constitucional.

### *1. Los proyectos de resolución*

Uno de los mecanismos institucionales que el ordenamiento parlamentario prevé para canalizar la pretensión de los miembros del Congreso de legislar en materias que les están vedadas por la iniciativa exclusiva, es el de las comunicaciones dirigidas al Ejecutivo. Si bien este instrumento se encuentra concebido, en el ámbito constitucional, como un mecanismo de fiscalización de los actos del gobierno, exclusivo de la Cámara de Diputados, lo cierto es que, en materias ajenas a dicho ámbito, ambas cámaras disponen de la facultad de adoptar acuerdos sobre cualquier tema, los llamados proyectos de resolución de la Cámara de Diputados o del Senado (PRCD y PRS, respectivamente), herramienta consagrada a escala normativa en el art. 1 n.° 13 del Reglamento de la Cámara de Diputados (RCD)[1] y. 54 inc. 2 del Reglamento del Senado (RS)[2]. Los acuerdos de esta clase pueden traducirse en este contexto en solicitudes al Ejecutivo para que presente proyectos reservados a su iniciativa exclusiva o, bien, para que patrocine mociones en trámite. No existe una reglamentación del patrocinio, a pesar de que en la práctica par-

[1] Artículo 1. Las palabras y expresiones siguientes tendrán en este reglamento el significado que se señala a continuación:

13. Proyecto de resolución es la proposición que uno y hasta diez diputados presentan por escrito a la Sala con el objeto de obtener un pronunciamiento de la Corporación sobre temas de interés general, tanto nacional como internacional, que expresen la preocupación de la Cámara por ellos.

[2] Artículo 54.- El Senado no podrá entrar en sesión ni adoptar acuerdos sin la concurrencia de la tercera parte de sus miembros en ejercicio.

Sus resoluciones se adoptarán por mayoría absoluta de los Senadores presentes, salvo que la Constitución Política del Estado, las leyes o este Reglamento exijan otra mayoría.

lamentaria es frecuente que los miembros del Congreso hagan referencia a él constantemente. Puede definírselo como la facultad del Presidente de la República de hacerse parte en una iniciativa de la que no es autor, a través de la presentación de indicaciones e informes financieros, evitando así que sea cuestionada en su admisibilidad. Es un mecanismo de dudosa validez jurídica, en tanto una iniciativa en principio inadmisible nunca debiera ser sometida a tramitación, erradicando la posibilidad de ser patrocinada por el Ejecutivo, y de moderada eficacia práctica, ya que suele ocurrir que, frente a mociones que gocen de cierto grado de popularidad, el Presidente presente indicaciones que las blinden frente a cuestiones de inadmisibilidad[3]. En estricto rigor, aun frente a la presentación de una indicación del Ejecutivo que reemplace completamente el texto de una moción en trámite, la cuestión sobre la autoría del mismo se mantiene inalterada, figurando siempre como patrocinantes los parlamentarios que originalmente la suscribieron. El cambio práctico consiste en que la indicación sustitutiva del Ejecutivo, cuando pretenda salvar un vicio de admisibilidad por incidencia en las finanzas públicas, debería venir acompañada de un informe financiero que indique las fuentes de financiamiento, tal como exige el art. 14 de la Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional (LOCCN).

Cabe destacar que este instrumento no implica el ejercicio de una función propiamente legislativa, ni tampoco constituye un trámite previo para la presentación de proyectos de ley. Sin embargo, resulta ilustrativo detenerse en el contenido de estas comunicaciones, así como en la afiliación política de sus autores, en tanto revelan una suerte de requerimiento al Ejecutivo, para que haga uso de sus facultades constitucionales y presente iniciativas de ley que se estiman relevantes. Así, es posible encontrar numerosos casos en los que el Congreso solicitó, en el actual periodo legislativo, la presentación de proyectos relativos a materias que posteriormente fueron objeto de interesantes debates legislativos e, incluso, como veremos, la presentación de proyectos de reforma constitucional, uno exitoso y otro recurrido ante el Tribunal Constitucional. Así, destacamos los proyectos de resolución concernientes al retiro de fondos previsionales (PRCD n.° 1345, 1248 y 1165), a la exención o postergación del impuesto territorial (PRCD n.° 1120, 927 y 345) y condonación del Crédito con Aval del Estado (PRCD n.° 812 y 59). Es importante destacar que todos los documentos citados fueron suscritos por parlamentarios tanto oficialistas como opositores, aspecto

[3] Véase, por ejemplo, el proyecto de ley, iniciado en Moción, que modifica la ley n.° 18700, Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios, para habilitar el voto anticipado de electores que por diversas razones, sean de salud o movilidad, tengan dificultad o imposibilidad de trasladarse al local de votación: boletines refundidos n.° 13729-06 y n.° 13772-06.

que da cuenta de un anhelo transversal, presente en el Congreso, de legislar en estas materias, a la vez que un reconocimiento al menos implícito de la atribución exclusiva del Presidente para dar inicio a la tramitación legislativa en estos casos.

## *2. Los proyectos de ley*

### 2.1. Una cuestión previa: La competencia de la Comisión de Hacienda

Antes de volcarnos al estudio de proyectos de ley específicos, vale la pena describir algunos aspectos de la competencia de las comisiones de Hacienda del Congreso. Ella está contenida en el art. 17 de la LOCCN y consiste en informar los proyectos en lo relativo a su incidencia en materia presupuestaria y financiera del Estado, de sus organismos o empresas, indicando la fuente de los recursos reales y efectivos con que se propone atender el gasto que signifique el respectivo proyecto, y la incidencia de sus normas sobre la economía del país.

A esta competencia legal debe agregarse su competencia en cuanto comisión técnica, es decir, la que la práctica parlamentaria ha atribuido a cada una de las comisiones permanentes que conforman ambas cámaras, y que se relacionan con ciertas temáticas afines, como la salud, el transporte público o la educación. En el caso de la Comisión de Hacienda, corresponde al conocimiento de aquellas materias que, sin tener necesariamente incidencia presupuestaria, se relacionan con materias no presupuestarias de Hacienda como, por ejemplo, la regulación de órganos dependientes o vinculados al Ministerio de Hacienda, como el Servicio de Impuestos Internos o el Servicio Nacional de Aduanas.

En este sentido, un proyecto puede arribar a esta Comisión por dos vías: directamente, conociendo como comisión técnica o, bien, secundariamente, encargándose únicamente de tratar las materias indicadas en el art. 17 de la LOCCN[4], en ambos casos, por mandato de la Sala de la respectiva corporación, expresado al momento de dar cuenta del proyecto. Los respectivos reglamentos corporativos regulan también esta competencia. Así, el RS replica esta norma en los incisos 4 y 5 del art. 27, agregando en su inciso 6 que esta Comisión circunscribirá su estudio e informe solamente a aquellas

[4] Ambas vías pueden identificarse claramente a partir de los números de boletín de los proyectos que son conocidos por esta Comisión. Aquellos signados con el guarismo "05" son de su competencia en cuanto comisión técnica. Los demás, estarán siendo conocidos luego de que la Sala respectiva le encomiende su estudio para el solo efecto de pronunciarse sobre la incidencia presupuestaria.

disposiciones que tengan relación con estas materias. Por su parte, el RCD establece una fórmula ligeramente distinta, pero con efectos prácticos importantes: señala el art. 226 del RCD que la Comisión de Hacienda

> "Conocerá también en forma exclusiva de los artículos de los proyectos informados por las comisiones técnicas que tengan incidencia en materias presupuestarias y financieras del Estado, y de sus organismos y empresas."

En este sentido, en el RS, es la propia Comisión de Hacienda la que fija el alcance de su informe, circunscrito, por cierto, a las disposiciones que le son propias en virtud de esta competencia. El RCD, en cambio, indica que es la comisión técnica la que determina los artículos de un proyecto que tienen incidencia presupuestaria, los que, en consecuencia, delimitan la competencia de la Comisión de Hacienda. Asimismo, prescribe que toda indicación que exceda este ámbito se tendrá por no formulada.

Por otra parte, podría concluirse que, existiendo la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia presupuestaria, una moción parlamentaria conocida en primer lugar por una comisión técnica –distinta a la Comisión de Hacienda– no debiera ser tratada por esta, ya que no podría, en principio, tener incidencia en la administración financiera, so pena de volverse inadmisible. Sin embargo, este trámite puede tener lugar en dos hipótesis: la primera, de más frecuente ocurrencia, cuando el Ejecutivo plantea indicaciones con impacto presupuestario durante el trámite de una moción; y la segunda, cuando la respectiva Sala acuerda remitir a la Comisión de Hacienda un proyecto de ley que primitivamente no había sometido a su competencia, para que se pronuncie sobre su eventual incidencia presupuestaria[5].

### 2.2. *Boletín* n.°13506-04: Modifica el *Código Sanitario* para regular los medicamentos bioequivalentes genéricos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias

Este proyecto, conocido mediáticamente como la Ley de Fármacos 2, tuvo su origen en una moción del Senado el 10 de marzo de 2015. Sus objetivos fundamentales fueron: fomentar la disponibilidad, penetración en el mercado

[5] Así ocurrió, por ejemplo, el 13 de julio de 2020, cuando los comités parlamentarios de la Cámara de Diputados acuerdan remitir a la Comisión de Hacienda, por una sesión, el proyecto de ley que "Modifica las normas legales que indica para disponer la suspensión del pago de las cuotas de créditos para la educación con aval del estado, CAE, con ocasión del estado de excepción constitucional de catástrofe, a causa de la pandemia de Covid-19", con el solo objetivo de determinar la incidencia de la iniciativa en la administración financiera o presupuestaria del Estado.

de los medicamentos genéricos bioequivalentes y prohibir la integración vertical entre laboratorios y farmacias. La propuesta original, de artículo único, planteaba modificar cinco disposiciones del *Código Sanitario* para alcanzar estos fines. En razón de la materia, el proyecto fue sometido a la competencia de la Comisión de Salud del Senado y, por tratarse de una moción, no correspondía, al menos bajo su redacción original, que fuera tramitado por la Comisión de Hacienda. Tras el primer informe de la Comisión de Salud, la expresidenta Michelle Bachelet presenta una indicación sustitutiva total, proponiendo numerosas modificaciones tanto al *Código Sanitario* como al decreto con fuerza de ley n.° 1, del Ministerio de Salud, del año 2006[6]. Cabe destacar que estas indicaciones no fueron acompañadas de un informe financiero, por lo que el proyecto fue aprobado por el Senado el 2 de enero de 2018 sin transitar por la Comisión de Hacienda y, recibido por la Cámara, fue derivado únicamente a la Comisión de Salud. En este trámite, y ya concluido el anterior periodo presidencial y legislativo, el presidente Sebastián Piñera presenta el 7 de mayo de 2018 un nuevo paquete de indicaciones, a la vez que retiraba las que fueran presentadas en las postrimerías del gobierno anterior, el 8 de marzo del mismo año. Estas nuevas indicaciones sí fueron acompañadas de informe financiero, el n.° 55 de 2018, documento que consignaba que el efecto de aquellas podía ser asumido por el presupuesto vigente del Ministerio de Salud, es decir, no irrogarían un mayor gasto fiscal. Posteriormente, el 16 de enero de 2019, el Ejecutivo presenta nuevas indicaciones, acompañadas también por un informe financiero, el n.° 5 de 2019, que en lo sustantivo proponían crear, a través de los arts. 129 H e I del *Código Sanitario*, un observatorio nacional de medicamentos, para cuyo funcionamiento se dispondría de recursos públicos ascendentes a sesenta millones de pesos. El primer informe de la Comisión de Salud de la Cámara consigna como normas de competencia de la Comisión de Hacienda los dos artículos mencionados. La Sala, dando cuenta de este informe, remite a la Comisión de Hacienda el proyecto para que se pronuncie sobre estas disposiciones.

#### 2.2.1. Competencia de la Comisión de Hacienda para pronunciarse sobre la inadmisibilidad de indicaciones parlamentarias aprobadas por la comisión técnica

En el proyecto de ley en comento existían otras normas, aprobadas por la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados y no calificadas dentro de la

[6] Esta norma regula los organismos públicos de salud, el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, el régimen de prestaciones de salud y el sistema de salud privado administrado por las instituciones de salud previsional.

competencia de la Comisión de Hacienda, que el Ejecutivo deseaba fueran estudiadas y votadas por esta. La primera de estas normas era un nuevo art. 101 ter, propuesto por indicación parlamentaria que proponía la dictación de un decreto supremo que regularía el precio de productos farmacéuticos. Respecto a ella, el Ejecutivo no presentó una indicación, y, en consecuencia, tampoco un informe financiero. Sin embargo, buscó someter su conocimiento a la Comisión de Hacienda mediante el oficio n.° 815 de 23 de abril de 2019, suscrito por el entonces Director de Presupuestos, actual ministro de Hacienda, Rodrigo Cerda, en el que consignaba que tal disposición, al entregar una nueva facultad a un órgano del Estado, resultaba inadmisible conforme al art. 65 n.° 2 de la *Constitución Política de la República*. En este sentido, parecía que la pretensión del Director de Presupuestos estribaba más en una solicitud de inadmisibilidad de una disposición ya aprobada por otra comisión, que de someterla a votación en Hacienda. Continuaba el referido oficio consignando que "estas nuevas atribuciones generarían[7] un gasto público adicional." Agregaba que sería:

> "[...] poco realista plantear que la Administración pueda regular el precio de cada uno de los fármacos que pueden ser vendidos en nuestro país, sin que ello genere una necesidad de financiamiento adicional".

Cabe tener presente que este oficio no constituía propiamente un informe financiero, en tanto no detallaba los recursos que efectivamente podría irrogar la aplicación de una norma como la que se comenta. A partir de lo anterior, concluyó el presidente de la Comisión de Hacienda, diputado Daniel Núñez:

> "No es competencia de la Comisión de Hacienda, por cuanto no incide en la administración financiera o presupuestaria del Estado. Además, en ningún caso procede que esta comisión se pronuncie declarando la inadmisibilidad, por cuanto eso compete a la comisión técnica"[8].

Frente a la disyuntiva formulada por otros miembros de la Comisión, fue solicitada la comparecencia, en la sesión del 23 de abril de 2019, del secretario general de la Cámara de Diputados[9], Miguel Landeros, quien expresó:

[7] Nótese aquí que el verbo 'generar' se utilizó en forma condicional. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2007), no cabría concluir la inadmisibilidad de una disposición que tendría tal efecto, en tanto se trataría de un mayor gasto eventual o indirecto al propósito central de la propuesta.

[8] Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2019b), p. 28.

[9] El art. 377 del RCD señala: "el Secretario tendrá el carácter de ministro de fe, para todos los efectos de este reglamento". En la práctica, se ha entendido que esta función también comprende un papel consultivo en materias de índole reglamentaria, legal y constitucional en

> "que no le corresponde a una comisión pronunciarse sobre la admisibilidad de una norma aprobada por otra comisión, cuestión que corresponde al Presidente de la Corporación y eventualmente a la Sala".

Reconoció:

> "ha sido una práctica de gobiernos anteriores utilizar sus mayorías parlamentarias para discutir en Hacienda aquello que habían perdido en las comisiones técnicas, produciéndose el problema que todo terminaba siendo debatido en esta comisión".

Cabe hacer presente que este criterio ya había sido plasmado en una norma interna de la Cámara, a saber, el oficio n.° 11347 de la Comisión de. Régimen Interno, Administración y Reglamento de 1 de julio de 2014, el que señaló, en lo pertinente, que la Comisión de Hacienda debe solicitar a la Sala la ampliación de su competencia a normas no señaladas por la comisión técnica, solución que es consistente con los arts. 226[10] y 302 N°4[11] del RCD. A su vez, refuerza la idea de que es solo la Cámara la soberana para determinar la remisión de una iniciativa a la Comisión de Hacienda, correspondiendo a la comisión técnica señalar las disposiciones específicas que aquella deberá conocer. Por su parte, el Ejecutivo indicó:

> "[...] no es el informe de la comisión técnica el que fija la competencia de Hacienda, sino la naturaleza de la norma en cuestión, en tanto incida en las finanzas del Estado"[12].

---

el ámbito del derecho parlamentario. Si bien sus opiniones no son vinculantes, es habitual que se consulte al secretario general en situaciones donde existe duda acerca del sentido y alcance de normas propias del derecho parlamentario. Lo mismo ocurre respecto a los secretarios de comisiones, en las materias que sean de su competencia.

[10] Artículo 226. La Comisión de Hacienda conocerá de los proyectos que se le envíen en informe por ser de su competencia exclusiva.

Conocerá también en forma exclusiva de los artículos de los proyectos informados por las comisiones técnicas que tengan incidencia en materias presupuestarias y financieras del Estado, y de sus organismos y empresas. Las indicaciones que excedan ese ámbito se tendrán por no formuladas.

En su informe deberá indicar las fuentes de los recursos reales y efectivos con que se propone atender el gasto que el proyecto signifique, y determinar la incidencia de sus normas sobre la economía del país.

[11] Artículo 302. En el primer informe que emita la comisión, se consignará expresamente: 4. Los artículos del proyecto que, en conformidad con el artículo 226, deban ser conocidos por la Comisión de Hacienda, los que serán determinados por el presidente de la comisión informante.

[12] Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2019a), pp. 4-5.

En este contexto, si el Ejecutivo presenta una indicación, acompañada de un informe financiero, que da cuenta de esta incidencia, debe ser conocida por la Comisión de Hacienda. Esta interpretación podría ser coherente bajo la regulación del Senado, mas no la de la Cámara.

En definitiva, la Comisión no se pronunció sobre esta norma, concluyendo que no cabe a la Comisión de Hacienda discutir la admisibilidad de una propuesta aprobada por otra Comisión, siendo, a lo sumo, pertinente votarla cuando ha sido sometida a su competencia o, bien, solicitar la autorización de la Sala para proceder en tal sentido.

### 2.2.2. Ampliación de la competencia de la Comisión de Hacienda a materias no sometidas a su conocimiento por la comisión técnica

La segunda disposición, el art. 128 bis, versaba sobre los envases de los medicamentos y la proporción del mismo que correspondería a su denominación común universal y al eventual nombre de fantasía. Establecía una sanción conforme a las reglas generales del C*ódigo Sanitario* frente a la infracción de esta disposición, así como la dictación de un reglamento para la rotulación de los medicamentos. Al igual que el caso anterior, se trataba de una norma propuesta por indicación parlamentaria y aprobada por la comisión técnica, por lo que había sido tramitada con prescindencia de un informe financiero presentado por el Ejecutivo. A diferencia del caso anterior, en esta oportunidad, el Ejecutivo sí presenta un informe financiero ante la Comisión de Hacienda, el n.° 57 de 23 de abril de 2019, acompañando indicaciones con fecha 23 de abril de 2019, que, en lo pertinente, modificaban meramente lo relativo a la fiscalización de la norma en comento, agregando que ella sería realizada "por las respectivas Secretarias Regionales Ministeriales". Esta propuesta de cambio, que puede parecer irrelevante, no lo era desde el punto de vista de la competencia de la Comisión de Hacienda ni desde la delimitación del alcance de la iniciativa exclusiva. Ello porque el referido informe consignaba un mayor gasto, asociado a la contratación de fiscalizadores en las Secretarías Regionales Ministeriales, ascendente a mil trescientos millones de pesos. Frente a esta situación, el diputado Juan Luis Castro, a la sazón reemplazante del titular de Hacienda, Manuel Monsalve, e integrante de la Comisión de Salud, llamó la atención:

> "Sobre la presencia de un informe financiero presentado respecto a una norma que fue estudiada en la comisión de salud con prescindencia de éste".

Asimismo, hizo reserva de constitucionalidad respecto al hecho de haber utilizado a la Comisión de Hacienda para estudiar una disposición que no

es de su competencia[13]. En definitiva, la indicación fue sometida a votación, resultando rechazada por siete votos en contra y seis a favor, desatendiendo, en definitiva, el criterio y la normativa referidas en el apartado anterior.

Se revela así la disposición de la Comisión de Hacienda de pronunciarse respecto a una nueva propuesta, no considerada como de su competencia por la comisión técnica, en tanto esta venga acompañada de un informe financiero. Esto podría entenderse en coherencia con el art. 227 del RCD y 27 del RS, los que disponen que la Comisión de Hacienda tiene un mandato taxativo de pronunciarse respecto a toda propuesta normativa que incida en la administración financiera. Lo único que faltaría, en el caso de la Cámara, sería que la Sala de esta Corporación autorizara su conocimiento, pues no sería lícito eludir ese trámite. Sin embargo, esta interpretación genera tres problemas: el primero, válido únicamente respecto a la Cámara de Diputados, en particular en relación con el art. 226 del RCD, complementado por el oficio n.° 11347, en tanto desatiende el criterio de atribución de competencia allí contenido. Un segundo problema, común a ambas Cámaras, radica en el riesgo de convertir a la Comisión de Hacienda en una instancia revisora de lo obrado por su par técnico. Esto puede desnaturalizar el debate legislativo, sometiendo, bajo el barniz de la incidencia presupuestaria, materias que nada tienen que ver con ella, pero que el Ejecutivo quiere intentar una vez más discutir y votar, apostando a una decisión favorable en razón de la distinta integración de la Comisión de Hacienda[14]. Para ello solo bastaría, como se vio en el caso recién descrito, presentar una indicación acompañada de un informe financiero que detalle una asignación de recursos. Esto puede responder a la necesidad de contar con más oportunidades en las que materializar formalmente los resultados de la negociación política, pero que, desde la perspectiva de la discusión legislativa, actúa en la práctica como un elemento inhibidor de la iniciativa parlamentaria. Finalmente, un tercer problema, consecuencia del anterior, radica en la progresiva ampliación que una práctica como esta puede tener en los límites de la iniciativa exclusiva. Porque si solo basta al Ejecutivo presentar una propuesta que implique mayor gasto, como la de asignar un fiscalizador, a cualquier materia para que esta se convierta en una norma que debe ser conocida por Hacienda, en definitiva,

[13] Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2019b), p. 32.

[14] Las comisiones permanentes son integradas por un número de parlamentarios proporcional a su representación en cada Cámara, conforme a los arts. 216 del RCD y 30 del RS. Esto invitaría a concluir que es irrelevante que un asunto sea sometido al conocimiento de una comisión adicional, en tanto ambas estarán integradas políticamente de forma idéntica o muy similar. Sin embargo, es perfectamente posible que parlamentarios pertenecientes a un mismo partido argumenten y voten de manera disímil frente a un mismo proyecto o a disposiciones específicas.

no queda asunto que pueda escapar de la iniciativa exclusiva, reduciéndose eventualmente a la inexistencia las facultades parlamentarias para promover iniciativas de ley, mediante la interpretación extensiva del catálogo de materias reservadas al Presidente de la República.

### 2.3. *Boletín* n.°13506-04: Modifica las normas legales que indica para disponer la suspensión del pago de las cuotas de créditos para la educación con aval del Estado, CAE, con ocasión del estado de excepción constitucional de catástrofe, a causa de la pandemia de Covid-19

Esta moción parlamentaria fue presentada en la Cámara de Diputados el 7 de abril de 2020 y apuntó a disponer medidas excepcionales y transitorias que alivien la carga económica de las personas en materia de créditos estudiantiles, en el contexto de la pandemia por Covid-19. Estas medidas se traducían en una suspensión de la obligación de pago mientras estuviese vigente el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, declarado por decreto supremo n.° 104, de 18 de marzo de 2020, y el tiempo en que este fuese prorrogado. Cabe notar que en este caso no se perseguía una condonación, como se solicitó al Ejecutivo en los proyectos de resolución comentados más atrás, sino en una mera postergación del pago, subsistiendo la obligación de pagar. En su presentación, la Sala no dispuso que el proyecto fuese conocido por la Comisión de Hacienda.

#### 2.3.1 Tecnificación presupuestaria del debate legislativo

Con fecha 4 de mayo de 2020, la Secretaría General de la Cámara elaboró, de acuerdo con el art. 13 del RCD[15], el informe técnico n.° 11/368/2020, el cual concluye que esta iniciativa sería inadmisible, por incidir en materias propias de la administración financiera o presupuestaria del Estado, comprometiendo, además, su responsabilidad crediticia, por modifica las obligaciones de los créditos universitarios, CAE, Corfo, Fondo Solidario del Crédito Uni-

[15] Artículo 13. En todo proyecto que requiera trámite legislativo deberá adjuntarse un informe técnico, en el que se consignarán:

1. Los fundamentos que justifiquen legislar sobre la materia.
2. Las disposiciones de la legislación vigente que se verían afectadas por el proyecto.
3. La correlación del texto con el régimen normativo nacional.
4. Los elementos de juicio que resulten indispensables para su mejor comprensión.

Los mensajes, cuando corresponda, deberán adjuntar, además, un informe financiero de la Dirección de Presupuestos con los antecedentes que expliquen los gastos que pudiere importar la aplicación de sus normas, la fuente de los recursos que la iniciativa demande, con la disponibilidad presupuestaria correspondiente y la estimación de su posible monto.

versitario y, asimismo, al incidir en las atribuciones de la Tesorería General de la República, contraviniendo lo establecido en el art. 65, inciso tercero, e inciso cuarto, n.°s 2 y 3 de la CPR. Se dio cuenta en Sala, en sesión 21ª, de fecha 12 de mayo, declarándose admisible por mayoría de votos. Cabe hacer presente que estos informes se han elaborado respecto a diversas iniciativas parlamentarias, y constituyen un insumo relevante tanto para la eventual decisión sobre su admisibilidad como para el también eventual debate legislativo que se siga. Sin embargo, como resulta evidente del caso anterior, su contenido no es vinculante para la Corporación. Esto es significativo porque revela el carácter esencialmente político de la discusión de admisibilidad, aun cuando se la cubra de un manto técnico-presupuestario.

Luego, el proyecto fue conocido por la Comisión de Educación, donde también fue aprobado en general por mayoría de votos[16]. El Ejecutivo, a través del ministro de Educación, compartiendo los fundamentos del informe técnico, hizo reserva de constitucionalidad, en atención a que la moción vulneraría las mismas normas que este documento mencionó[17]. Complementó esta posición el Departamento Jurídico de la Subsecretaría de Educación Superior, quien hizo presente que suspender las cuotas derivadas del Crédito con Aval del Estado tiene consecuencias para el fisco de Chile, que se va a ver impedido de percibir los ingresos en los casos que sea el acreedor, e incide en la administración financiera del Estado[18]. Nótese que este argumento descansa sobre la idea de que incluso una postergación en el pago incidiría en la administración financiera, no siendo propiamente un mayor gasto, sino la suspensión en la percepción de un ingreso, percepción que en teoría al menos ocurriría en definitiva, en razón de la subsistencia de la obligación. La diputada Cristina Girardi contestó este planteamiento, argumentando que, de no concretarse una suspensión durante el estado de excepción.

> "Habrá una mayor cantidad de personas que quedará en mora, por lo tanto, el universo que tendrá acceso a los 'supuestos beneficios'[19] va a incrementarse y será mucho mayor al actual"[20].

De esta forma, se disputa, al menos políticamente, un planteamiento estrictamente presupuestario que fuera formulado para oponerse a la discusión

[16] Comisión de Educación de la Cámara de Diputados (2020), p. 2.

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

[18] *Op. cit.*, p. 6.

[19] Debe entenderse en referencia a los beneficios existentes en el Crédito con Aval del Estado, y que permiten postergar su pago a quienes se encuentren sin trabajo y a quienes se hayan acogido a la Ley de Protección del Empleo.

[20] *Op. cit.*, p. 23.

de una moción. En definitiva, en esta instancia del trámite, el proyecto fue aprobado, pero no remitido a la Comisión de Hacienda, en contra de la opinión de la Secretaría, por estimarse que no incidía en la administración financiera del Estado.

Con fecha 10 de julio de 2020, los comités parlamentarios revierten la decisión de la Comisión de Educación y acuerdan enviar el proyecto a la Comisión de Hacienda por una sesión, con el objetivo de que esta determine la incidencia de la iniciativa en la administración financiera o presupuestaria del Estado. Es pertinente notar que aquí la remisión se efectúa por aplicación del art. 17 de la LOCCN, con prescindencia de lo dispuesto en el art. 226 del RCD, en tanto no se le pide pronunciamiento sobre artículos específicos, sino que determine una eventual incidencia del proyecto como tal en la administración presupuestaria.

Iniciada la tramitación ante la Comisión de Hacienda, fue consultada su Secretaría, la que teniendo a la vista las Partidas de la Ley de Presupuestos año 2020, correspondiente al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Corporación de Fomento de la Producción, Corfo, consideró que la iniciativa en discusión tiene un efecto inmediato en los ingresos del tesoro público, en tanto permite suspender el pago de deudas en favor del fisco, establecidas y perfeccionadas en concordancia con la legislación vigente[21]. Argumentó que la eventual implementación de los beneficios que establece el proyecto importaría, en primer lugar, un deterioro en el ámbito de los ingresos presupuestarios del Ministerio de Educación y de la Corporación de Fomento de la Producción. Ello, en tanto los flujos presupuestarios derivados de la aplicación de las leyes n.° 20027, que Establece Normas para el Financiamiento de Estudios de Educación Superior y n.° 19287, que Establece Normas sobre Fondos Solidarios de Crédito Universitario, se encuentran establecidos en distintas líneas de la Ley de Presupuestos del Ministerio de Educación; mientras que los recursos Corfo para estudios de pre y posgrado se autorizan en asignaciones y glosas del programa respectivo del Ministerio de Economía. En los hechos, al imponerse una restricción a la Tesorería General de la República para descontar las deudas, la recaudación fiscal disminuiría por esa vía en un monto no precisado por el proyecto de ley. Asimismo, el programa Educación Superior del Ministerio de Educación incluye entre sus fuentes de financiamiento una serie de recursos establecidos tanto por la Ley de Presupuestos como por leyes permanentes. Concluyó la minuta manifestando que, considerando lo anterior, esta materia corresponde a aquellas de iniciativa exclusiva del Presidente de la República por irrogar mayor gasto

[21] Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2020c), p. 3.

fiscal[22]. Es dable apreciar, para efectos de la delimitación del concepto de la administración financiera, que en esta interpretación se incluiría la postergación del pago de una obligación.

Entrando al debate propiamente tal, la diputada Natalia Rojas, miembro de la Comisión de Educación, señaló que el proyecto solo posterga el pago, no lo cancela definitivamente, trasladándose al final del plazo de la obligación. Notamos aquí, nuevamente, el intento de disputar políticamente un argumento estrictamente financiero. Mencionó también que el CAE

> "Tiene como acreedor a las entidades bancarias, en primer término, y luego al Estado. Así, la garantía estatal se hace efectiva en los casos en que el beneficiario del crédito, habiendo egresado de la carrera, deja de cumplir con su obligación de pagar, es decir, incurriendo en morosidad. En este sentido, el proyecto no altera ni la garantía ni la obligación de pago, sino que sólo establece la suspensión en aquellos casos en que el deudor no se encuentre en condiciones de pagar. Agregó que la suspensión ya está en la ley, y lo que hace el proyecto es añadir la posibilidad de considerar situaciones que se hayan generado con motivo de la pandemia. Manifestó que la Dirección de Presupuestos (DIPRES) también debiera considerar el efecto que tendría el no pago por parte de quienes vieron disminuidos sus ingresos por la pandemia, y que se encuentran imposibilitados de cumplir con su obligación. Si la morosidad aumenta, será el Estado el que deberá cumplir con la obligación crediticia, en virtud de la garantía existente"[23].

Este último planteamiento es importante, en tanto da cuenta de la intención de una parlamentaria de mirar desde otra perspectiva, si se quiere de mediano plazo, una discusión presupuestaria. Motivó, incluso, que la diputada Natalia Rojas requiriera a la DIPRES[24] informar los efectos financieros que

[22] Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2020c), pp. 4-6.

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

[24] Resulta llamativo que una solicitud de esta naturaleza sea dirigida al propio órgano que plantea la posición contraria. Mas esto se explica a partir de la incapacidad del Congreso Nacional de generar una institucionalidad interna capaz de revisar o contrastar los antecedentes presupuestarios entregados por el Ejecutivo. Si bien existe desde el año 2003 una comisión mixta de presupuestos que opera de forma permanente, asesorada por una unidad de asesoría presupuestaria, integrada por personal especializado con dedicación exclusiva, lo cierto es que su labor se ha limitado al proceso de tramitación del proyecto de ley de presupuestos de cada año, no involucrándose en el debate de otros proyectos de ley. Sin embargo, cabe destacar que el 16 de enero de 2019 se suscribió un acuerdo entre los secretarios generales de ambas corporaciones y el director de la Biblioteca del Congreso Nacional, por el que se apuntó a fortalecer la mencionada Unidad, dotándola de mayores recursos y personal, con el objetivo de contribuir al debate legislativo desde la perspectiva del análisis presupuestario, conservando por cierto las funciones que ha venido desarrollando.

podría tener aparejada una situación de mayor morosidad de los deudores de la educación superior con garantía estatal. Agregó que la incidencia presupuestaria por sí sola no implica la inadmisibilidad de un proyecto[25]. La perspectiva antes consignada busca cambiar el enfoque desde uno centrado en el plazo inmediato, por uno que es capaz de a lo menos proponer una visión más amplia, que considera el mayor gasto o menor recaudación futuros que podría provocar su no aplicación. En definitiva, se sometió a votación no el proyecto su contenido, sino solo respecto a su incidencia en la administración financiera, tal como fuera solicitado por la Cámara, considerando la Comisión, por mayoría de votos, que la iniciativa efectivamente tenía tal incidencia. A pesar de ello, el proyecto de ley fue aprobado por la Sala de la Cámara de Diputados el 12 de agosto de 2020, encontrándose radicado en el Senado, aun en tramitación desde esa fecha. Nuevamente, la naturaleza eminentemente política del debate legislativo emerge, aun frente a antecedentes presupuestarios e, incluso, en contra de la decisión adoptada por la Comisión de Hacienda.

### 2.4. *Boletín* n.° 13364-13: Modifica el *Código del Trabajo* para extender transitoriamente el permiso postnatal parental, hasta el cese del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, decretado con motivo de la expansión de la enfermedad Covid-19

Esta iniciativa, conocida como posnatal de emergencia, tuvo su origen una moción parlamentaria presentada durante marzo de 2020, refundida por compartir unas mismas ideas matrices el 7 de abril del mismo año, con los *Boletines* n.° 13376-13 y 13384-13, suscritas por parlamentarios representantes de la izquierda y centro derecha del espectro político, es decir, con miembros de la oposición y el oficialismo. La propuesta tenía por objetivo garantizar un periodo posnatal que cumpla con los requerimientos sanitarios de la pandemia, impidiendo que las madres y padres que se encuentren en su periodo posnatal, se vean amedrentados por la obligación de volver a sus obligaciones laborales. La Sala ordenó el estudio pormenorizado del proyecto a la Comisión de Trabajo y Seguridad, sin encomendar, al menos hasta ese momento, un pronunciamiento de la Comisión de Hacienda.

Radicado en la comisión técnica, el Ejecutivo planteó su posición a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, señalando:

> "Todas aquellas medidas que colaboren a que una trabajadora o trabajador se resguarde en su domicilio para así no infringir las normas sani-

[25] Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2020c), p. 8.

> tarias, son bienvenidas; no obstante, hizo presente que siendo el permiso de las semanas de pre y postnatal un permiso eminentemente laboral, donde sus plazos y condiciones están contenidos en el Código del Trabajo, éste está adherido a un subsidio de Seguridad Social, debido a que al Estado le interesa que los derechos de maternidad estén protegidos, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por la ley. Aclaró, asimismo, que las licencias de maternidad las paga el Estado, con cargo a una institución que se llama Fondo Único Nacional de Prestaciones Familiares, no siendo un fondo como el fondo del Seguro de Cesantía, sino más bien un flujo que autoriza la Ley de Presupuestos. En este sentido, agregó, para que la Comisión tenga en cuenta, que la extensión de ocho semanas del permiso de postnatal tiene un costo aproximado de 14 millones de dólares mensuales, y 170 millones de la misma divisa, al año"[26].

En este punto vale destacar que este antecedente aportado por el Ejecutivo se presenta no como una oposición al proyecto, ni menos como un argumento en favor de declarar su inadmisibilidad. Por otra parte, fue un integrante de la Comisión, el diputado Patricio Melero, quien durante la discusión en particular lamentó que se

> "Insista en aprobar indicaciones y/o proyectos que carecen de admisibilidad, desde un punto de vista jurídico, colocando a los diputados oficialistas en una situación de suyo incomoda, puesto que, compartiendo los fundamentos de los proyectos refundidos, los obligan a rechazarlos en cumplimiento de su compromiso de respetar la institucionalidad vigente, razón por la cual planteó, respecto de esta indicación, cuestión de inadmisibilidad, por cuanto, por una parte, irroga gasto fiscal y, por otra, trata materias propias de seguridad social, siendo, por tanto, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República de conformidad al Art 65 incisos tercero y cuarto N° 6 CPR"[27].

La admisibilidad fue resuelta por siete votos a favor y cinco en contra. En este caso, efectivamente se trató de una propuesta cuya aplicación tendría un impacto presupuestario directo, en tanto implica la extensión temporal de un beneficio actualmente establecido, con un presupuesto asignado, para un periodo determinado de tiempo, cuya ampliación implicaría el desembolso de recursos proporcionales a ella.

Devuelto el proyecto a la Sala, y tal como en el caso analizado en el apartado anterior, esta ordena su remisión a la Comisión de Hacienda sin

[26] Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados (2020), p. 9.
[27] *Op. cit.*, p. 12.

un mandato recaído en artículos específicos, sino solo para emitir un pronunciamiento sobre el impacto presupuestario. En esta instancia, sobre el particular el diputado Patricio Melero planteó:

> "El Ejecutivo ya ha determinado que el proyecto sí irroga gastos, más allá de lo evidente que esto resulta del contenido mismo del proyecto"[28].

Nótese que la conclusión del parlamentario consiste en que es el Ejecutivo el que determina la existencia de gastos asociados al proyecto, agregando que dicha aseveración incluso resulta "evidente". Contrarió esta posición el diputado Marcelo Schilling, quien reafirmó la competencia de la Comisión de Hacienda para pronunciarse sobre el punto[29]. Por otra parte, el diputado Pepe Auth planteó una posición intermedia, a saber:

> "El Ejecutivo no es necesario para determinar si se irroga o no gastos con este proyecto, pues se trata de algo evidente, reiterando que ya ha sido tramitado en la instancia respectiva, no teniendo sentido escuchar meros datos que ratifiquen lo obvio"[30].

De los argumentos expuestos, no es posible concluir una posición uniforme o un precedente sobre el actuar de la Comisión de Hacienda sobre la materia. Por una parte, es indudable que el Ejecutivo representa un papel preponderante para la determinación de una incidencia presupuestaria derivada del gasto que pudiera irrogar una iniciativa legal, pero también es necesario tener presente que no existe unanimidad en torno a que solo con los antecedentes que proporcione el Ejecutivo se pueda llegar a una única conclusión. En este sentido, la decisión recae siempre en la Comisión, es decir, es una resolución de carácter político, en tanto se resuelve por votando. En definitiva, la Comisión de Hacienda emitió un certificado por el cual da cuenta que una mayoría de diez votos a favor del impacto presupuestario y dos abstenciones[31].

#### 2.4.1. Iniciativa del Ejecutivo tras una moción presuntamente inadmisible

Recibido por la Sala de la Corporación, fue aprobado en general y, habiéndose presentado indicaciones, fueron remitidas para un segundo informe a la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, del que se dio cuenta en la Sala el 27 de abril, presentando un texto en los mismos términos como fuera aprobado en

[28] Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2020a), p. 8.
[29] *Ibid*.
[30] *Op. cit.*, p. 10.
[31] Comisión de Hacienda Cámara de Diputados (2020b).

general. Tras su aprobación en particular, fue despachado al Senado el 6 de mayo. En el seno de la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado se señaló:

> "El Ejecutivo no se pronunció en favor de patrocinar el proyecto de ley despachado por la Cámara de Diputados, pero sí planteó la posibilidad de enviar un proyecto de ley para proteger a niños y niñas en edad preescolar, que se financiaría con los fondos del seguro de cesantía"[32].

Esta propuesta incidió profundamente en el destino de estas iniciativas refundidas, toda vez que fue declarado inadmisible por el Senado el 17 de junio, comunicándose tal decisión a la Cámara y gatillando la conformación de una comisión mixta. El compromiso del Ejecutivo se materializó mediante la presentación del Mensaje Presidencial de 24 de junio, "que establece beneficios para padres, madres y cuidadores de niños o niñas, en las condiciones que indica", signado con el *Boletín* n.° 13611-13, iniciativa que, tras una rápida tramitación en ambas cámaras, fue promulgada como la Ley n.° 21247 poco después de un mes del inicio de su tramitación, el 27 de julio.

Esta situación es interesante particularmente por el resultado que alcanzó un proceso legislativo que se reputó viciado de inadmisibilidad desde un comienzo. Por una parte, cabe preguntarse si el Ejecutivo habría presentado efectivamente una iniciativa de esta naturaleza en ausencia de toda la discusión que se llevó a cabo, y más aún, con la velocidad en que se desarrolló el trámite de aquella. Lo cierto es que todo el debate de fondo sobre la materia no podría haber tenido lugar si es que se hubiese decidido desde un inicio la inadmisibilidad de los proyectos refundidos. Con esto quisiera resaltar el efecto profundamente inhibitorio de la discusión parlamentaria que produce una declaración de inadmisibilidad. De haberse aplicado de forma estricta –como en mi opinión debiera haberse hecho, tanto por la incidencia presupuestaria como por la vía de tratarse de temas de seguridad social, ambas materias reservadas a la iniciativa exclusiva–, resulta al menos dudoso estimar que la ley que recogió lo planteado por las mociones habría visto la luz. Fue justamente en el seno de la discusión parlamentaria donde se consideraron las razones que justificaban legislar en la materia, donde se exploraron de forma plural las alternativas existentes, donde se recibió de forma pública a un importante número de actores involucrados, y donde, en definitiva, la ciudadanía pudo apreciar la posición del Ejecutivo y el Congreso sobre el punto. Estimo que el Ejecutivo, al presentar un proyecto de su autoría, lo que hizo, en la práctica, no fue desestimar en el fondo lo planteado por los parlamentarios, sino justamente lo contrario. Desde un comienzo

[32] Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado (2020), p. 31.

compartió los fundamentos, criticando únicamente el aspecto formal de la improcedencia en razón de la iniciativa exclusiva, lo que constituye un antecedente más que obliga –en mi opinión– a replantear la formulación de la iniciativa exclusiva, y los efectos que tiene la declaración de inadmisibilidad desde la perspectiva del proceso legislativo en particular y de la democracia en general. Como veremos a continuación, este fenómeno no fue único, sino que tuvo un correlato ya no en un proyecto de ley, sino a través de un notorio proceso de reforma constitucional.

## 3. *Proyectos de Reforma Constitucional*

### 3.1 Contexto general

Existe, finalmente, otro mecanismo que merece la atención de este estudio, a saber, los proyectos de reforma constitucional. La CPR es el cuerpo normativo de mayor jerarquía en Chile. Su proceso de reforma se encuentra regulado en el capítulo XV, y se haya sujeto a un procedimiento muy similar al de formación de la ley, siendo una de sus principales diferencias el quórum que se exige para la modificación de sus disposiciones, que puede ser de $^{3}/_{5}$ o $^{2}/_{3}$ de los diputados y senadores en ejercicio, según el capítulo de la CPR que se pretenda alterar. Asimismo, cabe destacar que, conforme al art. 93 n.° 3 de la CPR el Tribunal Constitucional está llamado a resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de un proyecto de reforma constitucional, a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio. Como veremos más adelante con mayor detención, existe otra diferencia, si se quiere formal, que ha tenido un profundo impacto en la relación existente entre los proyectos de reforma constitucional promovidos a través de mociones parlamentarias y la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.

Resulta pertinente detenerse en la reforma constitucional, en primer término, desde una perspectiva cuantitativa. Comparando el actual periodo legislativo (2018-2022) con el anterior (2014-2018), es posible constatar un aumento significativo de proyectos de reforma constitucional presentados, pasando de 196 a 340. Esta diferencia se hace aún más patente si se tiene a la vista que el actual periodo aún no finaliza, restando casi un año para su término al momento de escribirse estas líneas. Cabe hacer presente que la proporción de proyectos de reforma constitucional de iniciativa parlamentaria representan la gran mayoría del total, frente a los mensajes presidenciales, contándose 187 mociones en el primer periodo (95 %) y 333 en el actual (98 %), lo que revela un leve aumento, enmarcado en una tendencia ya existente. Sin embargo, lo que resulta más interesante es el contenido de

aquellas mociones de reforma constitucional que han sido aprobadas en el periodo actual, aun cuando cuantitativamente el resultado sea similar al del periodo anterior. Así, entre 2014 y 2018, diez mociones fueron efectivamente promulgadas y publicadas[33] (0,05 % del total), frente a veinticinco del actual periodo (0,07 % del total).

Tratándose del contenido de las mociones de reforma constitucional que lograron ser promulgadas, estas versaban sobre materias como la cesación en el cargo parlamentario para quien sea condenado por financiamiento de campaña fraudulento o ilegal[34], la consagración del derecho a la protección de datos personales[35], la elección popular de los gobernadores regionales[36] o la fecha en que el Presidente de la República rinde cuenta pública sobre el estado administrativo político de la nación[37]. Ninguna de ellas representaba una alteración sustantiva de elementos estructurales o del contenido especialmente sensible de la CPR, y todas, de alguna u otra forma, se enmarcaban dentro del esquema constitucional vigente, razones suficientes para que ninguna de ellas provocara acalorados debates públicos, tanto al interior como fuera del proceso legislativo, o presentaciones ante el Tribunal Constitucional para controlar su conformidad con la Carta Fundamental.

En este periodo legislativo ya es posible identificar ciertos proyectos de reforma constitucional que, con mayor o menor intensidad, comienzan a tratar materias propias del ámbito legal reservado al Presidente, particularmente en lo que se refiere al a administración financiera. Así, el 11 de octubre de 2018 fue presentado un proyecto de reforma constitucional iniciado en moción que "modifica la Carta Fundamental para incorporar la economía social y solidaria como parte del orden público económico" *Boletín* n.° 12165-07. Este proyecto, sin embargo, no iba más allá de consagrar una declaración, en el art. 1 de la CPR, tendiente a reconocer como deber del Estado la promoción y fortalecimiento de una economía social y solidaria, de la que forman parte fundamentalmente las mutualidades, cooperativas y otras formas de emprendimiento asociativo de trabajadores urbanos y rurales basadas en relaciones democráticas y autogestionarias de solidaridad, cooperación y reciprocidad, entregando a la ley el establecimiento de las

[33] Cabe tener presente que, de esta cifra, dos mociones de reforma constitucional fueron refundidas con otros proyectos y posteriormente aprobadas y publicadas en el actual periodo legislativo, a saber: las que se convirtieron en la Ley n.° 21233, que "Modifica la Constitución Política de la República en materia de determinación de remuneraciones de autoridades y funcionarios que indica".

[34] Ley n.° 20870.

[35] Ley n.° 21096.

[36] Ley n.° 20990.

[37] Ley n.° 21011.

condiciones en que se desenvolverá este sector de la economía al servicio del desarrollo económico y social del país.

Una intromisión algo más intensa en estas materias puede constatarse en el proyecto de reforma constitucional que "crea la Empresa Nacional del Litio", *Boletín* n.° 12832-07 del 13 de agosto de 2019. A pesar de su título, lo que en definitiva proponía esta iniciativa era incorporar un inciso noveno al número 24 del art. 19 de la CPR según el cual

> "La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan litio podrán ejecutarse directamente por el Estado, a través de sus empresas, de manera exclusiva, o asociado con otras personas jurídicas, en cuyo caso la participación de Estado deberá ser igual o mayor al 50,1% del total de la propiedad".

En este caso, la propuesta implicaba facultar al Estado a desarrollar una intervención directa en una actividad económica sujeta a una regulación constitucional y legal, estableciendo a su vez condiciones explícitas de participación.

Un tercer caso lo encontramos en la moción que pretendía modificar la Carta Fundamental para incorporar una prestación monetaria fiscal, a la que tendrá derecho toda persona mayor de edad, denominada renta básica universal, *Boletín* n.° 13247-07, ingresada a tramitación el 30 de enero de 2020. Esta iniciativa proponía establecer un nuevo inciso tercero en el número 2 del art. 19 de la CPR, mediante el cual se consagraría un derecho en favor de toda persona mayor de dieciocho años a percibir una renta básica universal. La moción no establecía un monto o una cobertura concretas para esta prestación, pero sí definía un deber del Estado de implementar esta medida de forma progresiva.

Es importante destacar que ninguna de estas tres mociones avanzó en su tramitación más allá de su ingreso, admisión y envío a la Comisión competente.

Encontramos una razón de texto normativo, a partir de la cual podría explicarse esta inclinación a regular ciertas materias que se enmarcan en la iniciativa legal exclusiva del Presidente por la vía de la reforma constitucional. Esta se desprende del propio tenor literal del art. 127 de la CPR, que inaugura el capítulo XV sobre Reforma de la Constitución y del Procedimiento para Elaborar una Nueva Constitución de la República. Señala esta norma, en lo pertinente:

> "los proyectos de reforma de la Constitución podrán ser iniciados por mensaje del Presidente de la República o por moción de cualquiera de los miembros del Congreso Nacional, con las limitaciones señaladas en el inciso primero del artículo 65".

En este sentido, no cabe aplicar el inciso 2 y siguientes del citado artículo, excluyéndose, en consecuencia, las normas de iniciativa exclusiva presidencial que allí se contemplan, referidas justamente a las materias cuya discusión solo puede promover el Presidente. Abona lo anterior el inciso final del art. 127 de la CPR al disponer que solo

> "En lo no previsto en este Capítulo serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley".

### 3.2. Las reformas constitucionales que permiten el retiro de fondos previsionales

Resulta pertinente detenerse en los debates parlamentarios de estos proyectos, que terminaron convertidos en tres reformas constitucionales de contenido fundamentalmente idéntico, estableciendo cada uno de ellos un derecho a retirar un 10% de los fondos acumulados en las cuentas de ahorro previsional de los afiliados al sistema de pensiones. Se trata de una materia que el art. 65 n.° 6 reserva a la iniciativa legal exclusiva del Presidente, en tanto ella modifica normas de seguridad social o incide en ella. La discusión recaída en ellos es importante, toda vez que se ventilaron cuestiones vinculadas a la relación entre las mociones de reforma constitucional y la iniciativa exclusiva del Presidente. No nos ocuparemos de las demás temáticas allí tratadas, de suyo muy relevantes, pero ajenas al objetivo de este estudio.

Como nota previa, tengamos presente que en Chile rige un sistema de pensiones de jubilación, vigente desde la entrada en vigencia del decreto ley n.° 3500 el 13 de noviembre de 1980. Este sistema se funda en cotizaciones previsionales que los trabajadores deducen de sus remuneraciones y se aportan a fondos de capitalización individual de su propiedad, gestionados por empresas privadas llamadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las que los invierten y custodian. Numerosas modificaciones se han introducido al sistema, entre las que destacan el Sistema de Multifondos (Ley n.° 19795, de 28 de febrero de 2002), que permitió a los afiliados escoger distintas modalidades de inversión, conforme su edad y aversión al riesgo, y el Pilar Solidario (Ley n.° 20255, de 17 de marzo de 2008), que introdujo beneficios financiados por el Estado como: las pensiones básicas solidarias de vejez e invalidez y los aportes previsionales solidarios de vejez e invalidez. Esto último es particularmente relevante, toda vez que, al existir una serie de subsidios y prestaciones pecuniarias asociadas al sistema previsional, la alteración de algunos de sus elementos puede incidir en la administración financiera del Estado, al modificar las bases de cálculo de algunas prestaciones, aumentando el monto a entregar o incluyendo nuevos beneficiarios.

El sistema de pensiones chileno, por regla general, opera como un mecanismo de ahorro durante la vida laboral del afiliado, quien al momento de cumplir la edad legal de jubilación puede optar por recibir mensualmente de la AFP una pensión acorde con lo ahorrado o, bien, entregar sus fondos a otra compañía para que esta le pague una renta vitalicia. El régimen vigente no contempla la posibilidad, por regla general, de que los afiliados retiren todo o parte de sus fondos, ya sea se encuentren actualmente activos laboralmente o ya se hayan pensionado. Sin perjuicio de ello, se había intentado ya judicialmente conseguir que un afiliado pudiera retirar los fondos ahorrados en su cuenta individual, mediante un recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones Antofagasta, instancia en la que se resolvió el 18 de junio de 2020, en votación unánime, que una AFP restituyera los fondos a la recurrente.

Al Congreso Nacional tampoco le era ajena la noción de los retiros de fondos previsionales. Ya en 2016 se había presentado una moción de reforma constitucional, el *Boletín* n.° 10832-07, que:

> "Modifica el artículo 19 N° 18° de la Carta Fundamental, para permitir a los cotizantes del sistema privado de capitalización individual de pensiones, acceder al retiro de sus fondos para los fines que se indican".

Si bien este primer proyecto sobre la materia no establecía directamente un retiro, sí mandataba a la ley de quórum calificado respectiva a

> "Contemplar la posibilidad del retiro anticipado de los ahorros, para los efectos de adquirir una vivienda, un emprendimiento o el estudio de los hijos o enfermedad grave, dejando un mínimo garantizado".

Este proyecto, sin embargo, no avanzó mayormente en su tramitación, encontrándose aún pendiente su discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

El clima propicio para proyectos de esta naturaleza se genera a partir de la pandemia por Covid-19, declarada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020, cuyo efecto en Chile se tradujo, en lo jurídico, fundamentalmente en el decreto n.° 104 de 18 de marzo de 2020 del Ministerio del Interior, mediante el cual se dispusieron intensas limitaciones a la libertad de desplazamiento, se restringieron o suspendieron determinadas actividades económicas y se establecieron una serie de medidas de carácter sanitario para prevenir y combatir las consecuencias del virus. Este nuevo escenario se sumaba a la ya compleja situación económica que experimentaba el país desde los eventos de octubre de 2019[38]. Si bien el gobierno del

[38] Según datos publicados en el sitio web de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de la Santísima Concepción por Andrés Ulloa, el principal

presidente Sebastián Piñera promulgó una serie de proyectos de su autoría que iban en directo beneficio de los sectores más afectados por las medidas adoptadas, como la Ley de Protección del Empleo (n.° 21227) y la Ley de Ingreso Familiar de Emergencia (n.° 21230), lo cierto es que el Congreso Nacional los estimó insuficientes y optó por la alternativa de facultar a las personas a retirar una porción de sus fondos previsionales, ascendentes al 10% de lo ahorrado.

Sobre esta idea justamente se basaban las mociones refundidas que terminaron convertidas en la Ley n.° 21248, la primera de tres que establecieron retiros parciales de fondos previsionales[39]. En su origen, esta propuesta contemplaba un derecho a retirar un 10% de los fondos acumulados, con montos mínimos y máximos, así como un mecanismo de reintegro de los recursos retirados. Ya en su primera etapa de discusión, en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, se discutió en torno a la relación entre reforma constitucional e iniciativa exclusiva. El profesor de Derecho Constitucional Tomás Jordán manifestó ante la Comisión: "que el proyecto de reforma constitucional sería innovador por cuanto sería posible plantear esta discusión considerando la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de seguridad social, y que no existe tal inadmisibilidad en reformas constitucionales"[40]. Por otra parte, el diputado Hugo Gutiérrez estimó: "que se ha recurrido a esta fórmula (la reforma constitucional) siendo que lo que correspondería sería legislar al respecto, el asunto es que hay iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de normas de seguridad social"[41]. Cabe señalar que el Ejecutivo, en esta instancia al menos, no hizo reserva de constitucionalidad ni planteó argumentos relativos a la admisibilidad de la iniciativa. Quedaba entonces claro, tanto la razón, expresada por el Jordán, como la necesidad, en las palabras del diputado Hugo Gutiérrez, de utilizar la reforma constitucional para tratar por la vía de una moción una materia propia de la iniciativa legal del Presidente.

Tras su despacho a la Sala, la discusión vuelve a la Comisión de Constitución para su segundo informe, en razón de haberse presentado indicacio-

referente mensual de actividad económica nacional (IMACEC), muestra una contracción de un 3,4 % y 3,3 % durante los meses de octubre y noviembre de 2019, y una expansión de 1,1 % y 1,5 % en los meses diciembre 2019 y enero 2020, respectivamente. Por otro lado, la tasa de desempleo, aparentemente más resiliente, no cambia y se mantiene en 7 % en el ámbito nacional y mejora en la región pasando de 7,3 % a un 6,3 % en el trimestre móvil octubre diciembre del año pasado: Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de la Santísima Concepción (2020).

[39] Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados (2020a), p. 13.

[40] *Op. cit.*, p. 18.

[41] *Op. cit.*, p. 23.

nes al texto propuesto. Una de esas indicaciones pretendió liberar del pago de impuesto a la renta los fondos retirados, estableciendo en consecuencia una exención tributaria, cuestión que conforme al art. 65 n.° 1 correspondería exclusivamente al Presidente si se tratara de una propuesta legal. Sobre la cuestión se pronunció el diputado Matías Walker, expresando:

> "Existe el principio de reserva legal en materia de tributos e impuestos, y que todo lo que dice relación con imponer, suprimir reducir, o condenar tributos es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República conforme a la Constitución Política, lo que se debe tener en consideración para evitar cualquier dilación en el Tribunal Constitucional"[42].

Notemos que el argumento, aun cuando se vincula a la tensión entre reforma constitucional e iniciativa exclusiva, no se esgrime en torno a una discusión de admisibilidad –la que en esta etapa tampoco se suscitó–, sino como una advertencia de un potencial obstáculo que podría retrasar la promulgación del proyecto. En contrario se manifestó el diputado Gonzalo Fuenzalida, quien detectó que con la indicación

> "Se está contraviniendo expresamente la Carta Fundamental. Precisa que el único que puede modificar, condonar y cambiar las reglas tributarias respecto a las obligaciones que tienen los ciudadanos es el Presidente de la República conforme al artículo 65 N° 1 de la Constitución Política"[43].

En su paso por el Senado, la cuestión de admisibilidad por infracción de la iniciativa exclusiva tampoco fue debatida, consignándose únicamente una reserva de constitucionalidad respecto al quórum con que debía ser aprobada la reforma[44]. Concluyó su tramitación tras una aprobación por amplia mayoría de 116 votos favorables en el tercer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados el 23 de julio de 2020, siendo remitido al Presidente de la República, quien lo promulgó al día siguiente.

Exactamente un mes después, se presenta un nuevo proyecto de reforma constitucional para otorgar un segundo retiro de fondos previsionales, el *Boletín* n.º 13736-07, el que fue refundido con los *Boletines* n.º 13749-07 y 13800-07, todos de iniciativa parlamentaria. Ya en los fundamentos de la moción se podía identificar una preocupación por la tensión entre iniciativa exclusiva y reforma constitucional. Así, consignaba la moción que el art. 127 de la CPR al que aludimos anteriormente

[42] Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados (2020b), p. 13.

[43] *Op. cit.*, p. 14.

[44] Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (2020), p. 2.

> "No puede ser interpretado en el sentido de que se extienda a las normas sobre iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias que irroguen gasto fiscal"[45].

Agregaba:

> "De considerarse que son aplicables las normas sobre formación de la ley relativas a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materias que inciden en el erario público, el presente proyecto de reforma a la constitución, en la medida en que alcance el quórum señalado en el párrafo anterior, deroga tácitamente la aplicación supletoria de exclusividad presidencial a la reforma constitucional. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que esta exclusividad absoluta del Presidente no solo respecto de los proyectos de ley, sino que también respecto de los proyectos de reforma constitucional, sería una norma inmutable por parte del Parlamento, consagrando un presidencialismo ad-eternum"[46].

Por su parte, el Ejecutivo hizo presente que las normas previsionales y sobre seguridad social han sido reservadas por el constituyente al legislador, y de forma exclusiva, al Presidente de la República[47]. Asimismo, desde la perspectiva del gasto público que irrogaría el proyecto, el Ejecutivo señaló que el primer retiro implicó:

> "Más de USD 3.400 millones en gasto directo, sin considerar el tema tributario (retiros sin pagar impuestos y permitir inversión en APV con franquicia tributaria); el segundo retiro, son USD 2.800 millones. Esto se efectúa a través de un resquicio, en contra de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en esta materia y en seguridad social"[48].

Estos argumentos son los que fundaron una reserva de constitucionalidad del Ejecutivo, que terminó convertida, tras el avance del proceso legislativo y su inminente aprobación en dos actos: un requerimiento ante el Tribunal Constitucional patrocinado por el Presidente en virtud del art. 93 n.° 3 de la CPR y la presentación de un proyecto de ley –y no de reforma constitucional– sobre la misma materia, pero presentado por el Ejecutivo. Cabe destacar que la iniciativa parlamentaria siguió su tramitación, alcanzando mayorías aún más amplias que en el caso anterior, siendo aprobadas sus disposiciones en la Cámara de Diputados por ciento treinta votos favorables o más, es decir, superando, incluso, el máximo quórum de 2/3 que contempla la CPR.

---

[45] Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados (2020c), p. 14.

[46] *Ibid.*

[47] *Op. cit.*, p. 16.

[48] *Op. cit.*, p. 63.

El proyecto del Ejecutivo, *Boletín* n.° 13914-13, de 18 de noviembre de 2020, aun cuando en su formulación original contenía una serie de disposiciones que pretendían mitigar algunos de los efectos negativos que se detectaron a propósito del primer retiro, terminó promulgado el 4 de diciembre de 2020 bajo una redacción muy similar[49]. Es interesante detenerse en los fundamentos de este mensaje. Es una breve declaración a favor del respeto del marco constitucional relativo a la iniciativa exclusiva presidencial. Todos los argumentos giran en torno a la forma en que debe alterarse el régimen previsional, concluyendo que esto solo puede hacerse a través de una ley –no a través de la Constitución– y que esa ley debe ser de iniciativa del Presidente. No hay ningún argumento acerca de la conveniencia o mérito del proyecto en cuanto a su contenido.

Por su parte, el requerimiento dio lugar al procedimiento rol 9797-20 del Tribunal Constitucional, siendo, en definitiva, acogido únicamente por el voto dirimente de su presidente, ante un empate en la votación de sus integrantes. Un estudio pormenorizado de los fundamentos de la resolución y las disidencias excede con creces el alcance de este trabajo, pero se menciona porque resulta revelador de la naturaleza fundamentalmente polémica y abierta a la interpretación de esta materia, incluso ante el Tribunal Constitucional, aspectos que quedarían aún más patentes en el contexto de la discusión del tercer proyecto de retiro.

Este tercer retiro surge nuevamente a partir de mociones de reforma constitucional refundidas, *Boletines* n.° 13950-07, 14054-07 y 14095-07. Una primera particularidad presente en la tramitación de estas iniciativas la encontramos en el primer informe de la Comisión de Constitución de la Cámara, en tanto allí se consignó entre las constancias reglamentarias que los proyectos no debían pasar por la Comisión de Hacienda "por tratarse de una reforma constitucional"[50]. Resulta interesante que se explicite la razón de omitir este trámite, toda vez que el art. 17 de la LOCCN, como vimos anteriormente, fija la competencia de la Comisión de Hacienda, en el contexto del título II de la citada Ley, sobre "Normas Básicas de la Tramitación Interna de los Proyectos de Ley", disposiciones que podrían entenderse vigentes para el procedimiento seguido ante una reforma constitucional, por aplicación del art. 127 de la CPR. Sin embargo, queda claro el Legislativo no lo ha entendido así, tal vez por la estrecha vinculación existente entre el

[49] El proyecto original del Ejecutivo, entre otras cosas, consideraba los fondos retirados como renta para efectos tributarios, excluía del beneficio a quienes no habían visto mermados sus ingresos y contemplaba un mecanismo de reintegro basado en un aumento de la cotización. Solo lo primero, y aun con matices, sobrevivió la tramitación de la iniciativa.

[50] Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (2021), p. 1.

paso por Hacienda y la determinación de la incidencia presupuestaria como causal de inadmisibilidad de mociones parlamentarias, aun cuando esta no es la expresa función de dicha Comisión.

Por otra parte, se reproducen nuevamente los argumentos en contra de la admisibilidad de este proyecto de reforma, basados siempre en la necesidad de afectar el sistema previsional por ley, por una parte, y en el impacto que las mociones tendrían en la administración financiera del Estado, por otra, materias reservadas a la iniciativa presidencial[51]. Nuevamente son estas las razones que motivan la reserva de constitucionalidad del Ejecutivo y un nuevo requerimiento ante el Tribunal Constitucional, sumando ahora la fuerza de su sentencia como precedente. Sin embargo, en esta ocasión la historia de desarrollaría de forma distinta. Si frente al primer requerimiento el Ejecutivo logró una victoria pírrica, con el segundo ni si quiera alcanzó a luchar la batalla, en tanto el Tribunal decidió no admitirlo a tramitación, por siete votos contra tres. Solo destacaremos una idea fundamental presente en esta decisión, la que revela que el Tribunal entendió que con el requerimiento:

> "Se intenta revestir del carácter de conflicto de constitucionalidad sola la falta de entendimiento, coordinación, dialogo, colaboración entre los colegisladores. Esto es un conflicto político que se trae al Tribunal Constitucional para resolverlo con votos y no con la necesaria deliberación democrática entre los poderes ejecutivo y legislativo, queda de manifiesto cuando el Ejecutivo interpone un requerimiento de inconstitucionalidad frente a la iniciativa del Legislativo, mientras en paralelo, es aquel mismo poder del Estado el que presenta una iniciativa legal destinada al mismo objetivo. Es frente a ello que cabe preguntarse si resulta inexcusable, pertinente y hasta competente la intervención de esta magistratura, órgano jurisdiccional, ante un conflicto de tipo político que puede ser resuelto por los propios colegisladores mediante la tramitación de otros proyectos, el veto y la calificación de urgencias"[52].

Si ya era dudoso considerar que la cuestión sobre la relación entre reforma constitucional e iniciativa exclusiva estaba resuelta, tanto en el ámbito normativo como jurisprudencial, con esta decisión del Tribunal Constitucional la situación llega a un estado de incertidumbre mayor. Aun cuando el argumento recién transcrito alude a una situación de conflicto entre los órganos colegisladores como razón para no inmiscuirse en su resolución –argumento al menos dudoso, en tanto esto constituye una de las razones de existencia de un órgano como el Tribunal Constitucional– lo cierto es que la disputa

[51] Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento (2021), p. 28.
[52] Tribunal Constitucional (2021), rol n.° 10774-21, p. 22.

de fondo carece actualmente de una decisión uniforme de parte del árbitro constitucional. Digamos, finalmente, que el Ejecutivo en paralelo presentó un proyecto de ley permitiendo un tercer retiro, el que ante la decisión del Tribunal perdió apoyo parlamentario, siendo aprobada y promulgada, en definitiva, la iniciativa parlamentaria original.

Con la descripción de estos ejemplos exitosos de reformas constitucionales vinculadas al ámbito de la iniciativa reservada al Presidente, se revela una vez más la naturaleza esencialmente política de la discusión sobre la iniciativa exclusiva, esta vez, a través del recurso a la reforma constitucional. Fue gracias a la consecución de altas mayorías en el Parlamento y no la argumentación técnico-presupuestaria que estos proyectos vieron la luz.

## IV.- Conclusiones

La actual crisis política tiene su origen en el llamado estallido social de octubre de 2019, el que fue gatillado por un alza en el transporte público de la Región Metropolitana, decidida por un organismo de carácter técnico, el Panel de Expertos del Transporte Público. Con esta referencia quisiera iniciar las conclusiones de este trabajo, destacando que, si bien gran parte de la crisis institucional obedece a un agotamiento ciudadano frente a la primacía de las razones técnicas sobre cualquier otra consideración, no por ello debe abandonárselas. Lo correcto sería ponerlas en su lugar, en el contexto de la discusión política: La argumentación técnica es un complemento indispensable de una sana deliberación democrática, pero jamás será el único elemento suficiente, ni mucho menos un sustituto que la excluya.

1. La iniciativa exclusiva en materia financiera es un concepto que, tanto en el ámbito normativo, jurisprudencial y práctico carece de contornos claros y nítidos que permitan una aplicación cierta o predecible. En el ámbito normativo, estimamos que en su actual formulación la iniciativa exclusiva es incapaz de ofrecer un marco de actuación definido para los colegisladores, pudiendo el Ejecutivo extenderla a su arbitrio a través de la argumentación técnico-presupuestaria y el Congreso eludirla mediante los proyectos de reforma constitucional. No parece razonable esperar que, a partir de ajustes al texto vigente del art. 65 de la CPR se solucionen los problemas que en este trabajo hemos consignado, en tanto a un conflicto político difícilmente le bastarán soluciones estrictamente jurídicas. A partir de la práctica parlamentaria, es posible constatar una actitud de creciente resistencia del Legislativo frente al Ejecutivo, que inicialmente se manifiesta en la disputa por el alcance

de la iniciativa exclusiva en el seno de la discusión de proyectos de ley y que luego es superada mediante el recurso a la reforma constitucional.

2.- Si se la juzga a partir de los objetivos para los que fue concebida, fundamentalmente el resguardo de la integridad patrimonial del Estado y la coherencia de sus políticas económicas, podría concluirse que ha sido medianamente exitosa. Ya no se debaten en el Parlamento leyes de iniciativa parlamentaria que se dirijan en directo beneficio de la clientela política, como ocurrió durante la primera mitad del siglo pasado. Sin embargo, tendríamos que agregar que este fin ha sido alcanzado pagando un costo demasiado alto, a saber, el sacrificio de la deliberación democrática sobre las más diversas materias de interés nacional, las que, en la práctica, solo pueden ser discutidas de forma íntegra cuando el Presidente de la República consiente en ello. Esto deja en una posición de claro menoscabo a sus pares colegisladores, atentando así con los principios de separación y equilibrio entre poderes del Estado.

3. Su interpretación extensiva, elaborada a partir de la argumentación técnico-presupuestaria contenida en los informes financieros, ha intentado disfrazar la deliberación política en un debate de cifras, en el que el Parlamento poco puede decir, conforme a las facultades constitucionales que hoy detenta y a sus actuales capacidades técnicas. Esta concepción ha sido superada por la práctica seguida en el Congreso, toda vez que la voluntad de las mayorías parlamentarias no ha podido ser frenada por el Ejecutivo ni por el Tribunal Constitucional. La fuerza de los votos en el Parlamento ha inhabilitado a ambos, revelando la naturaleza eminentemente política de la disputa.

4. Existe una diferencia fundamental entre la iniciativa exclusiva legislativa y las atribuciones presupuestarias del Presidente de la República en un régimen presidencial. Por la primera se le reserva a la máxima autoridad ejecutiva la facultad de iniciar la discusión legislativa sobre determinadas materias y por la segunda se le otorga solo a ella la decisión en torno a la asignación de recursos públicos. Aun cuando en nuestra práctica parlamentaria ambas se confundan, toda vez que la discusión en torno a la admisibilidad de mociones parlamentarias en la mayoría de los casos se reduce a un debate en torno al mayor gasto que implica una determinada propuesta, lo cierto es que difieren diametralmente en sus efectos. La primera es capaz de inhibir la deliberación legislativa en un conjunto importante de materias, el menos teóricamente. La segunda, en cambio,

permite este proceso, y preserva en manos del Presidente, la decisión de financiar o no una iniciativa aprobada por el Congreso, radicando también en él la responsabilidad política de tal decisión.

5. Reflexionar en torno a la iniciativa exclusiva es pensar sobre quiénes se encuentran legitimados para promover la discusión parlamentaria en particular y la deliberación política en general. Así, una restricción, una reformulación o una derogación de la iniciativa exclusiva implica, bajo el actual sistema constitucional al menos, que los parlamentarios gozarán de una mejor posición jurídica que la que actualmente tienen, pudiendo en algunas igualar la del Ejecutivo para someter cualquier asunto a la deliberación legislativa.
6. La iniciativa exclusiva no escapa a la crisis política que actualmente viven prácticamente todas las instituciones del Estado. En este sentido, las soluciones a las dificultades que este trabajo intentó identificar y describir no pueden sino provenir de una reestructuración también política, siendo la sede idónea para esa tarea la Convención Constitucional encargada de producir un proyecto de nueva Constitución que deberá ser ratificado por la ciudadanía en los próximos meses. Esta instancia ofrece una oportunidad única para revisar democráticamente esta y otras materias que, en buena hora, puedan dotar al país de una institucionalidad más democrática, más participativa y más justa.

## Bibliografía

### *Normas citadas*

*Constitución Política de la República*, decreto n.° 100 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 22 de septiembre de 2005.

Ley n° 18918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

Reglamento del Senado.

Reglamento de la Cámara de Diputados.

### *Otros documentos*

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados (2020a). Informe de 6 de julio.

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados (2020b). Informe de 9 de julio.

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados (2020c). Informe de 5 de noviembre.

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (2020). Certificado de 21 de julio.

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados (2021). Informe de 13 de abril de 2021.

Comisión de Educación de la Cámara de Diputados (2020). Informe de 6 de julio.

Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2019a). Acta del 23 de abril.

Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2019b). Informe de 30 de abril.

Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2020a). Acta del 14 de abril.

Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2020b) Certificado de 15 de abril.

Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados (2020c). Informe de 22 de julio.

Comisión de Régimen Interno, Administración y Reglamento de la Cámara de Diputados (2014). Oficio n.° 11.347.

Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado (2020). Informe de 17 de junio.

Comisión de Trabajo y Seguridad Social de la Cámara de Diputados (2020). Informe de 9 de abril.

Dirección de Presupuestos (2018). Informe financiero de la n.° 55.

Dirección de Presupuestos (2019). Informe financiero n.° 5.

Dirección de Presupuestos (2019). Informe financiero n.° 57.

Director de Presupuestos (2019). Oficio n.° 815.

Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de la Santísima Concepción (2020). "Cuantificando el impacto del estallido social en la actividad económica regional". Disponible en www.facea.ucsc.cl/2020/04/cuantificando-el-impacto-del-estallido-social-en-la-actividad-economica-regional/#:~:text=No%20es%20un%20secreto%20que,la%20actividad%20econ%C3%B3mica%20del%20pa%C3%ADs.&text=De%20acuerdo%20a%20nuestras%20estimaciones,anual%20de%201%2C66%25 [fecha de consulta: 25 de mayo de 2021].

Proyecto de ley que "Modifica el Código Sanitario para regular los medicamentos bioequivalentes genéricos y evitar la integración vertical de laboratorios y farmacias", en *Boletín*, n.°13506-04.

Proyectos de resolución de la Cámara de Diputados del periodo legislativo 2018-2022 n.°s 59, 345, 812, 927, 1120, 1165, 1248 y 1345.

Proyecto de ley que "Modifica las normas legales que indica para disponer la suspensión del pago de las cuotas de créditos para la educación con aval del Estado, CAE, con ocasión del estado de excepción constitucional de catástrofe, a causa de la pandemia de Covid-19", en *Boletín*, n.° 13506-04.

Proyecto de ley que "Modifica el Código del Trabajo para extender transitoriamente el permiso postnatal parental, hasta el cese del estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, decretado con motivo de la expansión de la enfermedad Covid-19", *Boletín*, n.°13364-13.

Secretaría General de la Cámara de Diputados (2020). Informe técnico de la n.° 11/368/2020.

## *Jurisprudencia*

Tribunal Constitucional (1996). Sentencia rol n.° 242-1996, 12 de agosto.

Tribunal Constitucional (2007). Sentencia rol n.° 786-07, 13 de junio.

Tribunal Constitucional (2021). Sentencia rol n.° 10774-21, 29 de abril.

# IDENTIDAD CONSTITUYENTE: APUNTES SOBRE EL PAPEL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO CONSTITUYENTE Y PROPUESTAS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN

# CONSTITUENT IDENTITY: NOTES ON THE ROLE OF HUMAN RIGHTS IN THE CONSTITUENT PROCESS AND IDEAS FOR THE NEW CONSTITUTION

*Catalina Melgarejo Espina*[*]
*Martín Canessa Zamora*[**]

Resumen: El presente trabajo estudia el papel que pueden representar los derechos humanos frente al ejercicio del poder constituyente, en el marco del proceso chileno de elaboración de una nueva Constitución. Se revisan las concepciones clásicas de poder constituyente, así como las doctrinas que analizan si este tiene límites o no. Luego, se postula que los derechos humanos forman parte esencial de la identidad del pueblo chileno, representando un contenido esencial e indisponible para el poder constituyente. Finalmente, se elaboran alguna propuestas destinadas a instaurar un estatuto más favorable a la garantía de los derechos humanos en la nueva Constitución.

Palabras claves: Derechos Humanos, poder constituyente, nueva Constitución.

[*] Abogada por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Cuenta con diplomado en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la misma casa de estudios. Magister en Derechos Fundamentales en la Universidad Carlos III de Madrid. Se desempeña profesionalmente en el área laboral y migratoria. Correo electrónico: cimelgarejo@uc.cl

[**] Abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad del Desarrollo. Docente de la Clínica Jurídica de Atención a Migrantes de la Universidad Alberto Hurtado. Se desempeña profesionalmente en las áreas de derecho constitucional, administrativo y regulatorio. Correo electrónico: m.canessa@udd.cl

Abstract: This paper studies the role that human rights could play in the exercise of the constituent power, within the framework of the Chilean process to draft a New Constitution. It reviews the classical concepts of constituent power, as well as the doctrines that analyze whether it has limits or not. Then, it argues that human rights are an essential part of the identity of the Chilean people, representing an essential and indisposable content for the constituent power. Finally, some propositions are outlined to establish a statute more favorable to the guarantee of human rights in the New Constitution.

Keywords: Human Rights, Constituent Power, New Constitution.

## I. El proceso constituyente chileno: Estado actual de las cosas

Como respuesta a las masivas movilizaciones de octubre de 2019, la mayoría de las fuerzas políticas representadas en el Congreso acordaron reformar la Constitución, para permitir la realización de un proceso constituyente nunca antes visto en Chile. En octubre de 2020, el 78 % de la ciudadanía votó a favor del cambio constitucional, abriendo así el proceso de cambio constitucional. La Convención Constitucional –un órgano compuesto por representantes electos democráticamente, con paridad, amplia participación de independientes y escaños reservados para pueblos originarios– asumió sus funciones el 4 de julio de 2021, con la exclusiva misión de redactar un proyecto de nueva Constitución, el que será sometido a la aprobación de la ciudadanía en un plebiscito de salida.

El proceso es una novedad, no solo para la historia constitucional chilena, sino que para la historia de los procesos constituyentes en el mundo. Como tal, existen diversas cuestiones no resueltas acerca del funcionamiento y atribuciones de la Convención, así como de la naturaleza del ejercicio constituyente. Una de ellas –la que da origen a este artículo– tiene relación con el papel asignado a los derechos humanos en el proceso constituyente y, más concretamente, si imponen o no límites materiales al ejercicio del poder constituyente.

## II. ¿Qué poder se ejerce en el proceso chileno?

Para responder a la pregunta que inspira estos apuntes, resulta inevitable reflexionar sobre la naturaleza del poder constituyente que se ejerce a través

del proceso inaugurado el 25 de octubre de 2020. Existe una discusión no resuelta acerca de si se ha depositado, en la Convención Constitucional, el poder constituyente originario o derivado. La discusión es relevante, toda vez que, para muchos, de ella dependería la posibilidad de imponer límites a la capacidad de decisión del pueblo o si, por el contrario, estaría actuando libre de ataduras.

## *1. Teorías del poder constituyente originario y derivado*

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, siguiendo la definición de Nicola Matteucci, entiende la soberanía como la organización de un grupo humano que reconoce un centro de poder independiente y organizativo. Es, por tanto, el uso del poder legítimo. Se diferencia de la fuerza, como poder arbitrario y se identifica con el uso racional del poder[1]. Desde la creación del Estado de derecho, es la normativa jurídica la que impide la arbitrariedad de la autoridad. El derecho pasa a ser el fundamento de su legitimidad y establece tanto sus límites como la forma en que puede ejercer el poder. A su vez, la soberanía reside en el pueblo. Son las personas las que han dado legitimidad a las estructuras políticas con el fin de vivir en sociedad[2].

La soberanía tiene dos dimensiones, interna y externa. En su faz externa, la soberanía es independencia y respeto frente a otros Estados. Es exclusión del poder de otros Estados y abstención de intervenir en los asuntos internos de estos. Por ello, el poder soberano se ha entendido tradicionalmente circunscrito al territorio geográfico donde reside el pueblo, terminando en la frontera limítrofe con otro Estado. En su faz interna, la soberanía se manifiesta en la forma de una "autoridad suprema y legítima, dentro del territorio"[3]. Es la autoridad más alta en la cadena de decisiones y puede ejecutarlas coercitivamente.

Desde el punto de vista de la legitimidad interna –elemento esencial del poder soberano–, el ejercicio democrático del poder se erige como base fundamental en la relación con la ciudadanía. La soberanía no es para los ciudadanos una caja negra e inescrutable, sino que tiene un contenido esencial que exige la participación política del pueblo[4]. Adicionalmente, el

[1] Cfr. Matteucci (1982), pp. 1534-1535.

[2] Desde una perspectiva contractualista, el pueblo es el titular originario de la soberanía, de modo que cualquier ejercicio que no obedezca a su voluntad se entiende una usurpación de la misma. El modo en que debe expresarse esta voluntad, por supuesto, es objeto de discusión y punto de divergencia de dichas teorías. Cfr. Locke (2014) y Rousseau (2012).

[3] Philpott (1995), p. 357.

[4] Jackson (1990).

régimen democrático constituye una garantía y condición de posibilidad del ejercicio de los derechos humanos, de modo que existe una relación de complementariedad entre estos[5].

El reflejo más patente del ejercicio de la soberanía es el poder constituyente, que actúa en el momento fundante del orden institucional. A través de él, la sociedad establece las normas, principios y valores que guiarán, no solo la convivencia entre las personas, sino, también, la legitimidad y límites de la autoridad.

Para Carl Schmitt, el poder constituyente sería:

> "La voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo"[6].

Enfatizando el momento de intervención del poder constituyente, Pablo Lucas Verdú lo definió como:

> "La voluntad originaria, extraordinaria y soberana de una comunidad que dicta las normas fundamentales para la organización y funcionamiento de la convivencia política"[7].

Tradicionalmente se ha categorizado las intervenciones del poder constituyente en dos: Originario y derivado. Dicha categorización dependerá de si el ejercicio del poder constituyente se da en el marco de una Carta Fundamental que le precede (derivado) o si, por el contrario, no se sujeta a las normas constitucionales previas (originario). Sin perjuicio de que existen corrientes doctrinarias más recientes que postulan la extinción de esta diferenciación, lo cierto es que las categorías siguen teniendo peso analítico y, sobre todo, simbólico.

El poder constituyente originario, parafraseando a Emmanuel Sieyés[8], es el poder para reemplazar el antiguo régimen. Para buena parte de la doctrina, se identifica con un poder total, autónomo, absoluto e ilimitado. Esta independencia se manifiesta en una "competencia total; que ninguna norma anterior, ni de fondo ni de forma, puede limitarlo"[9]. Esta forma del poder constituyente se caracteriza por su libertad total. Típicamente, se identifica con el surgimiento de los Estados o con momentos de ruptura institucional.

---

[5] Cfr. Asamblea General de las Naciones Unidas (1948), art. 21.
[6] Schmitt (1982), pp. 93-94.
[7] Lucas (1983), p. 583.
[8] Sieyès (2019).
[9] Hernández (1993), p. 144.

Acarrea, pues, el ejercicio de un poder de reemplazo de las normas constitucionales anteriores, de cambio constitucional.

Por el contrario, el poder constituyente derivado, se sujeta a las reglas que la propia Constitución le establece. Este ejercicio está asociado con el poder de reforma constitucional[10], es decir, la capacidad de hacer ajustes necesarios en el orden fundamental que permitan al pueblo ejercer su soberanía fuera de los espacios excepcionales de intervención del poder originario. Sin embargo, para muchos, este poder no se circunscribe únicamente a realizar modificaciones parciales, sino que también pueden ser generales (modificar el sistema social político del Estado)[11].

Por definición, el ejercicio del poder constituyente derivado se encuentra limitado por el ejercicio anterior del poder constituyente originario. Dicho de otra forma, su legitimidad jurídica depende de las decisiones del poder que le precede. Las limitaciones que se incluyen en la Constitución para su reforma son generalmente procedimentales, es decir, se regula los mecanismos para su modificación (quórums, plebiscitos, asambleas, etcétera).

Sin embargo, no hay una posición unitaria respecto a los eventuales límites materiales que se puedan imponer al poder constituyente. En este sentido, parte de la doctrina considera que, incluso en el ejercicio del poder constituyente derivado, este:

> "Puede disponer de su propia Constitución, sin sujeción a ningún límite material, dado que de esa forma el pueblo puede, de manera pacífica, o sea, jurídicamente, adoptar en cada momento histórico el orden político que más convenga a sus intereses"[12].

Por otro lado, hay autores que plantean que los límites al poder constituyente en las sociedades actuales se producen incluso en el ejercicio del poder constituyente originario. En ese sentido, Humberto Nogueira cree que:

> "Un Estado sólo tiene potestad omnímoda respecto de normas internas preconstitucionales, pero no puede alterar las normas internacionales que condicionan la acción válida y legítima del poder constituyente, como son, por ejemplo, las normas de ius cogens o las normas de tratados internacionales que han determinado las fronteras del Estado o las del Derecho Internacional convencional, incorporadas válidamente al Derecho interno y que no son susceptibles de denuncia o revisión"[13].

[10] Cfr. Nogueira (2009).
[11] Cfr. Hernandez (1993), p. 147.
[12] *Ibid*.
[13] Nogueira (2009), p. 251.

La breve reseña de los párrafos anteriores, por supuesto, no pretende ser exhaustiva. Simplemente hemos querido dar cuenta de tres rasgos fundamentales acerca de las teorías del poder constituyente:

i) El poder constituyente es un poder propio de la soberanía. En ese sentido, no puede estar exento de los parámetros de legitimidad que la perspectiva democrática moderna exige. Su titular es el pueblo y su ejercicio debe producirse por este.

ii) Existe una distinción doctrinariamente relevante, entre poder constituyente originario o derivado, que se relaciona con los límites que se pueden imponer a uno y a otro. Sin embargo, los parámetros de distinción entre estos no son materia pacífica y admiten zonas grises.

iii) Incluso frente al ejercicio del poder originario, existen desacuerdos en torno a si este ha de ser absolutamente libre e ilimitado, o si, por el contrario, reconoce limites materiales.

## *2. El proceso chileno y el poder constituyente de Erwin Schrödinger.*

Permítasenos, por un segundo, echar mano a una analogía más o menos colorida. En 1935, Erwin Schrödinger diseñó un experimento mental, a estas alturas clásico no solo para la física cuántica, sino que en la cultura general[14]. Mientras la caja se mantiene cerrada, el gato de Schrödinger está al mismo tiempo vivo y muerto. Solo cuando la caja se abre, colapsa la función y sabemos qué había dentro. Justamente, en este apartado argumentaremos que algo similar sucede con el proceso constituyente chileno. Los diversos elementos que lo definen hacen difícil –y, hasta cierto punto, infructuoso– intentar determinar de forma dicotómica qué tipo de poder constituyente se ha ejercido y se ejercerá a lo largo del proceso.

En efecto, responder a la pregunta de qué poder constituyente (si el originario o el derivado) detenta la Convención Constitucional en Chile no es fácil. No lo es, pues las atribuciones que típicamente se le entregan al poder constituyente originario (el reemplazo de la Constitución, y no su mera reforma), se encuentran radicadas en un órgano creado por y bajo las reglas de la actual Constitución, que además le imponen ciertos límites. Adicional-

[14] Un gato es encerrado en una caja con un átomo radiactivo, un detector de radiación y un frasco de veneno. Si el átomo decae, el detector registra radiación y libera el veneno. De acuerdo con la mecánica cuántica, los estados del átomo se encuentran teóricamente superpuestos y es solo la medición (la observación) la que determina uno u otro. Así, el gato –cuya vida o muerte se encuentra atada al estado del átomo– sufre la misma superposición de estados, hasta que la caja se abre y se produce la medición.

mente, el carácter determinante de las intervenciones del pueblo, más allá de la elección de representantes (es decir, a través de los plebiscitos de entrada y salida), junto con lo restringido del mandato de la Convención (solo redactar una propuesta, sin poder alterar por sí misma las normas constitucionales vigentes) obligan a revisar la idea de que el poder constituyente esté radicado en la Convención. En realidad, la forma del proceso constituyente demuestra que el soberano –que, como lo hemos dicho, es el titular legítimo del poder constituyente[15]– sigue siendo, en todo momento, el pueblo. Por ello, y sin perjuicio de que sea la Convención el órgano a cargo de redactar el proyecto de nueva Constitución que someterá a aprobación del pueblo, nos parece mucho más correcto preguntarnos cuál es el poder constituyente que se está ejerciendo a través del proceso iniciado por el plebiscito del 25 de octubre de 2020.

Partiremos por decir que esta es una pregunta que no puede responderse categóricamente mientras el proceso se encuentra en curso. Ello, pues las intervenciones de los poderes derivado y originario se identifican por lo que hacen y no por lo que declaran que hacen. En otras palabras, el ejercicio del poder constituyente es hasta tal punto político, que su categorización jurídica se produce siempre *a posteriori*. Sin perjuicio de lo anterior, existen elementos en las normas constitucionales habilitantes del proceso, así como en las normas reglamentarias que la propia Convención ha aprobado, que pueden aportar a la discusión que nos interesa en este artículo.

La Ley n.° 21200 de reforma constitucional, que dio origen al proceso constituyente actual, introdujo en la Constitución las normas básicas de funcionamiento de la Convención. Así, delineó un órgano autónomo, pero no soberano; encargado exclusivamente de la redacción de un proyecto de nueva Constitución, pero incapaz de aprobarlo por sí mismo, cuestión entregada directamente al pueblo. Es el pueblo el que, a través del plebiscito de entrada, la convocó y le dio su forma[16]. Es el pueblo el que, a través de las elecciones de convencionales, decidió quiénes redactarían el proyecto de nueva Constitución[17]. Y es el pueblo, también, el que sancionará la nueva

[15] Sieyés (2019).

[16] Incluso antes de esto, es indudable que fueron las masivas manifestaciones de octubre de 2019 las que llevaron a casi la totalidad de las fuerzas políticas representadas en el Congreso a celebrar el acuerdo del 15 de noviembre del mismo año. El proceso constituyente es, en su origen, resultado de la demanda ciudadana por una nueva Constitución y de la presión ejercida sobre la totalidad del sistema político por décadas. En este sentido, léase Zapata (2020), especialmente el preámbulo.

[17] Agreguemos a esto que después del acuerdo del 15 de noviembre 2019 e, incluso, después del plebiscito, fueron las demandas ciudadanas por participación de independientes y paridad de género, así como por escaños reservados para los pueblos originarios, las que

Ley Fundamental, decidiendo si acepta o no el proyecto que la Convención le proponga, en el plebiscito de salida. En otras palabras, la Convención deriva toda su legitimidad –tanto jurídica como política– de las tres intervenciones ciudadanas que dan forma al proceso.

Adicionalmente, a pesar de las amplias potestades de la Convención para dictar sus normas internas de funcionamiento, el Congreso –a través de la reforma–, trazó los márgenes esenciales dentro de los cuales habría de operar. Estos márgenes son tanto procedimentales como sustantivos. Así, en lo procedimental, se establecieron dos normas cruciales: el quórum de dos tercios para aprobar las normas y el reglamento de votación de las mismas y la llamada hoja en blanco (normalmente asociada a la norma de derogación orgánica de la Constitución de 1980, en caso de aprobarse la nueva en el plebiscito de salida). Adicionalmente, se determinó el estatuto de los convencionales, no solo en lo relativo a su elección, sino que, también, a su ejercicio, cesación y reemplazo, haciéndoles aplicables ciertas normas relativas a las diputadas y los diputados.

En cuanto a lo sustantivo, la norma constitucional prescribe que 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"[18]. Es decir, el Congreso, en tanto constituyente derivado, incorporó, en la norma habilitante del proceso de cambio constitucional, ciertos mínimos que no podrían ser desconocidos. Esto parece contradecir la idea de que se esté ejerciendo un poder constituyente originario, toda vez que, por definición, este no tendría (ni reconocería) límite alguno. La existencia de materias no sujetas a deliberación en el marco del proceso constituyente implicaría, para algunos, una demarcación propia de los poderes derivados[19]. Con todo, veremos en el apartado siguiente (II.3) que la eficacia de estos límites materiales debe matizarse, ante la ausencia de mecanismos de control jurídicos distintos del control político del plebiscito de salida.

La Convención, por su parte, ha actuado en modos difíciles de situar en este plano binario de lo originario y lo derivado. Para aprobar sus reglamentos, decidió votarlos por mayoría absoluta[20]. Todos ellos, incluidas las

impulsaron la aprobación de dos sucesivas reformas constitucionales: las leyes n.° 21216 y 21298, respectivamente. Estas normas, qué duda cabe, permitieron que la composición de la Convención fuera enormemente distinta de la composición del Congreso, dándole al proceso constituyente un carácter político sustantivamente innovador.

[18] Decreto n.º 100 (2005), art. 133.

[19] Por ejemplo, Hernandez (1993).

[20] Esto, sin perjuicio de que, al producirse la votación en general, todos los reglamentos fueron aprobados por más de dos tercios.

"normas de votación"[21]. Sin embargo, en ese ejercicio de votación, aprobó e hizo propia la regla constitucional de los dos tercios para la aprobación de las normas del proyecto de nueva Constitución, incorporándola en su reglamento general[22] e imponiendo el mismo quórum (2/3) para su posterior reforma[23], consolidándola, en la práctica, como irreformable. Estableció, en su reglamento, normas sobre realización de plebiscitos dirimentes (hipótesis no contemplada en la Constitución); pero, para asegurar su validez, aclaró en la misma norma que requerirá al Congreso su incorporación formal a través de una reforma constitucional[24]. Declaró, en su reglamento general, que había sido convocada "para ejercer el poder constituyente originario"[25]; a la vez que reconoció, en el mismo art. 1°, su naturaleza de mandataria del pueblo, encargada únicamente de redactar una propuesta de nueva Constitución y, en el art. 3°, su deber de reconocer y aplicar la supremacía de los derechos humanos como principio rector de su actuar[26].

---

[21] Así se resolvió en la sesión n.° 20 del Pleno de la Convención Constitucional, de 14 de septiembre de 2021.

[22] Así, el art. 96 del Reglamento General de la Convención Constitucional, dispone: "finalizado el debate, la propuesta de norma constitucional será sometida a votación en el Pleno y se aprobará sin más trámite en caso de obtener el voto a favor de dos tercios de las y los convencionales en ejercicio".

[23] El mismo cuerpo normativo, en su art. 103 sobre "Modificación del Reglamento", establece: "Las proposiciones para modificar este artículo y los artículos 96 y 97 del presente Reglamento deberán ser presentadas por un tercio de las y los integrantes de la Convención y serán aprobadas por dos tercios de las y los convencionales constituyentes en ejercicio".

[24] En la norma aprobada por la Convención, para el Reglamento de Participación Popular, se establece expresamente: "Para la convocatoria a plebiscito deberán llevarse a cabo las reformas a los cuerpos normativos pertinentes. La Convención requerirá a las instituciones públicas, organismos y a los poderes del Estado pertinentes para que el plebiscito se realice en conformidad a lo establecido en este reglamento".

[25] El Reglamento General, en el art. 1° sobre "Naturaleza y finalidad de la Convención" dispone, en su inc. 1°: "La Convención Constitucional es una asamblea representativa, paritaria y plurinacional, de carácter autónomo, convocada por el pueblo de Chile para ejercer el poder constituyente originario. La Convención reconoce que la soberanía reside en los pueblos y que está mandatada para redactar una propuesta de Constitución, que será sometida a un plebiscito. Las normas del presente reglamento se interpretarán en el sentido que facilite este fin".

[26] Su art. 3°, en los incisos 1° y 2° letra a), establece: "Artículo 3.- Principios rectores del Reglamento. Los principios rectores constituyen las bases democráticas y legítimas del proceso constituyente, teniendo todos la misma relevancia.

El presente Reglamento y el actuar de la Convención Constitucional deberán respetar y aplicar los siguientes principios:

a) Preeminencia de Derechos Humanos. Marco conceptual, metodológico e interpretativo cuyo fin es promover, proteger y dar cumplimiento irrestricto a los principios, derechos y estándares reconocidos en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos".

Por último, el carácter rupturista del proceso constituyente solo será constatable una vez que haya terminado el proceso… y quizá ni siquiera entonces. Esto no solo es cierto si se piensa que el poder constituyente originario implica una ruptura institucional (la idea schmittiana de decidir sobre la excepción). También lo es si se comprende lo originario desde la ruptura, ya no con la institucionalidad vigente, sino con el régimen anterior. Solo sabremos si el orden instaurado por el proceso constituyente es un orden nuevo, distinto, una vez que las normas constitucionales (si llegan a aprobarse), entren en vigor y produzcan sus efectos.

En otras palabras, el proceso constituyente chileno pareciera no ajustarse perfectamente a ninguna de las categorías desarrolladas más atrás (poder constituyente originario o derivado), al menos no en el momento en que se escribe este artículo. Siendo cierto que sus normas habilitantes fueron aprobadas por una reforma constitucional y, por tanto, bajo la institucionalidad vigente; no puede ignorarse lo determinante que para ello fue la presión ciudadana ejercida sobre el sistema político, así como para la incorporación de nuevas reglas, incluso después de iniciado el proceso. Tampoco puede soslayarse que la propia reforma constitucional depositó directamente en el pueblo –es decir, el titular original de la soberanía y el poder constituyente– la potestad de abrir el proceso, elegir a sus representantes y transformar el proyecto emanado de la Convención en la nueva Constitución de Chile. Todo ello lleva a caracterizar este proceso como uno de naturaleza híbrida, nacido al amparo de las reglas constitucionales vigentes, pero bajo el poder determinante del pueblo. El proceso chileno, cual gato de Schrödinger, vive simultáneamente dos estados.

### *3. El problema de la eficacia de los límites materiales*

Lo anterior es reforzado por el hecho de que los límites materiales impuestos por la reforma constitucional de 2019 –el carácter republicano y democrático, las sentencias firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales–, carecen de un mecanismo de control eficaz. Ello, pues el art. 136 de la Constitución, que estableció el procedimiento especial de reclamación ante la Corte Suprema, solo habilita para:

> "Reclamar de una infracción a las reglas de procedimiento aplicables a la Convención, contenidas en este epígrafe y de aquellas de procedimiento que emanen de los acuerdos de carácter general de la propia Convención"[27].

[27] Decreto n.° 100 (2005), art. 136.

De hecho, la misma norma explicita que "en ningún caso se podrá reclamar sobre el contenido de los textos en elaboración"[28].

Estas normas cuestionan qué tan real es la limitación impuesta al constituyente en el proceso chileno, al menos en cuanto a los límites sustantivos. La ausencia de un mecanismo de control pone una duda acerca de su vinculatoriedad jurídica. Esta indeterminación acerca de la naturaleza jurídica de la norma, junto con la diversidad de interpretaciones posibles acerca de qué importarían estos límites, arriesga, además, producir tensiones al interior de la Convención y, eventualmente, con los demás poderes constituidos.

A nuestro juicio, la norma sobre límites materiales consagra una suerte de deber blando, que pretende, más bien, delinear los contornos de legitimidad política para la Convención, pero que no puede ser controlado sino por el pueblo en el plebiscito de salida. Si un sector de la Convención o, para estos efectos, de la ciudadanía, constatara una transgresión de estos mínimos, tendrá más herramientas para impugnar el proceso políticamente y, eventualmente, abogar por el rechazo del proyecto de nueva Constitución en el plebiscito de salida. Será, pues, el pueblo quien juzgue si se han respetado o no estas bases de legitimidad.

Adicionalmente, habría que preguntarse hasta qué punto los mínimos en ella dibujados son verdaderas barreras para el poder constituyente. ¿Sería la voluntad de la Convención, primero, y del pueblo, después, alterar el carácter de república del Estado, reemplazándolo por un gobierno monárquico? En ausencia de esta norma, ¿habría voluntad para abandonar las formas democráticas para constitucionalizar un régimen totalitario? La discusión sobre las sentencias firmes y ejecutoriadas puede parecer un poco más pedregosa, a la luz de la relevancia política que ha adquirido la situación de los llamados "presos de la revuelta", pero, incluso, si se decidiera incluir una norma de indulto o amnistía en un artículo transitorio, la Constitución vigente descarta que ello sea atentar contra sentencias firmes y ejecutoriadas[29].

Respecto de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, debe recordarse que los deberes de cumplimiento de los tratados no importan una obligación de constitucionalizar sus disposiciones. En este sentido, la convención constitucional solo infringiría su obligación de respeto de los tratados en la medida que incorporara en el proyecto de nueva Constitución propuestas de artículos directamente contrarios a alguna norma contenida en ellos.

No obstante, los tratados internacionales sobre derechos humanos son un tipo muy especial de instrumento internacional. Por un lado, por cuanto

[28] Decreto n.° 100 (2005), art. 136.

[29] Véase decreto n.° 100 (2005), art. 76, en relación con los arts. 63 n.°16 y 65 inc. 2°, todos de la Constitución actual.

obligan al respeto, protección y promoción por los derechos humanos (en cuyo marco la constitucionalización, sin perjuicio de no ser exigible, puede, a veces, mostrarse como la vía más idónea). Por otro, en la medida en que su contenido normativo y simbólico se encuentra íntimamente ligado con las movilizaciones y demandas que dieron origen al proceso constituyente en curso. Esta especial naturaleza los hace merecedores, a nuestro juicio, de una reflexión aparte.

## III. Sobre el valor de los límites materiales. ¿Pueden ser los DDHH verdaderos límites al poder constituyente?

Los avances en el derecho internacional y la creación de organismos supraestatales han modificado la forma de entender el derecho interno y la comprensión westfaliana de la soberanía, como absoluta. La creación y reconocimiento de normas y principios que transcienden los límites geográficos de cada país plantea nuevas problemáticas, como los límites a las facultades normativas de los Estados que participan en la comunidad internacional y la forma de resolver los conflictos que se producen entre ambos estatutos. La pregunta crucial es, ¿qué relación existe (si existe alguna) entre las normas dictadas en el ámbito local (por el Estado soberano) y aquellas adoptadas en el ámbito internacional (entre Estados soberanos)?

Las teorías dualistas señalan que el Estado es un sistema jurídico distinto, cerrado y autosuficiente. El derecho internacional es un estatuto separado y solo puede afectar o beneficiar a otro Estado, no directamente a las personas. Se manifiesta en la relación entre dos o más Estados (política exterior) y para que estas normas apliquen en un país deben transformarse en una norma nacional[30].

Por otro lado, las teorías monistas afirman que hay un solo sistema jurídico del que son parte tanto el derecho internacional como el nacional. El derecho internacional no requiere de un acto legislativo posterior para tener vigencia en el ámbito interno[31]. Además, puedan hallarse contradicciones en la práctica, en tanto son parte de un único sistema normativo, se debe buscar su unidad y uniformidad.

En cuanto a la relación entre estos estatutos jurídicos, existen diversas posiciones. Hans Kelsen, desde su preocupación por la garantía de la paz

[30] Cfr. Gaete (1996), p. 262.
[31] *Op. cit.*, pp. 263-264.

entre los Estados, propone la primacía del derecho internacional, por lo que el derecho nacional se subordinaría a este[32]. Alfred Verdross, por su parte, fundamenta una forma más moderada de subordinación, en la regla *pacta sunt servanda*[33]. Más moderada, por cuanto no se produciría la nulidad de una norma interna opuesta al derecho internacional, pero sí generaría la responsabilidad del Estado.

La discusión sobre la doctrina que ha adoptado cada país es relevante, especialmente cuando hablamos de derechos humanos y de los tratados que los contienen. Una concepción monista establecerá que estos se incorporan en el derecho interno, con plena vigencia, automáticamente. En cambio, un sistema dualista requerirá siempre una norma interna que los haga aplicable[34].

En Chile la estructura de incorporación de tratados regulada en la Constitución es de naturaleza dualista. Teodoro Ribera señala al respecto que a pesar de las modificaciones en el art. 5° de la Constitución, no existe en el ordenamiento jurídico nacional ninguna disposición que haga "una remisión automática y sin exclusiones al derecho internacional, como orden jurídico autónomo y diverso del derecho interno"[35].

Con todo, la expresa incorporación de límites materiales al poder constituyente ejercido en el proceso actual, relativos al respeto por los tratados internacionales; así como la declaración de la Convención en orden a sujetar su actuar al respeto por los derechos humanos, obligan a la pregunta de cuál es el valor normativo que tendrán los tratados internacionales sobre derechos humanos. Hemos dicho más atrás que estos límites sustantivos carecen de un mecanismo de control que les dé eficacia jurídica, al menos explícitamente. Sin embargo, la cuestión de la relación entre el poder constituyente y los derechos humanos sigue siendo un problema no resuelto en la doctrina, especialmente la legitimidad que tendrían las acciones del constituyente si atentaran contra los derechos humanos. En los siguientes apartados, revisaremos algunas de estas posiciones doctrinarias, para proponer una aproximación al actual proceso constituyente.

### *1. El poder constituyente ilimitado*

La teoría del realismo jurídico niega toda posibilidad de limitar al poder constituyente. El momento fundante sería pura violencia, poder desordenado

[32] Cfr. Kelsen (2021).
[33] Cfr. Verdross (1976), pp. 95-97.
[34] Cfr. Nogueira (1993), p. 894.
[35] Cfr. Ribera (2007), p. 520.

que no puede estar limitado de ninguna forma. No queda circunscrito por la normativa constitucional previa, ni menos por normativa internacional. Incluso más allá del momento fundacional (de la irrupción del poder originario), el poder constituyente derivado no tendría otras ataduras que las que le hubieren sido expresamente impuestas por el constituyente originario[36].

De esta forma, el poder constituyente no estaría limitado por los acuerdos formales con otros pueblos, aunque se encuentren vigentes según la normativa internacional de los tratados. Incluso podría desconocer los derechos humanos. Si el poder constituyente no tiene limitación alguna y, así lo establece, podría constitucionalizar disposiciones frontalmente contrarias a los derechos humanos (por ejemplo, podría negar el ejercicio de la libertad de expresión a través de mecanismos de control y censura previa o establecer la prohibición de profesar religiones distintas a la oficial).

Néstor Sagüés, citando el texto *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, de Charles Eisenmann, señala en el mismo sentido:

> "[…] ninguna regla limita su poder; ninguna obligación jurídica, positiva ni negativa, pesa sobre él; puede incluir o no en la Constitución toda regla que le plazca. Porque es jurídicamente todopoderoso […]"[37].

De tal forma, el poder constituyente se ve como una fuerza que no puede limitarse en su ejercicio. Esto aplica, en lo material, incluso para el poder constituyente derivado.

Para Carl Schmitt, de hecho, el poder constituyente puede adoptar distintas formas: el pueblo, el monarca o, incluso, un grupo de poder dentro del Estado, pero siempre estará "fuera y por encima de toda regulación constitucional"[38].

Antonio Negri afirma en el mismo sentido:

> "El poder constituyente presenta la naturaleza de un poder originario o de un contrapoder absoluto, como potencia ciertamente determinada históricamente, pero, al mismo tiempo, despojada desde el principio de toda trama existencial e instalada en las determinaciones abstractas del acontecimiento puro y de la violencia"[39].

Estos autores consideran que el poder constituyente no puede estar limitado en su ejercicio por normas internas del propio país o de la Carta

[36] Como hemos dicho más atrás, estas ataduras tienen típicamente una naturaleza procedimental.

[37] Sagüés (2009), pp. 152-153.

[38] Schmitt (1982), p. 237.

[39] Negri (2015), p. 12.

Fundamental que le precede, y menos por potencias o normas externas –dentro de las cuales estaría el estatuto jurídico de derechos humanos–. Lo anterior, debido a que el concepto mismo de poder constituyente implica una fuerza extraña al derecho, sin amarras jurídicas. Estas amarras, como es evidente, no pueden provenir ni siquiera del reconocimiento previo de derechos humanos. Todo puede ser decidido por él. La Constitución es la norma más alta y el poder constituyente es anterior a ella, por lo que no puede estar sujeto a sus normas ni tampoco al ordenamiento jurídico que deriva su validez de estas[40].

Respecto de los límites que pueden imponerse al poder constituyente derivado, resulta interesante revisar –aunque sea anecdóticamente– la discusión suscitada en Chile a propósito del caso *La última tentación de Cristo*. En este caso llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, o indistintamente Corte), el Estado fue condenado por infringir la prohibición de censura previa y se le recomendó modificar su normativa respecto a la libertad de pensamiento y expresión[41]. Mientras el caso aún estaba tramitándose en la Corte, en Chile se inició un proceso de reforma constitucional, destinado precisamente a modificar la normativa relativa a este derecho. Durante la discusión del proyecto en el Senado, algunos parlamentarios se manifestaron en contra de la influencia del estatuto de derechos humanos, o de la Corte IDH, mostrando una concepción afín a la que hemos llamado teoría ilimitada del poder constituyente.

En efecto, el entonces senador Andrés Chadwick, afirmó en la sesión:

> "Antes de entrar directamente en el tema, quiero señalar que ella [la reforma] no responde ni obedece a ninguna voluntad externa. No estamos obligados a incorporarla porque existan tratados internacionales sobre la materia, pues ninguno de éstos se halla por sobre la Constitución; ni tampoco porque existan sentencias o porque tribunales internacionales se hayan pronunciado con respecto al asunto. La conocemos por la voluntad soberana que tiene este Parlamento de ejercer su facultad constituyente, sin necesidad de estar subordinado a ninguna legislación internacional ni a ninguna resolución de tribunal internacional. De hecho, esta reforma se está tramitando aquí desde hace bastante tiempo"[42].

En otras palabras, el senador reafirmaba la facultad del Estado, en tanto soberano, para mantener en su orden constitucional, incluso, una norma que fuese contraria a los derechos humanos. Con ello, y más allá de su vo-

[40] Cfr. Oyarte (1998), p. 66.

[41] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001), p. 39.

[42] Biblioteca del Congreso Nacional (2001). Senado. Legislatura 343, Sesión 40.

tación en el proyecto concreto, buscaba aclarar que el ejercicio del poder constituyente no se ve influido por los tratados internacionales de derechos humanos o la jurisprudencia que lo interpreta.

*2. El poder constituyente limitado por convenciones*

En las antípodas de la teoría expuesta en el apartado anterior, se encuentra la noción de que el poder constituyente reconoce límites materiales autoimpuestos (mediante, por ejemplo, convenciones internacionales). El poder constituyente se puede limitar a sí mismo válidamente y, en ese sentido, los tratados no coartan su libertad soberana, toda vez que es él mismo el que ha decidido, también soberanamente, vincularse de este modo. Esto quiere decir que, mientras esté vigente el tratado, no puede, a través del ejercicio del poder constituyente, desdecirse de la obligación internacional. Si quisiera hacerlo, necesitaría cumplir con el procedimiento previamente acordado para abandonarlo.

Para parte de la doctrina, esto sería cierto, no solo respecto del poder constituyente derivado (sobre el cual, naturalmente, podrían regir ciertos límites procedimentales autoimpuestos), sino, también, respecto del poder constituyente originario. En efecto, para autores como Humberto Nogueira, las normas internacionales válidamente ratificadas por un Estado son indisponibles para el poder constituyente, que solo puede decidir con absoluta autonomía y poder sobre las normas internas. Incluso el poder constituyente originario:

> "Queda limitado por obra de la integración previa de determinadas normas internacionales. La decisión de un constituyente de dotar de aplicabilidad irreversible a determinados sistemas normativos internacionales o supranacionales limita el margen de actuación de los poderes constituyentes posteriores, generando un orden jurídico al que las pretensiones innovadoras de un nuevo constituyente no pueden afectar. La obra de un nuevo poder constituyente originario es, en tales casos, la expresión formalizada de una potestad constituyente limitada"[43].

Esta doctrina sobre la validez de las limitaciones convencionales se relaciona con la teoría de los actos propios: "nadie puede ir válidamente en contra de sus propios actos"[44]. En este caso, ni aun el poder constituyente puede desligarse de los tratados –incluidos muy especialmente los tratados internacionales de derechos humanos– si no es por los mecanismos estipulados

[43] Nogueira (2009), p. 251.

[44] Pardo de Carvallo (1991), p. 49. "*Venire contra factum proprium non valet*".

y acordados para ello en el orden internacional. Por lo anterior, la soberanía, manifestada en el poder constituyente o en la creación de una ley, no podría derogar un tratado, desentendiéndose de sus obligaciones internacionales.

La teoría encuentra su correlato normativo en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 que consagra la regla del *pacta sunt servanda*, estableciendo: "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado [...]"[45]. Este principio es elevado a un límite que, incluso, el poder constituyente debe reconocer, condicionando la legitimidad de su ejercicio.

En este contexto, el poder constituyente no podría alterar las normas internacionales que condicionan su acción legítima, como las normas de *ius cogens*, los tratados sobre fronteras y los provenientes de acuerdos incorporados válidamente a la normativa nacional y que no admiten denuncia o revisión. Es en esta decisión del constituyente, en la de aplicar normas de carácter irreversible –como el estatuto de derechos humanos–, en la que se justificaría la limitación de su posterior ejercicio. Las acciones previas del poder constituyente van creando un ordenamiento jurídico complejo, compuesto de principios, derechos, valores y normas, que, precisamente por hallarse más allá de los límites de las normas internas respecto de las cuales puede ejercer su poder omnímodo, no son disponibles ni pueden ser afectados por un nuevo ejercicio de poder constituyente[46].

Nuevamente, puede ser ilustrativo acudir al debate producido en el seno del Congreso Nacional, a propósito de la reforma constitucional que eliminó la censura cinematográfica. Durante el paso del proyecto por el Senado, contra lo que argumentado por el senador Andrés Chadwick (y que hemos citado más atrás), el entonces senador José Antonio Viera-Gallo señaló, para sustentar su posición en favor de la reforma:

> "Yo estimo, a diferencia del Senador señor Chadwick –único punto en esta materia respecto del cual difiero con él– que estamos dando cumplimiento a una sentencia de dicha Corte. Y no podríamos proceder de otra manera, porque Chile voluntariamente se sometió a su jurisdicción. Es decir, firmó un tratado, no sólo referente a la creación de dicho tribunal, sino que se sometió a su jurisdicción. El Estado chileno fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y nosotros estamos dando cumplimiento a dicho fallo mediante un acto positivo, que es eliminar la censura"[47].

[45] Convención de Viena (1969), arts. 27 y 46.
[46] Cfr. Nogueira (2009).
[47] Biblioteca del Congreso Nacional (2001). Senado. Legislatura 343, Sesión 40.

En otras palabras, lo que reconocía, entonces, era el deber del poder constituyente de adecuar su actuar a las obligaciones internacionales del Estado de Chile y, en específico, al respeto debido a los derechos humanos. Ello, incluso, bajo la forma de una interpretación concreta de la Corte. La voluntad soberana del constituyente de mantener una norma contraria a dicho estatuto no sería voluntad legítima ni, por tanto, invocable para excepcionarse.

La Corte IDH, a través de diversos pronunciamientos, ha ejercido su potestad de tutelar los derechos humanos –específicamente, de aquellos estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH o indistintamente la Convención)– incluso frente a decisiones constituyentes de los Estados. Por ejemplo, durante la elaboración de la Constitución de 1993, el Congreso Constituyente de Perú quiso restablecer la pena de muerte en ciertos casos. La Corte IDH, a solicitud de la CIDH, analizó el alcance de las obligaciones de promoción y respeto por los derechos humanos derivadas de la CADH. En la opinión consultiva 14/94 señaló que, si las obligaciones adquiridas por un Estado al suscribir la Convención consisten en adoptar medidas para su aplicación, ellas importan también (y con mayor razón) una obligación de no adoptar medidas que vayan en contra del su objeto y fin de la misma Convención. Resolvió, además, que la eventual promulgación de una reforma que es manifiestamente contraria a las obligaciones que ha suscrito Perú, constituiría una violación a la Convención que generaría responsabilidad internacional[48].

Lo mismo ocurrió en el proceso de reforma constitucional de Costa Rica que, reconociendo implícitamente que los tratados suscritos por el Estado importan un límite al ejercicio del poder constituyente, consultó a la Corte la compatibilidad de la propuesta de reforma con la Convención. En esa consulta, la Corte concluyó que la modificación al art. 14.4 de la Constitución, era contraria a la Convención[49]. Durante el proceso legislativo, la reforma fue ajustada, aunque en un modo que no daba suficiente cuenta de las objeciones dirigidas a ella por la Corte IDH. No obstante, en 1992 una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica n.° 3435-92 hizo eco de las objeciones de la Corte IDH resolviendo que los términos 'hombre' o 'mujer', habrían de entenderse como sinónimos de 'persona', para evitar incurrir en discriminaciones por razón de género. Finalmente, en 1999 el

[48] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos (1994).

[49] Véase en Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984).

"Que sí constituye discriminación incompatible con los artículos 17.4 y 24 de la Convención estipular en el artículo 14.4 del proyecto condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges".

Congreso aprobó la ley de reforma constitucional n.° 7065 que incorporó una norma al tenor de la opinión de la Corte IDH.

Todos estos son casos en que el ejercicio del poder constituyente se ha entendido a sí mismo como supeditado a las obligaciones internacionales que, en materia de derechos humanos, han adquirido los Estados. Con efectos más o menos directos, la interpretación que la Corte IDH hizo del contenido de estos derechos se impuso al poder constituyente. Con todo, los pronunciamientos de la Corte IDH no recaen (no pueden recaer) sobre la validez interna o efectos jurídicos de la ley desde el punto de vista del derecho interno. En palabras de la misma Corte IDH, "esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho"[50].

Sin perjuicio de lo anterior, Carlos Ayala –comisionado de la CIDH entre los años 1996 a 1999– ha prevenido que, si bien se puede denunciar un tratado de derechos humanos siguiendo las formalidades establecidas en él, esto no tendrá vigencia inmediata, ni liberara al Estado de las obligaciones que se haya asumido mientras estuvo vigente. Tampoco hace perder a los derechos fundamentales reconocidos en el tratado denunciado,

> "Su condición de derechos inherentes a la persona humana y, por tanto, su condición de derechos constitucionales tutelables en todo momento en el orden interno constitucional"[51].

### *3. El poder constituyente determinado por un contenido*

Finalmente, entre estas dos posiciones dicotómicas (limitado versus ilimitado) aparece una tercera que permite compatibilizar por un lado el ejercicio democrático y soberano del poder constituyente y, por otro, el carácter indisponible de los derechos humanos. Esta posición surge de la idea de que los pueblos, como titulares del ejercicio del poder constituyente, construyen una identidad que puede, incluso, limitar su actuar, ya no por razones externas a su voluntad democráticamente manifestada, sino por construcciones internas, derivadas precisamente de su voluntad persistente en el tiempo.

Esta teoría parte de la noción de que los pueblos pueden autodeterminarse libremente. Pero las sociedades, los pueblos, los Estados, no existen en un mundo ideal o abstracto, ni actúan en el vacío. Son entes relacionales que existen en un mundo de constante interacción y diálogo con otros. En ese diálogo, van construyendo su identidad, sus intereses y dotando de conte-

[50] Corte Interamericana de Derechos Humanos (1994), párr. 34.
[51] Ayala (2002), p. 35.

nido al poder constituyente. Hay cosas que se transforman en indisponibles para este, porque son parte de la identidad de la ciudadanía, que le da vida.

Lo anterior encuentra sus fundamentos teóricos en la doctrina constructivista. De acuerdo con esta doctrina, no solo los individuos, sino que, también, los entes colectivos (los Estados, los pueblos) desarrollan identidades, es decir, autocomprensiones relativamente estables, intereses y preferencias frente situaciones particulares de actuación[52]. La identidad, como es evidente, no es estática, sino que depende del desarrollo de la historia, la cultura, la política y el contexto social. Sin embargo, va adquiriendo estabilidad, toda vez que corresponde a una construcción intersubjetiva, moldeada por la conducta del colectivo, pero indisponible para el Estado[53].

La pregunta, entonces, ya no es si el poder constituyente puede, en un sentido de validez jurídica, tomar tal o cual decisión. La pregunta es si el poder constituyente puede, en un sentido fáctico, tomar tal o cual decisión. Dicho de otro modo, no nos hallamos ya en el plano abstracto de las potestades jurídicas que determinan la validez de una decisión. Por el contrario, nos situamos en el plano del espectro de decisiones que verdaderamente están a disposición el poder constituyente. El punto, para ejemplificarlo, no es si teóricamente puede la Convención restaurar la esclavitud en Chile, sino, más bien, si el poder constituyente chileno, en esta coyuntura particular, tomando en cuenta su historia e identidad colectivamente construida, tiene en realidad esa alternativa.

La respuesta desde este punto de vista sería que no. El poder constituyente no es ajeno a esa identidad y, por lo mismo, actúa conforme a ella. La evolución histórica, el respeto de los derechos humanos, el reconocimiento de normas de *ius cogens*, son elementos esenciales de la identidad del pueblo chileno.

Esto permite resolver, al menos parcialmente, la pregunta inicial acerca de los límites materiales al proceso constituyente. Veremos en el apartado siguiente que la exigencia de respetar los tratados internacionales que se encuentran vigentes –al menos aquellos sobre derechos humanos– no se erige como un límite extraño ni antidemocrático al poder constituyente, sino como la expresión de su contenido identitario. El proceso constituyente nace, entre otras demandas, en medio del clamor ciudadano por el respeto de los derechos humanos. Adicionalmente, la falta de mecanismo de control, que dote estos derechos de vinculatoriedad coercitiva, no importa un vaciamiento del contenido respetuoso de los derechos humanos, toda vez que su directa violación se erige como una decisión indisponible para el poder constituyente.

[52] Wendt (1992), p. 399.
[53] Cfr. Hopf (1998), pp. 175-177.

## IV. Los derechos humanos como contenido compatible con el ejercicio democrático del poder constituyente. La identidad del pueblo de Chile

La pregunta inicial de este trabajo, acerca del papel que representan los derechos humanos en el proceso constituyente chileno, puede tener ahora una respuesta un poco más satisfactoria. Especialmente ante la dualidad de la naturaleza del poder constituyente que se ejerce –originario en cuanto innovador y derivado en cuanto institucional–, ante la imposibilidad de determinar si habrá sido originario hasta que "se abra la caja" del constituyente de Erwin Schrödinger. La falta de límites sustantivos, jurídicamente vinculantes y jurisdiccionalmente controlables no importa un vaciamiento de la identidad del ente colectivo que es titular del poder constituyente (y quizá por primera vez lo ejerce). No implica la ausencia de los derechos humanos, como determinantes de la acción democrática del pueblo.

Tanto es así, que, como hemos visto, ha sido la misma Convención la que ha hecho propio el criterio de primacía de los derechos humanos para su funcionamiento, instaurándolo como el primer principio rector de su reglamento general[54]. No solo eso, sino que dentro de los temas mínimos que deberán abordar las distintas comisiones, ha asignado un lugar especial a cuestiones cruciales como la "integración de fuentes del derecho internacional de los Derechos Humanos"[55] (para la Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía). Adicionalmente –y a pesar de que, como hemos dicho, la falta de constitucionalización de un derecho humano no importa una vulneración de este–, la Convención ha incluido, como temas mínimos a tratar por la Comisión sobre Derechos Fundamentales, un completo catálogo de derechos humanos[56].

Lo anterior resulta coherente con el lugar que los derechos humanos han ocupado en la historia reciente de nuestro país. Tanto durante los años de dictadura, como en la transición, la exigencia por el respeto, protección y promoción tuvo un lugar central en la articulación de una nueva ciudadanía. Las demandas por justicia, hoy, se han traducido al lenguaje de los derechos humanos.

Lo anterior se vio reflejado también en las movilizaciones ciudadanas que se encuentran en el origen del proceso constituyente. Patricio Fernán-

[54] Reglamento General de la Convención Constitucional de Chile (2021), art. 3°, letra a).

[55] *Op. cit.*, art. 63, letra e).

[56] *Op. cit.*, art. 65.

dez, actual convencional constituyente, en sus fragmentos escritos sobre las movilizaciones de octubre de 2019, inicia un pasaje sobre el 25 de aquel mes con las siguientes palabras:

> "Me siento parte de ese Chile que viene marchando desde finales de la dictadura, primero para sacar a Pinochet, después para exigir justicia por las violaciones a los derechos humanos y, una vez recuperada la democracia, para ir superando la herencia moral, cultural y legal de la dictadura. [...] Marché contra Barrancones, contra HidroAysén, con las diversidades sexuales. Durante el 2011 no creo haber faltado a ninguna marcha de los estudiantes. Marché en contra de las AFP y con las mujeres [...]"[57].

Existe, pues, una continuidad histórica, al menos percibida, en las demandas por el respeto de los derechos humanos de las últimas décadas. Con todo lo que puede haber cambiado en la historia, la cultura, la política y, en general, el contexto social de nuestro país –es decir, en los elementos determinantes de la identidad del pueblo de Chile–, los derechos humanos aparecen como una constante, un rasgo estable a lo largo del tiempo. Un núcleo identitario que dota de contenido el ejercicio del poder constituyente, a la vez que le resulta indisponible.

## V. El papel que pueden cumplir los DDHH en la nueva Constitución. Propuestas normativas

Hemos dedicado las páginas anteriores a discutir cuál sería el papel que le cabría a los derechos humanos como límites (o, como hemos llegado a llamarlos, contenidos indisponibles) del ejercicio del poder constituyente. Sin embargo, esta dimensión, puramente negativa, no permite darles un espacio relevante en el orden constitucional que resulte del proceso. Nos parece ineludible, en este contexto, elaborar algunas propuestas para que los derechos humanos informen también la nueva Constitución, de modo que ella sea un vehículo para asegurar su pleno respeto, protección y promoción (especialmente de cara a la discusión que haya de producirse en el seno de la Comisión sobre Principios Constitucionales, Democracia, Nacionalidad y Ciudadanía).

A continuación, proponemos algunas ideas que, a nuestro parecer, permitirían avanzar en un compromiso más profundo de nuestro Estado con los derechos humanos.

[57] Fernández (2020), p. 38.

*i. Establecer un catálogo abierto de derechos humanos, de modo que se vayan incorporando a la Constitución en la medida que se produzca su reconocimiento formal, a través de tratados internacionales*

Esto implica la incorporación de derechos, con rango constitucional, a lo largo del tiempo. Entendiendo, como hemos señalado, que la identidad del Estado y la soberanía no son conceptos fijos y que se van nutriendo en la historia, los derechos humanos

> "No pueden ser enumerados taxativamente de una vez y para siempre, por cuanto los seres humanos en el desarrollo histórico y de su conciencia, podrán ir perfeccionando los existentes y desarrollando otros nuevos"[58].

Su reconocimiento posterior, a través de la suscripción soberana de instrumentos internacionales en la materia, merece tener un correlato en el rango normativo que se le entrega a los derechos.

En el ámbito comparado, hay constituciones que han reconocido expresamente este principio. La Constitución de Ecuador de 2008, en su art. 11 n.° 7, señala:

> "El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento"[59].

Por su parte, la Constitución de Uruguay en su art. 72, precisa:

> "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"[60].

*ii. Establecer claramente que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional*

La introducción de una norma constitucional en este sentido presenta importantes ventajas. Una de ellas, en la línea con lo anterior, es la de entregar a los derechos humanos un peso normativo coherente con su esencia, como

[58] Cumplido y Nogueira (2001), p. 112.
[59] *Constitución de la República del Ecuador* (2008), art. 11 n.° 7.
[60] *Constitución de la República Oriental del Uruguay* (2004), art. 72.

protectores de un núcleo intocable de dignidad de las personas. Sin embargo, existe el peligro de que la consagración de su rango constitucional contamine la norma fundamental con el déficit democrático que se ha criticado al resto del orden internacional. El problema del déficit democrático se ha caracterizado tradicionalmente como un problema de afectación de la soberanía por parte de organismos internacionales no legitimados democráticamente[61]. Contra ello, resulta fundamental consagrar ciertas reglas básicas para la aprobación de estos tratados. Para solucionar la deficiente legitimación democrática de los tratados internacionales, es necesario avanzar en al menos tres directrices:

a) Excluir categóricamente la posibilidad de celebración de tratados sobre derechos humanos dentro del ejercicio de la potestad reglamentaria. Lo contrario, implicaría habilitar al Presidente a producir reformas constitucionales sin sujetarse a los procedimientos democráticos para ello previstos. Adicionalmente, la naturaleza de las obligaciones contraídas mediante la celebración de tratados internacionales no se condice con la reversibilidad esencial de un ejercicio de potestad reglamentaria[62].
b) Fortalecer la participación del Poder Legislativo en la negociación, aprobación, formulación de reservas y declaraciones interpretativas y retiro de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Lo anterior, en coherencia con la idea de que, a través de su celebración, se estaría reformando la Constitución.
c) Que cualquier nuevo mecanismo de reforma a la Constitución que se establezca en ella, especialmente los mecanismos de democracia participativa (por ejemplo, plebiscitos sancionatorios en razón de ciertas materias), se aplique también a los tratados internacionales sobre derechos humanos, *mutatis mutandi*.

Para ejemplificar esta medida, el caso de Guatemala es ilustrador. En su Constitución de 1993, consagra en el art. 46:

> "el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno"[63].

Nos parece, sin embargo, que no puede dotarse a los tratados de rango supraconstitucional.

[61] Cfr. Barón (2009).
[62] Cfr. Aldunate (2010).
[63] *Constitución Política de la República de Guatemala* (1993), art. 46.

*iii. Exigibilidad de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales*

En la medida que en la nueva Constitución se consagren vías eficaces para exigir por la vía jurisdiccional la protección y garantía de los derechos constitucionales, sin limitarlo a un catálogo taxativo (como sucede actualmente con la acción constitucional de protección), las mismas vías debiesen estar disponibles para los derechos humanos incorporados a través de este catálogo abierto conformado por instrumentos internacionales.

*iv. Reconocimiento expreso de la competencia de la Corte IDH y de la CIDH*

Sin perjuicio de la importancia que estas instituciones tienen para el adecuado principio y comprensión de los derechos humanos en el sistema americano, el reconocimiento de su competencia debe armonizarse con el ejercicio democrático de la soberanía del pueblo. Entendiendo que estas operan supletoriamente a los órganos jurisdiccionales chilenos.

*v. Establecer mecanismos claros para la ejecución de las sentencias internacionales en derechos humanos*

Esta materia fue objeto de un proyecto de ley que no avanzó en el Congreso, y que buscaba regular cuándo y ante qué organismos internacionales se puede recurrir, así como la colaboración directa con los tribunales nacionales para su ejecución[64]. Esta regulación es vital para que el estatuto jurídico de derechos

[64] *Boletín* n.º 2809/07 (2001). Se encuentra en el primer trámite constitucional paralizado desde 2008. Art. 61: "Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos asegurados por la Constitución o los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes, de acuerdo con el artículo 5.º inciso 2.º de la Constitución, puede recurrir a los organismos y tribunales internacionales a los que el Estado de Chile ha reconocido expresamente jurisdicción o competencia en tales convenciones; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como a aquellos que en el futuro el Estado de Chile reconozca a través de tratados internacionales que ratifique y se encuentren vigentes en el orden internacional. Ejecución y cumplimiento de las resoluciones de organismos y tribunales internacionales. Artículo 62: La resolución del organismo o corte internacional a cuya jurisdicción obligatoria se encuentra sometido el Estado de Chile, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento previo alguno. La Corte Suprema de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo o Corte Internacional, disponiendo su ejecución y cumplimiento inmediato de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes para ejecución de sentencias de la misma Corte". Artículo 63: "Es obligación de la Corte Supre-

humanos sea efectivo, siendo necesario que Chile establezca expresamente y articule mecanismos idóneos "(asegurando su cabal operatividad) para respetar y cumplir las sentencias dictadas por los tribunales internacionales de derechos humanos"[65]. Ello puede implicar, por ejemplo, la intervención del Ombudsperson (o la Defensoría del Pueblo) como mediador, ejerciendo un papel tutelar sobre el avance de las medidas de cumplimiento.

*vi. Reconocimiento de un principio de convencionalidad suave, únicamente respecto de las obligaciones que imponen los tratados internacionales sobre derechos humanos*

El control de convencionalidad es un mecanismo que obliga a los Estados a verificar la conformidad del ordenamiento jurídico interno con la jurisprudencia y los parámetros señalados por la jurisprudencia especializada, como la Corte IDH[66]. Este control se justifica en el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos.

El caso Almonacid versus Chile, fue el primero en que la Corte IDH utilizó la idea de control de convencionalidad. Su desarrollo jurisprudencial posterior no ha sido perfectamente consistente, sin perjuicio de lo cual, la esencia de la naturaleza de este control y la obligación que importa para los Estados se refleja en dicha sentencia.

> "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos [...] En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"[67].

Existen ejemplos, en derecho comparado, de recepción del principio de convencionalidad y la construcción de sentencias armónicas con el dere-

ma de Justicia y del Tribunal Constitucional de la República, el de cumplir con la remisión a los organismos y tribunales internacionales señalados en el artículo respectivo, las resoluciones, documentos y demás antecedentes utilizados en el o los procesos que originaron la petición, así como todos los otros elementos que a juicio del organismo o Corte Internacional requiere para su ilustración o para mejor resolver el asunto sometido a su jurisdicción y competencia".

[65] Bazán (2009), p. 77.

[66] Cfr. Nash, Milos, Nogueira y Núñez (2012), pp. 51-52.

[67] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), párrafo 124, p. 53.

cho internacional. Por ejemplo, la Suprema Corte de México, ha señalado que los criterios interamericanos son vinculantes para todos los jueces de México, incluso, aunque el país no haya sido parte en el caso[68]. De acuerdo con Diego García-Sayán, lo mismo se ha establecido por la jurisprudencia de las cortes colombianas y peruanas[69].

Adicionalmente, la Constitución peruana ha establecido una norma expresa de interpretación conjunta de los tribunales nacionales e internacionales. En su art. 4°, disposiciones finales y transitorias 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"[70].

En la medida en que las normas sobre derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales se entendieran incorporadas al ordenamiento jurídico y que gocen de rango constitucional, el control de legalidad y de constitucionalidad importaría también la verificación del cumplimiento de normas sobre derechos humanos. El control de convencionalidad agregaría a este esquema, únicamente, el papel que las sentencias de cortes internacionales especializadas representen para la aplicación de las normas en el ámbito interno.

### *vii. La creación del "Ombudsperson" o Defensoría del Pueblo*

Esta institución se ha establecido en el ámbito comparado por distintos países. Colombia y Paraguay lo regulan bajo el nombre de Defensoría del Pueblo, mientras que en Bolivia, Ecuador y Venezuela se le llama Defensoría de los Habitantes. En Europa también se ha contemplado esta figura en países como España, Francia y Portugal[71].

A pesar de que en cada país tiene una regulación distinta su presencia y actuación resultan positivas para:

> "La defensa de los derechos humanos, la consolidación de la estructura democrática, el control de las administraciones estatales y demás organismos públicos; por supuesto, siempre que sea independiente en su fun-

[68] Contradicción de Tesis 293/2011 (2013).
[69] Cfr. García-Sayán (2014), p. 55.
[70] *Constitución Política del Perú* (1993), art. 4° de las disposiciones finales y transitorias.
[71] Cfr. Bazán (2009), pp. 71-72.

cionamiento, cuente con prerrogativas de inmunidad e inviolabilidad que la resguarden de presiones y eviten que su autonomía se vea minada"[72].

Su objetivo es la defensa y promoción de los derechos humanos en el ámbito interno. No tiene capacidad coercitiva, sino, más bien, trabaja sobre la base del diálogo institucional y por medio de recomendaciones. Busca ser una instancia de garantía frente al Estado, influir en la opinión pública y aportar en el fortalecimiento de los derechos humanos y la democracia.

## VI. Conclusiones

La relación entre el poder constituyente y los derechos humanos no es un tema resuelto. Apunta a cuestiones mucho más profundas, acerca de la naturaleza del poder constituyente y de la existencia o ausencia de límites a lo que puede hacer. Este trabajo, como declaráramos al comienzo, no pretende haber agotado la discusión. Todo lo contrario. Lo revisado acerca del proceso constituyente chileno probablemente abre más preguntas, desafiando algunas concepciones más tradicionales, rígidas, sobre poderes constituyentes originarios y derivados, así como de la naturaleza limitativa o habilitante de los derechos humanos.

Sí quisiéramos haber aportado al debate, a través de la noción constructivista de identidad, más allá de las posiciones dicotómicas de originario-derivado, ilimitado-limitado. Creemos que esta aproximación, desde las posibilidades reales del poder constituyente, de cara a su historicidad y carácter contingente, resultan más adecuadas para comprender el fenómeno chileno, en sus particularidades y su estado actual, abierto.

A su vez, hemos intentado incorporar algunas propuestas para la nueva Constitución. Ello, en la convicción de que el orden internacional de los derechos humanos puede ayudar, no solo al diseño de una Constitución que refleje los actuales anhelos ciudadanos por mayor justicia, sino que la dote de suficiente flexibilidad para acompañarlos en las décadas venideras, profundizando el compromiso de nuestra democracia con la dignidad.

## Bibliografía

Aldunate, 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*, vol. 16, n.° 2.

[72] Bazán (2009), p. 72.

Ayala, Carlos (2002). *Las consecuencias de la jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos*. Expresidente de la Comisión Interamericana de Derecho. Disponible en www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Ayala-speech.pdf [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].

Barón, Alejandro (2009). "El problema del déficit democrático y su resolución parlamentaria en el seno de la Unión Europea". *Revista Española de Relaciones Internacionales*, n.° 1.

Bazán, Víctor (2009). "El estado de derecho como zona de interacción de la democracia, la Constitución, la justicia constitucional y la protección de los derechos fundamentales". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.° 11. Disponible en www.corteidh.or.cr/tab las/r25577.pdf [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].

Cumplido, Francisco y Humberto Nogueira (2001). *Instituciones políticas y teoría constitucional*. Talca: Editorial Universidad de Talca, tomo ii.

Fernández, Patricio (2020). *Sobre la marcha. Notas acerca del estallido social en Chile*. Santiago: Editorial Debate.

Gaete, Eugenio (1996). "Derecho internacional y derecho de los Estados. Incorporación de los Derechos humanos". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n,° 2/3, tomo i.

García-Pelayo, Manuel (1948). "Constitución y derecho constitucional: (Evolución y crisis de ambos conceptos)", *Revista de Estudios Políticos*, n.° 37-38.

García-Sayán, Diego (2014). "Exámenes del horizonte. Logros y retos internacionales, en La reforma de la Comisión Interamericana de Derechos humanos", *Revista de la Fundación para el Debido Proceso*, vol. 7, n.° 19.

Hernández, Rubén (1993). "El poder constituyente derivado y los limites jurídicos del poder de reforma constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, n.° 37.

Hopf, Ted (1998). "The Promise of Constructivism in International Relations Theory". *International Security*, vol. 23, No. 1.

Jackson, Robert (1990). *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World*. Cambridge, Cambridge University Press.

Kelsen, Hans (2021). *The problem of sovereignty and the theory of international law: a contribution to a pure theory of law*. Edit. by Paul Silverman. Oxford: Oxford University Press.

Locke, John (2014). *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, 3ª ed. trad. Carlos Mellizo. Madrid: Editorial Alianza.

Lucas, Pablo (1983). *Curso de derecho político*. 3ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, vol. ii.

Matteucci, Nicola (1982). "Soberanía", en Norberto Bobbio y Nicola Matteucci (eds.). *Diccionario de política*. México: Siglo Veintiuno Editores. En De Derechos Instituto Interamericano de Derecho Humanos (Sin información): "*Soberanía*".

Disponible en www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/soberania.htm [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].

Nash, Claudio, Catalina Milos, Andrés Nogueira y Constanza Núñez (2012). *Derecho internacional de los derechos humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Santiago: Centro de Derechos humanos. Disponible en www.cdh.uchile.cl /media/publicaciones/pdf/91.pdf [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].

Negri, Antonio (2015). *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Editorial Traficantes de Sueños.

Nogueira, Humberto (1993). "Constitución y derecho internacional de los derechos humanos". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, n.° 2/3.

Nogueira, Humberto (2009). "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional". *Ius et Praxis*, año 15, n.° 1.

Oyarte, Rafael (1998). "Límite y limitaciones al Poder constituyente". *Revista Chilena de Derecho*, Número especial.

Pardo de Carvallo, Inés (1991). "La doctrina de los actos propios". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xiv. Disponible en www.rdpucv.cl/index.php /rderecho /article/viewFile/244/225 [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].

Philpott, Daniel (1995). "Sovereignty: An Introduction and Brief History". *Journal of International Affairs*, vol. 48 No. 2.

Ribera, Teodoro (2007). "La incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico chileno". *Revista de Derecho Público*, tomo i, vol. 69.

Rousseau, Jean-Jacques (2012): *Del contrato social*. 3ª ed. trad. Mauro Armiño. Madrid: Editorial Alianza.

Sagüés, Néstor (2009). "Notas sobre el poder constituyente irregular". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año xv. Montevideo. Disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/r23519.pdf [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].

Sieyès, Emmanuel (2019). *¿Qué es el Tercer Estado?* trad. Lidia Vásquez Jiménez. Madrid: Editorial Alianza.

Schmitt, Carl (1982). *Teoría de la Constitución*. 3ª ed. Madrid: Alianza Editorial. Disponible en www.pdf-archive.com/2012/04/16/libro-carl-schmitt-teoria-de-la-constituci-n/libro-carl-schmitt-teoria-de-la-constituci-n.pdf [fecha de consulta: 30 de septiembre 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.° 2-3. Disponible en https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14586/000177022.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021].

Verdross, Alfred (1976). *Derecho internacional público*. 6ª ed. Madrid: Editorial Aguilar.

Wendt, Alexander (1992). "Anarchy is what States make of it: The Social Construction of Power Politics". *International Organization*, vol. 46, No. 2.

Zapata, Patricio (2020). *La casa de todos y todas.* Santiago: Ediciones Universidad Católica.

## *Otros*

Biblioteca del Congreso Nacional (2001). Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística. *Historia de la ley*, n.° 19742 Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6015/ [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984). Opinión consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Solicitada por el gobierno de Costa Rica.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1994). Opinión consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994: Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos humanos.

## *Jurisprudencia*

Contradicción de Tesis 293/2011 (2013): Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 3 de septiembre de 2013. SCJN determina que las normas sobre derechos humanos contenidas en Tratados Internacionales tienen rango constitucional.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). Olmedo Bustos y otros con Chile, 5 de febrero de 2001. Demanda por incumplimiento de las obligaciones internacionales y violación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Almonacid con Chile, 26 de septiembre de 2006. Demanda por incumplimiento de las obligaciones internacionales y violación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].

## *Norma*

Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, resolución 217 A (III) de 10 diciembre.

*Boletín* n.° 2809/07 (17/10/2001). Proyecto de ley sobre acciones constitucionales de amparo o habeas corpus y de protección. Disponible en www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=3097& prmBL=2809-07 [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].

*Constitución de la República del Ecuador* (2008). Registro Oficial n.° 449 del 20 de octubre de 2008. Última modificación el 13 de julio de 2011.

*Constitución de la República Oriental del Uruguay* (2004). Constitución de 1967, con las modificaciones plebiscitadas del 26 de noviembre de 1989, del 26 de noviembre de 1994 y del 8 de diciembre de 1996.

*Constitución Política de la República de Guatemala* (1993): Acuerdo legislativo n.° 18-93.

*Constitución Política del Perú* (1993).

Convención de Viena (1969). "Sobre el derecho de los tratados". *U.N. Doc, A/CONF.* vol. 39. No. 27. 1155 U.N.T.S. 331 de 23 de mayo.

Decreto n.° 100 (2005). Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile de 22 de septiembre.

Pacto de San José (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponible en www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Reglamento General de la Convención Constitucional (2021). Disponible en www.chileconvencion.cl/documentos/normas-y-reglamentos/ [fecha de consulta: 10 de octubre de 2021].

# ESTUDIOS Y ENSAYOS

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

# DERECHO HUMANO AL AGUA: LOS DESAFÍOS PARA SU INTEGRACIÓN EN LA INSTITUCIONALIDAD PÚBLICA DEL AGUA EN CHILE

# HUMAN RIGHT TO WATER: THE CHALLENGES FOR ITS INTEGRATION IN THE PUBLIC WATER INSTITUTIONAL FRAMEWORK IN CHILE

*Camila Boettiger Philipps*[*]

Resumen: Este trabajo tiene por objetivo analizar el papel institucional del Estado respecto del derecho humano al agua y al saneamiento, en cuanto articulador de los usos del agua como bien nacional de uso público. Esto se da en el marco de una profunda crisis hídrica en la zona central del país, que ha producido en varios casos la judicialización del acceso al agua para consumo humano, y la discusión de propuestas para incluir este acceso como derecho dentro de la normativa constitucional y legal, en paralelo con otras que buscan modificar la institucionalidad pública asociada al recurso hídrico. Para ello, primero se expone el contenido del derecho humano al agua conforme a acuerdos internacionales y jurisprudencia reciente de la Corte Suprema; posteriormente, se analiza la regulación institucional asociada al acceso al agua para consumo humano en nuestro país, finalizando con algunas consideraciones para integrar la solución de este problema al cambio en el diseño regulatorio del sector.

Palabras clave: Derecho humano al agua, priorización de usos del agua, diseño institucional, gestión de recursos hídricos.

[*] Abogada. Magíster en Ciencia Jurídica y Doctora en Derecho PUC. Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, y profesora investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: cboettiger@udd.cl

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the institutional role of the State with respect to the human right to water and sanitation, as an articulator of the uses of water as a national public good. This occurs in the context of a deep water crisis in the central zone of the country, which has produced in several cases the judicialization of access to water for human consumption, and the discussion of proposals to include this access as a right within the constitutional and legal regulations, in parallel with others that seek to modify the public institutionality associated with water resources. To this end, first the content of the human right to water will be explained according to international agreements and recent jurisprudence of the Supreme Court is presented, followed by an analysis of the institutional regulation associated with access to water for human consumption in our country, ending with some considerations for integrating the solution of this problem into the change in the regulatory design of the sector.

Keywords: Human right to water, prioritization of water uses, institutional design, water resources management.

## Introducción

La zona central de Chile lleva más de diez años con la peor sequía de nuestra historia; con la posibilidad que esta situación se convierta en permanente debido al cambio climático y la insuficiente recarga de nuestras fuentes naturales, la realidad de una emergencia agrícola y sanitaria ya no es eventual. Tenemos una situación de escasez grave, producto de la cual estamos perdiendo flora y fauna nativa, muerte de ganado por falta de comida y dificultad de abastecimiento de agua en zonas rurales, entre otros efectos negativos.

¿Por qué estamos frente a una crisis hídrica? Son varios los factores que confluyen. En primer lugar, está el físico: la "mega sequía" que afecta principalmente la zona centro del país, que este año en algunas cuencas alcanza un 75 % de déficit[1]; el principal efecto del cambio climático en Chile es justamente la afectación de los ciclos hidrológicos de las cuencas, con una disminución de lluvias, deshielo anticipado de nieve y glaciares y aumento de temperaturas promedio[2], situación que, al parecer, será más permanente que transitoria[3].

[1] Dirección General de Aguas (2021).
[2] Stehr *et al*. (2019), p. 8.
[3] Centro de Ciencia del Clima y la Resiliencia (CR)2 (2015), p. 26.

En segundo lugar, la demanda por el agua en Chile ha crecido aceleradamente, junto con el crecimiento económico y poblacional, ejerciendo presión sobre los sistemas hídricos a nivel superficial y subterráneo, la que no ha sido acompañada de una gestión integrada que incentive un uso eficiente o sustentable. En tercer lugar, esta situación se ha visto agravada por problemas estructurales que presenta la institucionalidad que debe gestionar el recurso, así como por las características del sistema de derechos de aprovechamiento actual; ambos diseños no se condicen con el esquema más moderno que se ha adoptado en otros países para hacer frente a este escenario[4].

En ciertas zonas del país, muchas personas no cuentan con agua potable o servicios de alcantarillado suficientes. Sobre todo en zonas rurales, si bien el 53 % de esta población recibe suministro de la red pública, el abastecimiento directo a través de pozos o norias es alto (28 %), así como de aguas superficiales como ríos, esteros o lagos (12 %), ambas fuentes expuestas a la disminución de recarga natural explicada previamente; más precario aún, es la dependencia de camiones aljibes de un 7 % de la población rural[5].

Esta realidad ha llegado al ámbito jurídico, esencialmente en dos frentes. Uno, la judicialización del derecho humano al agua, a través de recursos que se han entablado tanto en contra de otros usuarios o titulares de derechos de aprovechamiento como contra autoridades municipales, regionales y ministeriales, para lograr un abastecimiento mínimo de agua en ciertas localidades donde la crisis hídrica es ya parte de la vida cotidiana[6]. Aquí la discusión respecto a la existencia de un derecho humano al agua y al saneamiento aporta elementos esenciales que deberían darse en el acceso de las personas a este recurso, además de engarzar con la problemática de la priorización del uso del agua para consumo humano versus otras actividades, productivas o que aportan a funciones ecosistémicas, ante la escasez de agua.

El segundo frente es el cambio de la institucionalidad pública a cargo de la gestión y protección de los recursos hídricos. Existe un diagnóstico bastante transversal[7] de que la organización actual no es suficiente para enfrentar la crisis hídrica y solucionar problemas que se arrastran hace tiempo, entre ellos el asegurar el acceso al agua de los grupos más vulnerables[8]. Este año el gobierno ha anunciado crear una nueva institucionalidad pública que

[4] Banco Mundial (2013), pp. 44-45.

[5] Datos de Compromiso País - Mesa 1 (2020), pp. 99-100.

[6] Los recursos citados, de hecho son todos de la Región de Valparaíso, específicamente de las comunas de Petorca y Nogales.

[7] Banco Mundial (2011); Banco Mundial (2013); Fundación Chile (2019).

[8] Banco Mundial (2013), p. 12.

se encargue del manejo del recurso[9]; siendo al menos más de cuarenta los organismos que tienen algún grado de injerencia en el uso del agua en Chile, este es un cambio urgente y necesario para enfrentar el nuevo escenario hidrológico y de desarrollo del país. En paralelo, tenemos la discusión constitucional en la cual la regulación del agua promete ser uno de los temas centrales y específicamente, el derecho humano o el acceso al agua será parte importante de ella[10]. Por lo mismo, se debe tener cuidado en el diseño institucional que se adopte, para que este realmente funcione y pueda hacerse cargo tanto técnica como institucionalmente, permitiendo proveer y proteger un recurso esencial que se ha vuelto cada vez más escaso.

Este trabajo pretende relacionar ambas problemáticas; si el escenario deseable es que las personas no tengan que demandar o recurrir judicialmente contra otros usuarios o la Administración del Estado para poder acceder en forma digna y suficiente al agua, el derecho humano al agua y al saneamiento debe ser parte de la función pública de la institucionalidad del agua en Chile. Asimismo, en una visión integrada de la gestión de los recursos hídricos[11], se debe considerar la articulación del uso humano con los demás usos o funciones del agua, que también son fundamentales para las personas y el desarrollo de la sociedad, como la producción de alimentos, el funcionamiento de la industria y servicios, y actividades relacionadas como la minería, energía, etc., junto con proteger la función del agua como elemento ambiental.

## I. El derecho humano al agua y al saneamiento

El derecho humano al agua y al saneamiento se ha afirmado como otro ámbito en el cual el Estado debería asegurar ciertas condiciones mínimas para la vida de las personas. Desde antes de su declaración explícita por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 2010, se advierte un desarrollo de su contenido y elementos, así como su utilización como fundamento de recursos jurisdiccionales ante la dificultad de acceder a agua para consumo humano básico.

[9] *Boletín* 16444-09.

[10] *La Segunda* 2021), pp. 12-13.

[11] Entendemos por gestión de los recursos hídricos el conjunto de intervenciones en las fuentes naturales de agua y las cuencas, para la obtención de mayor seguridad hídrica y protección del ambiente. Véase Dourojeanni (2017), p. 67.

## *1. Consagración del derecho al agua en el ámbito internacional*

Es en el plano internacional donde comienza primero a aparecer la idea de que las personas tienen un derecho de acceso al agua. Si desde el Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra de 1949 se incluía como exigencia para todos los Estados el dar "cantidad suficiente de agua y jabón" y "agua potable suficiente" a los internos[12], luego en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de Mar del Plata de 1977 se reconoce como derecho de todos los pueblos el "disponer de agua potable en cantidad y calidad suficientes para sus necesidades básicas".

Más adelante en la Declaración de Dublín de 1992 se declara:

> "[...] es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible".

Diversos autores consideran que la evolución de diversos instrumentos internacionales de *soft law*, junto con la ampliación de la interpretación del art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagra el "derecho a un nivel de vida adecuado", constituyen un antecedente de su establecimiento expreso posterior[13].

El año 2002 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de Naciones Unidas, mediante la observación general n.º 15, reconoció que el derecho al agua consiste en "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico", además de señalar que el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud[14].

Luego, en 2010, la Asamblea General de Naciones Unidas precisó, en su resolución 64/292, que el acceso al agua y al saneamiento (en adelante,

---

[12] https://pdh.minjusticia.gob.cl/wp-content/uploads/2015/12/Convenio-de-Ginebra-Sobre-la-Protecci%C3%B3n-de-las-Personas-Civiles-en-Tiempos-de-Guerra-%C2%ABConvenio-IV%C2%BB-1949.pdf [fecha de consulta: Septiembre de 2021]. Véase Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra (1949).

[13] Ochoa (2011), p. 214 y (2013) p. 141; Bertazzo (2015), pp. 75-76; Recabarren (2016), p. 320; Obando (2018), p. 106; Pulgar (2019), p. 49; García (2020), p. 173. CELUME y POO (2021) pp. 8-9, por su parte, se refieren como antecedente interncionales (anteriores a los referidos a derechos humanos) al Convenio de Viena de 1815 sobre la navegabilidad de las aguas del río Rhin, o la Convención de Nueva York de 1997 sobre la utilizacion de aguas internacionales, pero eso se refiere más bien al uso común o de navegación de los ríos más que al derecho humano al agua al que nos referimos aquí.

[14] Introducción Observación General 15/2002, ONU, p. 1.

DHAS) "es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos", que los Estados deben proteger, respetar y promover. Adicionalmente, como parte de la Agenda 2030 (aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015), mediante la cual se busca avanzar hacia una sustentabilidad económica, social y ambiental, se fija como objetivo de Desarrollo Sustentable (ODS) en el n.º 6 "Agua limpia y saneamiento" busca "garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y saneamiento para todos"[15].

La relevancia de estas resoluciones de organismos internacionales o declaraciones, si bien no constituyen tratados y, por tanto, no tienen fuerza normativa directa, sí tienen la utilidad de explicitar y dar bases conceptuales para la discusión en torno al acceso al agua para consumo humano en diferentes aspectos: en explicitar y determinar que comprendería este derecho; consecuentemente, cuál es el papel u obligaciones de los Estados en relación con su ejercicio y, concretamente, llevar la discusión a la cuestión práctica de como articular este uso del agua con la realidad geográfica, social, económica y cultural de cada país.

## *2. Contenido normativo del DHAS*

La observación general n.º 15 de 2002 del CDESC de Naciones Unidas dice que el derecho al agua consiste en "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico". Esta conceptualización, utilizada de manera generalizada[16] por los autores que se han referido a él[17], contiene los elementos o aspectos esenciales que permitirían configurar el contenido del DHAS que posteriormente fuera reconocido como un derecho humano esencial.

[15] www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/. Un detalle de los instrumentos internacionales que se refieren a este derecho puede revisarse en CDGA (2020), pp. 3-4.

[16] En otra visión, basada en el derecho de aguas chileno, Neumann (2003) define el derecho a la sed como: "La facultad o potencia jurídica que toda persona tiene para aprovechar legítimamente desde cualquier fuente natural un caudal de aguas, generalmente mínimo, a fin de satisfacer, principalmente su bebida, como su uso doméstico, que se vincula muy directamente con aspectos sanitarios, de la salud y vida de cualquier persona o grupo de la población". Esta facultad, en nuestra opinión, está relacionada con el uso común de las aguas como bienes públicos. El DHAS en su contenido incluye elementos que van más allá de una habilitación para extraer aguas para necesidades esenciales. Características como la accesibilidad, salubridad, suficiencia y asequibilidad, le dan un carácter más prestacional por parte del Estado que la simple autorización de acceso a fuentes naturales, que es lo que caracteriza al derecho a la sed.

[17] Ochoa (2013), p. 141; Bertazzo (2015), p. 69; Recabarren (2016), p. 322; Obando (2018), p. 108; Pulgar (2019), p. 52.

De acuerdo con estándares internacionales, los elementos del DHAS deben ser adecuados a la dignidad, vida y salud de las personas. Incluye derechos, tales como acceder a un sistema de abastecimiento que ofrezca iguales oportunidades a la población de disfrutar del derecho al agua; y libertades, como la mantención de un suministro para ejercer este derecho y no ser objeto de injerencias externas, como el corte arbitrario del suministro o la contaminación de los recursos hídricos[18].

Específicamente, los factores que configuran el contenido normativo de este derecho al agua son la disponibilidad, calidad y accesibilidad del agua para consumo humano. ¿Qué implica cada uno de esos elementos?

i. *La disponibilidad* considera que el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para usos personales y domésticos[19]. Es un elemento objetivo, en cuanto tiene relación con el suministro regular del recurso[20]. Entendemos como parte de este elemento que se pueda acceder a la fuente de agua de manera previsible en tiempo y forma, y que esta pueda entregar la cantidad necesaria para cubrir las actividades de bebida y alimentación, higiene, cuidado personal, aseo y saneamiento doméstico de cada usuario[21]. La OMS considera que un nivel óptimo de disponibilidad se alcanza con una cantidad de entre cien y doscientos litros al día por persona, mientras que un acceso básico sería de veinte litros *per capita* por día[22].

ii. En cuanto a la *calidad*, se refiere a que el agua debe ser salubre, libre de degradación o contaminantes y, por tanto, no ha de contener elementos que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. También debe ser aceptable en términos de color, olor y sabor para uso personal[23].

iii. La *accesibilidad* es un elemento que tiene diversas dimensiones, que comprende que tanto el agua, las instalaciones y servicios de abastecimiento deben ser accesibles física y económicamente para todas las personas en igualdad de oportunidades y sin discriminación, incluyéndose la entrega de información necesaria[24]. La accesibilidad así desglosada presenta cuatro dimensiones[25]:

[18] ONU (2002), p. 5.
[19] Ochoa (2011), p. 216.
[20] Recabarren (2016), p. 322.
[21] Bertazzo (2015), p. 58.
[22] Howard & Bartram (2003), p. 13.
[23] *Op. cit.*, p. 15.
[24] Recabarren (2016), p. 322.
[25] ONU (2002), pp. 6-7; Ochoa (2011), p. 217; Pulgar (2019), p. 53.

- *Accesibilidad física*, en que el agua, las instalaciones y servicios asociados deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población (hogares, instituciones educativas, lugares de trabajo o cercanías), no amenazándose la seguridad física de las personas al acceder a estas;
- *Accesibilidad económica*, en que los costos y cargos directos e indirectos asociados al abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos;
- *No discriminación*, pues el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos, de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población;
- *Acceso a la información*, que comprende el derecho a solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

Es importante distinguir estos elementos por dos razones. En primer lugar, al tener contenido propio, este derecho puede diferenciarse de otros con los cuales se relaciona[26], como el derecho a la vida, el derecho a la alimentación o el derecho a vivir en un ambiente sano o adecuado. Su necesidad propia se justifica en que un abastecimiento de agua adecuado evita la deshidratación, reduce el riesgo de enfermedades infecciosas y permite satisfacer las necesidades básicas de consumo, cocina, higiene personal y doméstica de las personas[27].

La segunda razón es que solo teniendo claro ese contenido esencial los Estados podrán tanto revisar el nivel de acceso de las personas a este derecho, identificar en forma concreta cuáles son aquellos aspectos en que es necesario tomar acciones para facilitar o mejorar el acceso al agua para consumo humano, así como los estándares objetivos, mínimos y deseables, de acuerdo con los cuales realizar esta labor. Cada uno de estos elementos contribuye a especificar los alcances de este derecho, y como contrapartida, los deberes del Estado a su respecto. Este contenido normativo determina derechos y obligaciones tanto para los Estados como para los usuarios de estos sistemas.

### *3. Papel del Estado frente al DHAS*

La resolución 64/292 de la ONU establece en su n.º 2 la exhortación a los Estados y las organizaciones internacionales a proporcionar los recursos financieros y propicien el aumento de la capacidad y la transferencia de tecnología por medio de la asistencia y cooperación internacionales, en particular en los países en desarrollo, con el fin de "proporcionar a toda la población un acceso económico al agua potable y al saneamiento".

[26] Ochoa (2011), p. 215 y (2013), p. 143; Delgado y Zapata (2021), p. 155.
[27] ONU (2002), p. 2.

Más adelante especifica que las obligaciones de los Estados partes son[28]:

i. Obligación de respetar el derecho, absteniéndose de interferir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho al agua, lo que comprende abstenerse prácticas que restrinjan el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, inmiscuirse en sistemas de distribución del agua, reducir o contaminar las aguas, o limitar el acceso a infraestructura;
ii. Obligación de proteger, impidiendo que terceros menoscaben el disfrute del derecho al agua, sea por contaminación o explotación inequitativa de las fuentes de agua, o a través de la fiscalización de los servicios de suministro;
iii. Obligación de facilitar y promover la adopción de medidas y difusión de información adecuada sobre el uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir el desperdicio de la misma;
iv. Obligación de cumplir, la que comprende reconocer "en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes"; y adoptar estrategias y planes de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho y facilitar el acceso en zonas rurales y urbanas desfavorecidas;
v. Obligación de garantizar el acceso a la cantidad mínima esencial de agua, suficiente y apta para el uso personal y doméstico;
vi. Obligación de asegurar el derecho al acceso al agua, instalaciones y servicios sobre una base no discriminatoria y sin amenaza a la seguridad personal;
vii. Obligación de velar por que el agua sea asequible, adoptando medidas técnicas y tecnologías económicamente apropiadas, políticas adecuadas en materia de precios y suplemento de ingresos o suministro gratuito o a bajo costo[29].

Es importante tener en cuenta que al derivarse del Pacto de DESC, el DHAS es un derecho de realización progresiva, de manera que los Estados deben paulatinamente medidas para su satisfacción, en función del contexto especifico y recursos disponibles[30], considerando el escenario social, económico, político y ambiental al momento de valorar si los servicios

[28] ONU (2002), pp. 9-13.

[29] El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) recomienda que el costo del agua no supere el 3 % de los ingresos del hogar: www.un.org/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml [fecha de consulta: Septiembre de 2021].

[30] CDGA (2020), p. 7.

cumplen con este derecho y el deber de monitoreo, asegurando plataformas para cumplir con la rendición de cuentas que proceda[31].

Dado que lo que se intenta asegurar es el acceso a agua de determinada calidad, en cantidad suficiente, de manera factible tanto física como económica, estamos ante un derecho de carácter más prestacional frente al Estado que de no interferencia o libertad de ejercicio de otros derechos o titularidades, como podrían ser los derechos de aprovechamiento de aguas. El DHAS considera la facultad de: "mantener el acceso a un suministro de agua necesario para ejercer el derecho al agua y el derecho a no ser objeto de injerencias", comprendiendo el acceso a "un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho"[32]. En este sentido, los Estados pueden actuar subsidiariamente tutelando el respeto al derecho e igualdad en su ejercicio[33]; no es necesario que la prestación del servicio sea estatal, sino que el Estado asegure las condiciones para que este se dé en las condiciones de disponibilidad, calidad y accesibilidad ya descritas.

Por otra parte, debe enfatizarse que como derecho prestacional, no implica necesariamente su gratuidad absoluta o provisión a todo evento o sin ninguna contraprestación o responsabilidad de las personas. Y en tercer lugar, lo que se está asegurando es un abastecimiento mínimo necesario para una subsistencia digna, no el aseguramiento de un uso libre o ilimitado para cualquier actividad o necesidad. Deben tomarse en cuenta por los Estados los problemas y costos de acceso como tarifas, gastos de conexión, almacenamiento y depuración.

Asimismo, como todo derecho, las personas deberán cumplir con su parte de deberes y obligaciones, lo que puede incluir un pago de tarifa o costo de mantención, suministro u otros asociados al abastecimiento; la prohibición de usar el agua para fines distintos que el consumo humano; hacerse responsable por posibles daños a infraestructura y evitar la contaminación de las aguas en sus fuentes naturales o redes de abastecimiento.

## *4. Reconocimiento jurisprudencial del DHAS en Chile*

Decíamos al principio que son varios los fallos de tribunales que se han pronunciado sobre este derecho al conocer recursos de protección, los cuales se han referido a distintos elementos o características de este derecho, pero

[31] Human Right to Water.
[32] Ochoa (2011), p. 217.
[33] Pulgar (2019), p. 53.

resolviendo sobre casos puntuales en los que el abastecimiento de las personas involucradas ya se encuentra en situación de emergencia al ser proveída mediante camiones aljibe.

Por ejemplo, y en relación con el elemento de la disponibilidad, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 2020 acogió la acción de protección interpuesta por la Defensoría de la Niñez en contra del Ministerio de Salud y de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso por haber dictado la resolución n.º 458, de 16 de abril de 2020, que fijaba en cincuenta litros diarios por persona la dotación que debía entregarse mediante camiones aljibe y que dejaba sin efecto una resolución anterior que determinaba que esa dotación era de cien litros diarios por persona para los habitantes de la provincia de Petorca[34]. En cuanto a la accesibilidad, la Corte Suprema también en 2020, confirmó el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que acogió un recurso de protección presentado en contra de la Gobernación Provincial de Petorca y de su gobernadora, por la finalización del reparto de agua en camiones aljibe en esa zona. La Corte de Apelaciones de Valparaíso ordenó a las recurridas coordinarse con la municipalidad competente y garantizar a los recurrentes el agua suficiente para su subsistencia[35].

## II. Regulación nacional en relación con el acceso al agua para consumo humano

No hay disposición legal ni constitucional que explícitamente garantice el derecho humano al agua en Chile[36]. Sin embargo, se ha entendido que a pesar de lo anterior nuestro ordenamiento jurídico:

> "Consagra una serie de normas que, sin significar un reconocimiento expreso de este derecho, están destinadas a garantizar el acceso al agua para el consumo humano y para su uso sanitario"[37].

Las normas que se relacionan con el abastecimiento de agua para consumo humano se refieren al mismo en diversos aspectos.

[34] Corte de Apelaciones (2020), rol n.º 13983-2020, Defensoría de la Niñez con Ministerio de Salud y Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso.

[35] Corte Suprema (2020), rol n.º 131140-2020, Instituto Nacional de Derechos Humanos con Gobernación Provincial de Petorca.

[36] Rivera, Molinos y Donoso (2020), p. 11.

[37] Recabarren (2016), p. 111; en el mismo sentido, Delgado y Zapata (2021), p. 155.

### *1. Acceso directo y obligación de proveer de agua para consumo humano*

Por una parte, están aquellas reglas que permiten *abastecerse directamente de fuentes naturales* en caso de no contar con una red pública de agua disponible; por ejemplo, el art. 56 inciso 1 del *Código de Aguas*, que faculta a cualquier persona para sacar de suelo propio agua para "la bebida y el uso doméstico". El volumen de agua que puede extraerse en virtud de esta norma está limitado, según el art. 51 del Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas[38], al agua necesaria:

> "[...] con el fin de utilizarla para satisfacer sus necesidades de bebida, aseo personal, y cultivo de productos hortofrutícolas indispensables para su subsistencia, sin fines económicos o comerciales".

Otras *normas obligan a proveer de agua para consumo humano en determinadas situaciones*, como una obligación de hacer para la realización de ciertas actividades o faenas, como el Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo[39] el cual en sus arts. 12 a 15 establece que todo lugar de trabajo debe tener agua potable para el consumo humano y necesidades básicas de higiene y aseo personal, incluso en faenas transitorias. En cuanto a la cantidad, establece que deberá mantenerse una dotación mínima de cien litros de agua por persona al día, pudiendo solo la autoridad sanitaria, autorizar una cantidad menor, que no podrá ser inferior a treint litros diarios por trabajador y miembro de su familia. Esta misma cantidad es la que dispone que debe entregarse mediante camiones aljibe, conforme al art. 13 del Reglamento sobre condiciones sanitarias para la provisión de agua potable mediante uso de camiones aljibe[40]. Ese volumen coincide con la cuantificación que efectúa la OMS del acceso óptimo al agua para cubrir las necesidades humanas de consumo e higiene.

Por otra parte, está la *normativa respecto a la calidad de las aguas para consumo humano*, aplicable a cualquier situación en la que alguna entidad o persona asuma dicha provisión, las cuales están contenidas en Normas de Calidad Primaria, o lo establecido en el *Código Sanitario* y su Reglamento.

Finalmente, está la *regulación de las diversas entidades que tienen a su cargo las actividades de producción, distribución y abastecimiento de agua para*

[38] Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas (2014).

[39] Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo (2000).

[40] Reglamento sobre condiciones sanitarias para la provisión de agua potable mediante el uso de camiones aljibes (2018).

*consumo humano*, a las que nos referimos en la sección siguiente, actividades cuentan con una regulación especial con restricciones como objeto único, obligatoriedad de prestación del servicio y la regulación del precio a cobrar o tarifa. Dentro de estas normas están la Ley General de Servicios Sanitarios de 1989 y su reglamento de 2005, normativa complementada por el DFL N70 de 1988, del MOP, a través del cual se fijan las tarifas de servicios de agua potable y alcantarillado.

### *2. Uso sanitario del agua: Abastecimiento de agua potable a través de concesiones sanitarias, servicios rurales y provisión directa*

Respecto de la normativa aplicable para uso sanitario del agua, resulta necesario distinguir aquella regulación contenida principalmente en el DFL n.º 382/89, del Ministerio de Obras Públicas, que contiene la Ley General de Servicios Sanitarios (LGSS), aplicable a *empresas prestadoras de servicios sanitarios*, de aquellas que regulan las áreas donde no existe la prestación de este servicio por parte de las mencionadas empresas[41].

En términos generales, la LGSS establece un esquema basado en el otorgamiento de concesiones sanitarias a distintas empresas concesionarias las cuales deben proveer servicios sanitarios a la población dentro de la respectiva área de concesión, bajo la regulaciones y directrices emitidas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), quien, a su vez, puede fiscalizar y sancionar a dichas empresas por las infracciones al servicio concesionado.

Según el "Informe de gestión del sector sanitario (2020)" elaborado por la SISS en nuestro país:

> "Más del 80% de la población habita en zonas urbanas concesionadas en que los servicios de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas son provistos por empresas concesionarias o empresas explotadoras de concesiones"[42].

Lo anterior, significa que el sector sanitario regulado por la LGSS está compuesto por cincuenta y una concesionarias que abarcan a más de cinco millones de clientes residenciales[43]. En relación con esta materia es relevante destacar la existencia de la Ley n.º 18878, que establece un subsidio al pago del consumo del agua potable y servicio de alcantarillado de aguas servidas. Este subsidio

[41] El art. 1 de la LGSS denomina "servicios sanitarios" a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas.

[42] SISS (2020), p. 19.

[43] *Ibid*.

es de cargo de la municipalidades y ha permitido que la conexión a la red de agua potable continúe en aumento[44].

Para el *sector rural no concesionado* existen diversas normas aplicables, las que dependerán de la situación específica de sus habitantes. Estas van de normas aplicables a cada solución particular, contenidas principalmente en el *Código Sanitario* y reglamentos dictados por el Ministerio de Salud[45] hasta la recientemente dictada Ley n.º 20998 sobre Servicios Sanitarios Rurales[46]. Esta ley busca garantizar el abastecimiento de agua potable y saneamiento para los habitantes del sector rural de Chile. Además, se reconoce a las organizaciones sociales como los operadores y administradores de los servicios sanitarios en su territorio y establece el papel del Estado como proveedor de la infraestructura, ejecutando obras para servicios existentes y nuevos[47].

La regulación sanitaria ha permitido que casi la totalidad de la población urbana goce de acceso continuo a fuentes de agua potable[48]. Asimismo, las empresas de servicios de agua y saneamiento han realizado inversiones con el objetivo de ampliar las instalaciones de tratamiento de aguas servidas urbanas a gran parte de la población urbana[49]. Sin embargo, en las áreas rurales, donde vive alrededor del 15 % de la población, no se tienen datos sobre el acceso a fuentes de agua y del tratamiento de aguas servidas..

### *3. Priorización y facultades de la Dirección General de Aguas en relación con la provisión de agua para consumo humano*

Finalmente, es necesario referirse a la preeminencia o priorización del consumo humano o abastecimiento poblacional en el sistema de derechos de aprovechamiento de aguas, títulos que permiten un uso privativo de volúmenes de agua tanto de fuentes superficiales como subterráneas. Concretamente, la pregunta es si nuestra normativa contempla un mecanismo directo y general de priorización del consumo humano en la constitución y ejercicio de estos derechos.

A diferencia de los *Códigos de Aguas* de 1951 y 1969[50], el *Código* de 1981 no establece una priorización de usos de agua; nuestra legislación ac-

[44] OCDE-CEPAL (2005), p. 83.

[45] Como reglamento asociado al *Código Sanitario* se encuentra principalmente el D.S. 236/26, Reglamento General de Alcantarillado Particulares, Fosas Sépticas, Cámaras Filtrantes, Cámaras De Contacto, Cámaras Absorbentes y Letrinas Domiciliarias.

[46] Publicada en el *D.O* del 14 de febrero 2017.

[47] Para más detalle véase https://doh.mop.gob.cl/SSR/index.html

[48] OCDE-CEPAL (2005), p. 83.

[49] *Ibid*.

[50] Véase una comparación de la regulación y caracterización de los derechos de aprovechamiento en los diferentes *Códigos* en Boettiger (2019).

tual no contiene ninguna norma expresa que privilegie el consumo humano sobre otros usos, sean estos productivos o no, tanto en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento como en su distribución normal o, incluso, redistribución por causa de extraordinaria sequía[51]. La priorización de usos en regímenes previos al *Código de Aguas* de 1981, en que el consumo humano tenía la posición predominante, desapareció con su entrada en vigencia. Sin embargo, la reincorporación de esa directriz es una pretensión en varios proyectos de reforma legal en actual tramitación parlamentaria[52].

Sin embargo, es posible encontrar en el *Código* actual algunas prescripciones que de alguna manera establecen una preeminencia del agua para consumo humano en los sistemas de asignación originaria o ejercicio de derechos de aprovechamiento. Así, pueden mencionarse, a título ejemplar:

i) Posibilidad de expropiar derechos de aprovechamiento de agua para satisfacer menesteres domésticos de la población cuando no existan otros medios para obtener agua (art. 27 del *CA*). Hasta el momento, esta herramienta no se ha utilizado en la práctica.

ii) Reserva de caudales para el abastecimiento de la población (art. 147 bis inciso 3° del *CA*): Cuando no haya otros medios para obtener agua, y sea necesario reservarla para abastecer a la población, el Presidente de la República podrá disponer, previo informe de la DGA, la denegación parcial de solicitudes de derechos de aprovechamiento. Este instrumento se puede usar, eso sí, solo en el contexto de un procedimiento de solicitudes de concesión de derechos de aprovechamiento, y permite a la autoridad priorizar el agua para consumo humano en relación con otros posibles destinos del recurso, pues hay volúmenes que quedan reservados exclusivamente para ese fin. Esta figura sí ha tenido aplicación.

iii) Incremento de las multas aplicadas por la DGA cuando se afecte el consumo humano, subsistencia y saneamiento (art. 173 bis del *CA*). El monto de las multas a beneficio fiscal que fija la DGA por las infracciones al *CA* puede aumentarse, hasta en un 100 %, cuando el incumplimiento respectivo afecte la disponibilidad de agua para satisfacer el consumo humano, uso doméstico de subsistencia o el saneamiento. Aquí esta circunstancia constituye una agravante contemplada en materia sancionatoria.

iv) Privación de agua como sanción a los usuarios infractores de medidas de reparto fijadas por las juntas de vigilancia (art. 281 del *Código de Aguas*). El directorio de una junta de vigilancia está facultado

[51] Arts. 22 y 314 del *CA*.

[52] Véase *Boletín* 7543-12.

para privar del agua a aquellos miembros que la extraigan fuera de su turno o que alteren las demarcaciones prescritas; no obstante, siempre deberá dejárseles el agua necesaria para la bebida.

En suma, el *Código de Aguas* de 1981 contempla algunas herramientas que podrían darle preeminencia al consumo humano, pero ello ocurre solo en circunstancias especiales o extraordinarias, cuando no hay otros medios para satisfacer el abastecimiento a la población, lo que gatilla, por ejemplo, la potestad de expropiar derechos de aprovechamiento o de reservar caudales de agua. Pero por regla general, ante la presentación de diversas solicitudes de asignación de nuevos derechos de aprovechamiento, o en situaciones en que debe restringirse la cantidad de agua a distribuir por escasez ordinaria o anormal relativas al ejercicio de derechos de aprovechamiento sobre las mismas aguas, la normativa no considera prevalencias de un uso o destino del agua sobre otro, pues todos se encuentran, para estos efectos, en igualdad de condiciones (agua para la actividad minera, agrícola, hidroeléctrica, industrial, abastecimiento a la población, etcétera).

## III. Integración del derecho humano al agua en la gestión institucional

Lo expuesto en el acápite anterior nos lleva al objeto de este artículo: ¿Cuál es el papel o funciones que debe adoptar el Estado o la autoridad administrativa respecto del DHAS? ¿Qué desafíos deben integrarse en las reformas al sistema de derechos de aprovechamiento de aguas e institucionalidad pública en materia de recursos hídricos con ese objetivo?

La consagración formal de este derecho en el ámbito constitucional o legal, si bien es relevante y hay un amplio consenso al respecto, no garantiza por sí misma el acceso material al agua en las condiciones que este derecho requiere. En realidad, más importante que eso es la efectiva concreción del DHAS en las distintas y muy diversas zonas geográficas del país, lo que se traduce en un ajuste tanto de regulación específica como de gestión administrativa[53].

### *1. Primer desafío: Regulación del DHAS a nivel normativo*

Un primer paso, que se propone transversalmente en nuestro país, es consagrar normativamente el DHAS tanto en la Constitución como en la ley. Para esto,

[53] Vergara (2015), p. 200.

se han postulado fórmulas que lo integrarían en los derechos o garantías constitucionales, unido a un deber del Estado de garantizar el acceso al agua para consumo humano en términos similares a los analizados en los instrumentos internacionales de la ONU o la OMS; también, se ha postulado incluirlo en los derechos fundamentales amparados por la acción de protección, para dar una vía directa hacia la reclamación judicial de su concreción[54].

En cuanto al contenido del derecho, por regla general se hace eco de lo dispuesto por la ONU y analizado en la primera parte, dándole a estos elementos una dimensión objetiva:

> "Compuesta por el conjunto de principios y reglas que regulan el acceso al suministro al agua necesaria a los ciudadanos en la calidad, cantidad ,y precio justo, que determinan los organismos y las facultades para fiscalizar la continuidad del servicio y que establecen sanciones en caso de injerencias, privaciones o perturbaciones en dicho suministro"[55].

Parte fundamental de esta cuestión es si el DHAS se garantizará directamente por el Estado, o se admite que la función del poder público en esta materia es establecer las condiciones para que el consumo humano sea abastecido, dependiendo de la ubicación geográfica, directamente por los usuarios, por servicios públicos o por concesionarios regulados. Otro aspecto relevante es si se incluye en la norma el contenido del derecho o, más bien, las características con las que debe darse ese acceso en los términos de accesibilidad física, calidad o salubridad, y asequibilidad económica.

### *2. Segundo desafío: Priorización del abastecimiento humano sobre otros usos*

Por lo general se asocia la propuesta de reconocer o garantizar el DHAS con la modificación de la actual legislación en cuanto a contemplar normas expresas y facultades para la autoridad que privilegien el consumo humano sobre otros usos, sean estos productivos o no, tanto en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento como en su distribución normal y en especial en la redistribución por causa de extraordinaria sequía.

Ahora bien, simplemente restablecer la priorización del consumo humano por sobre otros usos, como lo hacían los *Códigos de Aguas* anteriores, no soluciona el problema. Una adecuada priorización del uso del agua para consumo humano debe hacerse cargo de una serie de elementos de los cua-

[54] Por ejemplo, Guitiérrez y Gutiérrez (2021), pp. 63-64.
[55] Celume y Poo (2021), pp. 13-14

les dependerá su implementación. Si se deja solamente establecido, como se hace en diversos proyectos o propuestas de reforma constitucional y legal sobre el tema, que se priorizará el uso de agua para consumo humano, sin ninguna especificación adicional, seguramente tendremos una declaración bien intencionada, pero con una compleja, y probablemente conflictiva, aplicación práctica[56].

En esa línea, hay propuestas que se hacen cargo del contenido de la priorización, como dónde establecerla normativamente (Constitución, ley, reglamentos). Recogemos aquí la siguiente idea:

> "[…] acá deba darse una articulación normativa, en el sentido de que la formulación misma de la priorización, con sus supuestos basales, puede incluirse en la Constitución o la ley, pero los detalles más específicos debieran definirse más bien en un reglamento creado al efecto".

Deberían ser la ley y probablemente un reglamento, y no la Constitución, las normas que incluyan factores o elementos esenciales del DHAS, como la de disponibilidad, lo que requiere especificar cuánto y cómo se priorizarán ciertos volúmenes de agua para asegurar la cantidad suficiente para abastecimiento humano. Para esos efectos, deberían fijarse mínimos y máximos que permitan satisfacer el llamado consumo humano o uso personal y doméstico.

Por otro lado, una asignación prioritaria y de disponibilidad de agua para los usos humanos básicos esenciales, además de ser coherente con el reconocimiento del DHAS como derecho fundamental, no pareciera ser, si seguimos los estándares internacionalmente aceptados, una cantidad de agua tan determinante frente a otros usos. Cuantitativamente, los usos domésticos representan menos del 10 % de los usos totales del recurso, y el resto es utilizado por la agricultura, la industria y la minería. De esa limitada cantidad, solo una pequeña parte es para los usos esenciales[57]. Para que esto sea efectivo, es fundamental que se tengan claros los criterios y circunstancias en que estas cantidades deben darse, de manera que la priorización sea efectivamente para uso y consumo humano esencial y no otros usos. El derecho humano al agua tiene un contenido específico y limitado, es agua para uso personal y doméstico con ciertos estándares[58], pero no es un acceso ilimitado y gratuito al agua.

[56] Rivera, Molinos y Donoso (2020), p. 12.
[57] CDGA (2020), p. 7.
[58] Rivera *et. al.* (2021), pp. 13-15.

### *3. Tercer desafío: Articular la priorización del consumo humano con las demás funciones esenciales del agua*

Junto con declarar que el derecho humano al agua es esencial para la vida de las personas, la observación general n.º 15 (2002) también establece:

> "El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos [...] para producir alimentos, asegurar la higiene ambiental, procurarse un medio de subsistencia, disfrutar de determinadas prácticas culturales";

y que, si bien debe concederse prioridad al derecho a utilizarla para fines personales y domésticos, se señala también, por ejemplo:

> "La importancia de garantizar un acceso sostenible a los recursos hídricos con fines agrícolas para el ejercicio del derecho a una alimentación adecuada".

Por otra parte, está la función ambiental de los recursos hídricos, como parte y también soporte de ecosistemas y equilibrio ecológico. El agua, como elemento esencial del ambiente y de todos los organismos, cumple múltiples funciones. Respecto del ser humano, es vital para su subsistencia, pero esa necesidad la compartimos con todos los seres vivos del planeta. Es ineludible, al intentar garantizar el derecho humano al agua, preguntarnos quién o qué sigue en importancia en la regulación del acceso al agua disponible.

Puede resultar odioso, pero técnicamente necesario, el incluir en la regulación la precisión de en qué circunstancias o instancias se hará operativa la priorización, y hasta qué punto, límite o cantidad. Existen otras funciones o aprovechamiento de las aguas que son casi tan esenciales como la bebida y uso doméstico, y más aún en lugares donde los recursos hídricos son altamente variables o escasos en su provisión natural, como el uso en agricultura, actividades productivas y también en sus funciones ecosistémicas o ambientales.

Quizá más que en los procedimientos de asignación originaria de derechos de aprovechamiento, esto es, cuando se constituyan nuevos derechos, es en la distribución de caudales disponibles, o en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, donde realmente se requerirán presupuestos e instrumentos claros para materializar el mandato de priorizar el agua para consumo humano. En primer lugar, considerando que los servicios de provisión de agua potable son prestados bajo distintos esquemas en nuestro país (en sectores concesionados, por concesionarios sanitarias, y, en localidades no concesionadas, por comités o cooperativas de agua potable rural), será nece-

sario que la distribución considere ese abastecimiento prioritario. Deberán detallarse, principalmente, los hechos que deben concurrir, el o los instrumentos o mecanismos regulatorios a utilizar, el procedimiento aplicable y la o las autoridades competentes para hacer efectiva la priorización y velar para que se respete adecuadamente.

En segundo lugar, deberán crearse instancias de información, coordinación e integración adecuadas para que los demás usos, productivos, para alimentación y otros necesarios para el normal funcionamiento de la vida, puedan articularse con el consumo humano, el que deberá ser responsable y limitado, igual que cualquier otro. En tercer lugar, deberán integrarse otros instrumentos, como las autorizaciones de funcionamiento de proyectos, las cuales pueden contemplar caudales ambientales que se deben respetar dentro de un cauce o en áreas protegidas o ecosistemas vulnerables, como los humedales; o a respetar las intervenciones de los cauces y fuentes naturales aun cuando la necesidad de abastecimiento humano sea acuciante.

Y esa hipótesis nos llevará inevitablemente a la institucionalidad pública del agua, quién será quien deba fiscalizar y distribuir, en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, pero también en el consumo que hagan las personas del agua disponible; sobre todo en condiciones particulares de escasez o sequía, de manera que también se puedan mantener las demás funciones del agua en otras actividades humanas, o, incluso, en el ambiente natural, desde donde la extraemos.

## Bibliografía

Bertazzo, Silvia (2015). "La tutela del acceso al agua potable en el derecho internacional". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. Año 22, n.º 2.

Boettiger, Camila (2019). "Caracterización de los derechos de aprovechamiento de aguas y propuestas de reforma". *Actualidad Jurídica*, n.º 40.

Celume, Tatiana y Pamela Poo (2021). "Crisis climática y ecológica, nueva Constitución y derecho humano al agua". *Repensando la regulación de las aguas: crisis socioambiental y proceso constituyente. Actas de las III Jornadas del régimen jurídico de las aguas*.

Delgado, Verónica y Juan Francisco Zapata (2021). "El derecho humano al agua y al saneamiento: La priorización del uso ecosistémico como un presupuesto necesario". *Los derecho económicos, sociales, culturales y ambientales.* Santiago: Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights, tomo III.

Dourojeanni, Axel (2017): "Gestión del agua por cuencas: avances y desafíos pendientes". *Desafíos del agua para la región Latinoamericana*. Fundación Chile.

García, Borja (2020). "La compatibilidad del derecho humano al agua con la legislación chilena", *Ius et Praxis*. Año 26, n.º 3.

Howard, Guy & Jamie Bartram (2003). *Domestic Water Quatity, Service Level and Health*. World Health Organization.

Obando, Iván (2018). "El derecho humano al agua revistado". *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 27.

Ochoa, Fernando (2011). "Algunas reflexiones en torno al derecho al agua, en especial sobre su recepción y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico chileno". *Revista Derecho y Humanidades*, n.º 18.

Ochoa, Fernando (2013). "El derecho al agua como derecho internacionalmente justiciable en el sistema interamericano de derecho humanos". *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n.º 233-234.

Neumann, Christian (2003). "El derecho a satisfacer la sed en el derecho de aguas". *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 2.

Pulgar, Antonio (2019). "Marco constitucional para la gestión de las aguas en Chile: Aproximación desde el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento". *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del Régimen Jurídico de las Aguas*.

Recabarren, Oscar (2016). "El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los humanos y del medio ambiente". *Estudios constitucionales*, año 14, n.º 2.

Rivera, Daniela, María Molinos y Guillermo Donoso (2020). "Priorización del agua para consumo humano". *Temas de la Agenda Pública*, año 15, n.º 131.

Stehr, Alejandra *et al*. (2019). *Recursos hídricos en Chile: Impactos y adaptación al cambio climático*. Informe de la Mesa Agua. Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, Comité Científico COP 25.

## *Normas*

Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 12 de agosto de 1949. Disponible en https://pdh.minjusticia.gob.cl/wp-content/uploads/2015/12/Convenio-de-Ginebra-Sobre-la-Protecci%C3%B3n-de-las-Personas-Civiles-en-Tiempos-de-Guerra-%C2%ABConvenio-IV%C2%BB-1949.pdf

*Código de Aguas* (1981).

DFL n.º 382 (1989). Ley General de Servicios Sanitarios, de 21 de junio de 1989.

Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas (2014), decreto N° 203 del Ministerio de Obras Públicas, de 7 de marzo de 2014.

Reglamento sobre condiciones sanitarias y ambientales básicas en los lugares de trabajo (2000), decreto 594 del Ministerio del Trabajo, de 29 de abril de 2000.

Reglamento sobre condiciones sanitarias para la provisión de agua potable mediante el uso de camiones aljibes (2018), decreto 41 del Ministerio de Salud, de 8 de febrero de 2018.

Reglamento General de Alcantarillado Particulares, fosas sépticas, cámaras filtrantes, cámaras de contacto, cámaras absorbentes y letrinas domiciliarias (1926), decreto 236 del Ministerio de Higiene, Asistencia y Previsión Social, de 23 de mayo de 1926.

Proyecto de ley: *Boletín* 14446-09: Crea la Subsecretaría de Recursos Hídricos en el Ministerio de Obras Públicas y nueva institucionalidad nacional de recursos hídricos, y modifica los cuerpos legales que indica.

## *Otros documentos*

Banco Mundial (2013): "CHILE. Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua", 28 de junio de 2013. Disponible en https://documents1.worldbank.org/curated/en/728921592935741966/pdf/Chile-Institutional-Framework-of-Water-Sector.pdf [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2018].

Compromiso País - Mesa 1 Ministerio Obras Públicas (2020): *Personas que residen en una vivienda. Sin servicios sanitarios básicos (agua potable y/o baño)*. Disponible en www.compromisopais.cl/assets/files/Mesa1-ServiciosSanitariosBasicos.pdf [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021].

DGA (2021). "Pronostico de caudales de deshielo. Temporada de riego 2021-2022". S.D.T. n.º 443. Disponible en https://dga.mop.gob.cl/productosyservicios/informacionhidrologica/Documents/Pronostico_2021_2022.pdf fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021].

*La Segunda* (2021). "Prioridad para consumo humano: El único mínimo común de los constituyentes en torno al agua". Disponible en https://portal.nexnews.cl/showN?valor=ggyqh [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021].

OCDE-CEPAL (2005). *Evaluaciones de desempeño ambiental-Chile*. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1288/1/S0500003_es.pdf [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021].

ONU (2002). Observación general n.º 15. Disponible en www.refworld.org.es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcbfa2,0.html fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021].

SISS (2020). *Informe de gestión del sector sanitario*. Disponible en www.siss.gob.cl/586/articles-19431_recurso_1.pdf [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021].

# LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA GESTIÓN DE SUS DIVERSOS INTERESES EN EL MARCO DE LAS DISTINTAS CONCEPCIONES DEL CAPITALISMO

# THE FREEDOM OF ENTERPRISE AND THE MANAGEMENT OF ITS VARIOUS INTERESTS WITHIN THE FRAMEWORK OF THE DIFFERENT CONCEPTIONS OF CAPITALISM

*Julio Alvear Téllez*[*]

Resumen: Este artículo analiza los problemas del gobierno corporativo a la luz de as distintas concepciones del capitalismo empresarial.

Palabras claves: Empresa, gestión, capitalismo, libertad de empresa.

Abstract: This article analyzes the problems of corporate governance in the light of the different conceptions of corporate capitalism.

Keywords: Enterprise, management, capitalism, freedom of enterprise.

## I. Antecedentes

En el marco del capitalismo moderno, la búsqueda de lucro como objetivo primario de las empresas (particularmente de las sociedades de capital) tiene

[*] Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía. Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jalvear@udd.cl
Este artículo se ha escrito gracias al apoyo del Proyecto Fondecyt 1191017.

consecuencias para quienes hacen parte de ella a diversos títulos (accionistas, administradores, trabajadores). Económicamente, se trata de efectos benéficos, si la marcha de la empresa es exitosa o, al menos, obtiene utilidades que justifican su existencia. Pero los efectos no solo son económicos, también son sociales en el más amplio sentido de la palabra: la empresa ofrece trabajo y sustenta familias, permite el desarrollo personal-profesional, y en muchos casos, sirve de integración social. Puede, incluso, influir hasta cierto punto en la moralidad (o la inmoralidad) y la cultura (o incultura) de sus integrantes, en la medida en que gran parte de la vida del hombre contemporáneo transcurre en los ambientes laborales.

Pero la búsqueda del lucro de una empresa también ejerce su influjo en los grupos de interés que se relacionan de manera directa con ella: clientes, consumidores, proveedores y acreedores. A todos ellos, y a muy diverso modo, importa la marcha de la empresa.

El círculo, sin embargo, es más amplio. Las actuaciones de una empresa en la búsqueda de sus objetivos pecuniarios afectan también al entorno más mediato: el mercado, los grupos de interés no directamente relacionados, la sociedad en su conjunto y el ambiente.

La libertad de empresa –que muy elementalmente podría ser concebida/reducida a la libertad de organizarse para proveer bienes y servicios obteniendo lucro en el mercado– se ejerce en un entramado de relaciones que superan la dimensión puramente económica y que se proyectan mucho más allá de quienes integran sus cuadros societarios.

A este propósito, Edward Freeman, Kirsten Martin y Bidhan Parmar han ensayado seis concepciones (que llaman narrativas o modelos) del capitalismo, desde la perspectiva de la libertad de empresa. Con más exactitud, se trata de una aproximación al capitalismo desde el ángulo de quienes manejan uno de los factores más determinantes de la producción: el capital. Pues la empresa implica una eficaz y determinada organización del capital. Esta organización presupone un gobierno corporativo cuyas decisiones afectan a modo de círculos concéntricos, a la misma compañía, a los grupos de interés o relacionados, a la sociedad en su conjunto y al ambiente.

La clasificación de Freeman, Martin y Parmar sirve, obviamente, como orientación basal. Debe ser completada con una serie de otros elementos, a fin de dimensionar en su justa medida el papel del lucro en el desarrollo del capitalismo empresarial y el desenvolvimiento de la libertad económica.

Son básicamente seis las clasificaciones del capitalismo que se pueden formular a este propósito. Las revisamos a continuación. Luego las evaluaremos en sus aspectos críticos.

## 2. Capitalismo del trabajo (*Labor capitalism*)

Edward Freeman, Kirsten Martin y Bidhan Parmar denominan C*apitalismo del trabajo* (*Labor capitalism*) al capitalismo tal como es descrito por Karl Marx y Friedrich Engels. Los autores son rigurosos a la hora de exponer las tesis marxistas. El capitalismo del trabajo se funda en la división de clases entre capitalistas y trabajadores. Los primeros son los burgueses, dueños del capital, de la propiedad y de los medios de producción. Persiguen aumentar el capital a expensas de los trabajadores. Estos constituyen el proletariado, y como no tienen acceso a los medios de producción, están obligados a enajenarse a sí mismos y vender su fuerza de trabajo a los capitalistas para subsistir. La moralidad burguesa –mera superestructura de las relaciones de producción– justifica mediante el salario la incorporación del trabajador al mercado laboral. Mientras más aumente el capital, mayores pueden ser las migajas. Pero la contraposición entre los intereses de clases es estructural e irremediable: la lucha por los recursos de los activos productivos (concebidos como algo fijo) ha de terminar, por las leyes de la evolución histórica, con el control total del capital por parte del proletariado[1].

La visión de Edward Freeman, Kirsten Martin y Bidhan Parmar es, sin embargo, demasiado sintética para comprender las tesis marxistas. Una interpretación actualizada de ellas se encuentra en David Harvey, teórico marxista contemporáneo. Para este teórico, la esencia del capitalismo sigue siendo la acumulación del capital. El capital es "un proceso en el que se expide continuamente dinero en busca de más dinero"[2], para lo cual se requiere de condiciones apropiadas para que dicha acumulación prospere[3]. Los "capitalistas" son quienes ponen en movimiento este proceso: los financieros, que obtienen dinero de otros prestando a interés; los comerciantes, que compran barato y venden caro; los terratenientes que obtienen rentas de sus tierras porque son recursos escasos; los rentistas que cobran arriendos; los bolsistas que obtienen beneficios con el intercambio de títulos o el mismo Estado cuando actúa como inversor[4].

---

[1] Freeman, Martin & Parmar (2007), pp. 304-305. Para una visión económica crítica del marxismo, Piettre (1964), pp. 5-515.

[2] Harvey (2012), p. 41.

[3] Sobre el capital como proceso, Harvey (2014), pp. 81-88. Sobre el crecimiento exponencial y acumulativo sin fin del capitalismo, *op. cit.*, pp. 219-240.

[4] Harvey (2012), p. 41. La "competencia" en el capitalismo no deja de ser problemáticas. Existe una acumulación de poderes centralizados, particularmente en el ámbito financiero. Harvey (2014), pp. 135-147.

El capitalismo está abocado a una continua aceleración:

> "En la circulación del capital es muy importante la continuidad del flujo. El proceso no se puede interrumpir sin pérdidas. También hay fuertes incentivos para acelerar la velocidad de la circulación. Los que pueden cubrir más rápidamente las distintas facetas de la circulación del capital obtienen mayores beneficios que sus competidores [...] Cualquier interrupción del proceso amenaza con la pérdida o devaluación del capital empleado"[5].

De ahí que el capitalismo esté condenado a destruir y a crear de manera permanent, en un curso de sobrevivencia, adaptación y crisis que no le abandona.

El modelo del capitalista industrial o productivo –centro de las críticas de Karl Marx– sigue vigente, pero se adapta continuamente a las nuevas circunstancias. El capitalista continúa seleccionando una tecnología y una forma organizativa –la empresa–; luego, compra medios de producción y la cantidad necesaria de fuerza de trabajo para producir. El empresario supervisa la interacción entre todos estos elementos, cuyo resultado es una "mercancía" que el capitalista (que se hace propietario de ella) vende en el mercado, obteniendo un beneficio[6]. La innovación tecnológica va permitiendo extender cada vez más el mercado, acelerando las transacciones y reduciendo las barreras espaciales para la circulación del capital[7].

Con el aumento de la riqueza privada, el capitalista obtiene, además, un gran poder social, dada la naturaleza ilimitada del poder asociado al dinero. Tanto más cuanto el sistema del crédito y la economía financiera han hecho posible la recolección y distribución del capital líquido en proporción gigantesca. Sin embargo, aquí se encuentra el talón de Aquiles del sistema: como la circulación del capital es intrínsecamente arriesgada y siempre especulativa, la economía financiera –base de todo el constructo capitalista actual– está condenada a ser golpeada por feroces crisis dinerarias.

A fin de asegurar la acumulación indefinida del capital, el capitalismo se aboca al aumento del consumo, a una espiral de creación de necesidades y deseos, cimentada en una vasta red de publicidad y propaganda. Para ello la mercancía es transformada en dinero: es medida a cada paso por él, y puede ser intercambiada como elemento de representación universal del valor. El efecto es la intensificación indefinida de los mercados actuales y la creación

[5] Harvey (2012), p. 42.

[6] Harvey (2012), p. 41. Sobre la distinción entre el valor de uso y el valor de cambio de la mercancía, Harvey (2014), pp. 31-39.

[7] La innovación tecnológica parece ser el factor más dinámico de las mutaciones materiales del capitalismo, de gran impacto en el control invasivo de los trabajadores (o su "dominación"), Harvey (2014), pp. 101-118.

indeterminada de mercados potenciales, capaces de absorber una producción siempre creciente y sostener las macroutilidades del sistema financiero[8].

El capitalismo ha tenido hondos efectos en el mundo del trabajo[9]. La tesis marxista de la "acumulación primitiva" del capital puede ser sujeta a críticas por su simplificación, pero revela una realidad esencial: la mayor parte de la población ha sido obligada a trabajar para el capital si quiere sobrevivir[10]. Con la incorporación de la mujer al trabajo, que el liberalismo cuenta como bueno, lo que se ha hecho, en realidad, es dejar disponible para la expansión capitalista de un enorme depósito de fuerza de trabajo.

La movilidad del capital y del trabajo resulta imprescindibles en el siglo XXI para desregular la dinámica de los mercados laborales[11]. La "destrucción creativa" del entorno humano y del entorno natural se acelera a pasos de monstruo, pero poco importa, pues la obtención del lucro es lo único que tiene peso gravitante dentro del sistema[12]. Las consecuencias inhumanas son constatables universalmente.

## 3. Capitalismo de Estado (*Government capitalism*)

El capitalismo de Estado es la concepción propalada por John M. Keynes[13].

Para Edward Freeman, Kirsten Martin y Bidhan Parmar tiene un papel fundamental en una concepción alternativa del capitalismo. Sin caer en la crítica marxista, ensaya una respuesta a los problemas humanos que produce el sistema económico privado.

---

[8] Harvey (2012), pp. 93-100.

[9] Sobre el valor social del trabajo y su representación mediante el dinero, Harvey (2014), pp. 41-51.

[10] La tesis marxista de la desposesión material de la humanidad por parte de los capitalistas es hoy insostenible. David Harvey, sin embargo, ensaya una vuelta de tuerca respecto de la propiedad, que resulta, de todos modos, harto artificiosa. Véase Harvey (2014), pp. 53-72. Sobre la desigualdad de renta y de riqueza, como resultado típico del capitalismo, cit., pp. 165-180.

[11] Harvey (2012), pp. 55-57. Sobre las relaciones entre capital y trabajo en clave marxista, Harvey (2014), pp. 73-79.

[12] Harvey (2012), pp. 155-178. Sobre la relación ambivalente del capital con la naturaleza (explotación, pero sobre todo utilización y resignificación en virtud de su mercantilización cosificada), Harvey (2014), pp. 240-256. Sobre la alienación universal del ser humano, Harvey (2014), pp. 257-272.

[13] Para el pensamiento de John Maynard Keynes es útil Keynes (2016), pp. 1-192. Para su biografía intelectual, Skidelsky (2005), pp. 3-855. Una justificación contemporánea del pensamiento económico del autor en Carter (2021), pp. 3-555.

John M. Keynes teoriza su visión del capitalismo en la *Teoría general del empleo, el interés y el dinero*[14], entre otras obras. A las instituciones necesarias del capitalismo clásico (propiedad privada, libertad económica, mercado), suma la idea de que el capitalismo puede y debe ser gestionado por el Estado. La libre iniciativa individual no basta para lograr una buena sociedad. Para obtener niveles óptimos de riqueza y de empleo es imprescindible la intervención estatal: solo con regulaciones apropiadas se pueden domeñar los intereses mezquinos de los agentes privados. Solo con prestaciones estatales se pueden superar las falencias del mercado en materia de accesibilidad a los bienes esenciales.

A juicio de John M. Keynes, el capitalismo fomenta una contraproducente pasión por el dinero. Un amor al dinero como posesión individualista y exclusivista que se sobrepone a su función –que debiera ser la normal– de medio para procurar las necesidades existenciales y suficiencias de la vida.

El capitalismo sin intervenciones del Estado desvía a la sociedad de los "valores ideales". Algo así como un jardín entregado a múltiples manos sin concierto ni orden. El Estado hace precisamente la labor de buen jardinero, que por su visión global e interés general es el llamado a garantizar el equilibrio entre las fuerzas individuales que hace florecer el capitalismo. La regulación estatal puede obtener, así, un crecimiento económico adecuado, sin malezas, beneficioso al conjunto de la sociedad.

A través de la herramienta en principio amoral de la economía, el Estado es capaz de inducir a una ética común mínima, con cierta racionalidad de fines y homogeneidad de valores[15]. Nace, de este modo, el concepto de Estado de bienestar, de naturaleza no solo económica, sino, también, social y moral.

## 4. Capitalismo inversor (*Investor capitalism*)

Es la concepción divulgada por Milton Friedman[16].

Edward Freeman, Kirsten Martin y Bidhan Parmar observan que Milton Friedman elabora su narrativa del capitalismo en oposición directa a algunas de las tesis centrales de John M. Keynes[17].

[14] Keynes (2018).

[15] Freeman, Martin & Parmar (2007), pp. 305-306

[16] Una visión general del pensamiento económico y político del autor, Friedman (2012), pp. 1-338. Más específicamente, Friedman (2020), pp. 1-287; Friedman (1990), pp. 3-338; Friedman (1993); Friedman (2015), pp. 3-241.

[17] En este punto, probablemente la obra más representativa sea Friedman (2020).

Milton Friedman aboga por un regreso al *laissez-faire* en las políticas económicas del gobierno y por una confianza absoluta en la dependencia de los mecanismos de mercado para lograr distribuciones "justas". Se trata, no hay que olvidarlo, de un mercado libre y competitivo, por lo que en dicho ámbito hay que aceptar las intervenciones regulatorias del Estado a fin de asegurar tales condiciones. También hay que presuponer la existencia de la legislación civil y comercial que da orden, seguridad y transparencia a las transacciones. O la legislación tributaria, aunque esta debe aminorarse en beneficio de las corporaciones. A partir de estos presupuestos regulatorios mínimos, se debe garantizar la más amplia libertad, particularmente en la capacidad de comprar y vender sin interferencias y en las posibilidades de negocios para inversores y accionistas.

El sector "dominante" del capitalismo no es el Estado –con la consecuente regulación del capital–, sino el grupo de inversores que empujan la producción de riqueza. El capitalismo exige diseñar un modelo donde todos los recursos y todas las actividades sirvan para aumentar los beneficios, dentro de las reglas libres y competitivas del mercado. En esta lógica, los accionistas son los que están en mejor situación para invertir y producir los mejores resultados para todos.

La amenaza fundamental para la libre iniciativa y la libertad empresarial se encuentra en el poder de coacción de la autoridad, ya provenga de un monarca, de un dictador, de una oligarquía o de una mayoría momentánea. La preservación de la libertad requiere la eliminación de tal concentración de poder en la mayor medida posible. La dispersión y distribución de cualquier poder solo se logra a través del mercado.

El funcionamiento interno del capitalismo es amoral. La ética o los valores extradinerarios no entran en el proceso de creación del valor económico y de su intercambio. La ética cumple una cierta función solo en cuanto es una restricción lateral: el mercado supone que sus agentes, particularmente los directores y ejecutivos de las compañías, se abstengan del fraude y del engaño. Pero el propósito del sistema capitalista es pura y simplemente incrementar la riqueza, y en manos de su agente principal: el inversor. Cualquier otra consideración –*vr. gr.* bienestar del consumidor, preocupación por la comunidad o caridad– puede desviar los recursos del objeto principal y entrar a competir con las necesidades de los inversores. La "responsabilidad social ", por tanto, es una suerte de impuesto sobre el inversor; es quitarle dinero al mejor interesado en que el capitalismo funcione[18].

[18] Freeman, Martin y Parmar (2007), p. 306.

Desde el ángulo jurídico, esta concepción del capitalismo conduce a una visión "contractualista" de la empresa[19]. Salimos aquí de los esquemas interpretativos del pensamiento de Milton Friedman para hacer una aplicación de sus conclusiones al derecho societario.

Es congruente con el esquema de Milton Friedman, el que la naturaleza jurídica de la empresa se modele sobre el contrato de sociedad y la tutela de los accionistas es su objetivo prioritario. El interés social de la actividad empresarial se identifica con el interés común de los accionistas, con lo que se excluye, en principio, una noción más amplia de aquel. Así, quedan fuera del ámbito del "interés social" los intereses de los otros grupos relacionados con la empresa y que no tienen la calidad de socios: los trabajadores, los consumidores, los proveedores, los acreedores, los representantes de la sociedad civil, etcéterea[20].

En esta perspectiva, el interés social es aquel en que convienen los accionistas, el interés común compartido por ellos, que en el orden de las opciones concretas queda abierto a distintas alternativas[21]. Sin embargo, atendida la finalidad objetiva de la empresa –la obtención de lucro– puede decirse que ese interés común integra dos tipos de intereses: el "interés de la clase accionarial" (obtención de utilidades y beneficios para el accionista según la proporción que corresponda) y el "interés de la sociedad" en cuanto persona jurídica (maximización de la producción y del beneficio)[22].

El objetivo final de la empresa es, por tanto, obtener beneficios para los accionistas, maximizar su riqueza. Para ellos, directores y gerentes administran la compañía, de acuerdo con los marcos definidos por la teoría de la primacía de los accionistas (*shareholder value*)[23].

En este cuadro jurídico no hay que olvidar el papel del capital. A este se le asigna una función patrimonial y organizativa determinante, de tal manera que, como dice Juan Sánchez-Calero, "su titularidad y reparto se con-

[19] Para la concepción contractualista, más acorde con las sociedades de capital que con las "empresas sociales", véase Emparanza (2019), pp. 78-79; Sánchez-Calero (2019), pp. 47-48

[20] Zuloaga (2021), pp. 26-28. Para la distinción técnica entre "interés social", "objeto social", "fin social" y "causa" (del contrato de sociedad), *op. cit.*, pp. 36-37.

[21] *Vr. gr.* el interés de la mayoría de los accionistas; la suma de los intereses individuales de todos los socios; el interés del accionista medio; el interés social típico recogido por el derecho societario; el interés no solo del socio actual sino también del futuro; el interés definido como tal por la junta de accionista ante situaciones determinadas. Véase, Alcalde (2007), pp. 31 y 38; Zuloaga (2021), p. 27.

[22] Moreno (2018), p. 323. En la doctrina chilena, Enrique Alcalde y Eduardo Jequier sostienen que el legislador adopta esta concepción contractualista de interés social. Alcalde (2007), pp. 46-47; Alcalde (2009), p. 125; Jequier (2017), p. 19; Jequier (2016), p. 223.

[23] Una muy buena síntesis en Zuloaga (2021), pp. 30-31. Más ampliamente, Keay (2013), pp. 1-84 y 203-262.

vierte en fuente originaria de poder. Los accionistas están legitimados para convertir en voluntad social" su propia voluntad[24].

Esto, hoy, no deja de plantear problemas. Muchos accionistas entran y salen de la sociedad, sin vincularse con el destino e identidad de la empresa, como es el caso de los inversores institucionales presionando por políticas de beneficio de corto plazo[25], o el fenómeno del *free float* o capital flotante[26].

## 5. Capitalismo gerencial (*Managerial capitalism*)

El desarrollo del capitalismo ha llevado a diferenciar nítidamente entre propietario y controlador. En la versión de Karl Marx, John M. Keynes o Milton Friedman el dueño de la propiedad privada tiene el control de la compañía. Asumen monolíticamente que el inversor o accionista son los propietarios de los medios de producción y, en consecuencia, serían los que tienen la responsabilidad y el control habitual sobre su uso y destino.

A este propósito, y observando el desenvolvimiento de las grandes empresas, la teoría del capitalismo gerencial se ve obligada a distinguir entre inversores y gerentes, accioistas y administradores, para connotar la relevancia de los segundos.

Adolf Berle y Gardiner Means destacan cómo la categoría de "propiedad" es inadecuada para comprender el papel que representa el gerente en la empresa y en el capitalismo contemporáneo. El control tiende a alejarse cada vez más de la propiedad para radicarse en la dirección, en sí misma considerada, capaz de perpetuar su propia posición. Al extremo de que las funciones diferenciadas de la propiedad y del control pueden quedar en manos de grupos con intereses distintos en competencia[27].

Para Robin Marris, el capitalismo posiciona a los gerentes como los controladores y responsables de la corporación. Tienen, sin duda, un deber fiduciario con los intereses de los accionistas o titulares de la propiedad. Pero

[24] Sánchez-Calero (2019), p. 47.

[25] Gutiérrez de Cabiedes (2019), pp. 681-682.

[26] Analizando el caso chileno, Emilio Pfeffer observa que aun las sociedades anónimas abiertas, cuya legislación pareciera fundarse en una noción puramente contractualista del interés social, deben velar por la fe pública y sus implicancias en el mercado financiero. Es el interés social de la empresa, como persona jurídica, lo que persigue la sociedad de capital. Lo que no necesariamente coincide con el interés de los accionistas en cuanto tales. Pfeffer (2015), pp. 212-215.

[27] Más ampliamente, Berle & Means (1991), pp. 1-434. Una justificación de esta tesis desde el ángulo histórico en las grandes empresas estadounidenses (1850-1920), en Chandle (2002), pp. 13-586.

por su papel en la dirección efectiva y cotidiana de la empresa, constituyen el grupo dominante de interés para el capitalismo contemporáneo. En las reglas del juego abiertas, los gerentes tienen, incluso, la oportunidad de perseguir metas alternativas a las puramente financieras[28].

Esta narrativa del capitalismo, que tiene aspectos de realidad en el ámbito sociológico-económico, no se ajusta del todo a las exigencias que impone la perspectiva jurídica[29].

## 6. Capitalismo emprendedor (*Entrepreneurial capitalism*)

Joseph Schumpeter, Israel Kirzner y William Baumol han destacado el papel que le cabe al empresario emprendedor en el desarrollo del capitalismo, personificando la creación del valor económico. Para Israel Kirzner, el emprendedor modela y determina el fenómeno económico, empujando a todos los demás agentes –capitalistas, propietarios, gerentes y trabajadores– a salir de los esquemas del *statu quo*, que sin innovación ni apuesta por el riesgo paralizaría el desarrollo capitalista[30].

Conocida es la tesis de Joseph Schumpeter sobre el empresario emprendedor[31]. Este es el agente determinante en el proceso de "destrucción creativa" del capitalismo, que permite abrir nuevos mercados, agregando valor al proceso y poniendo en competencia dinámica a todos los agentes o recursos del sistema[32].

## 7. Capitalismo de partes interesadas (*Stakeholder capitalism*)

Según Edward Freeman, Kirsten Martin y Bidhan Parmar, este modelo de capitalismo intenta superar los cuatro grandes problemas que aquejarían a los modelos precedentes.

---

[28] Freeman, Martin & Parmar (2007), pp. 306-307. Para la exposición más amplia de esta narrativa, Marris (1968), pp. 1-347.

[29] Desde el punto de vista jurídico, el modelo puede plantear diversos problemas. Véase al respecto, Emparanza (2019), pp. 86-96; Díaz (2019), pp. 107-110.

[30] Kirzner (2013), pp. 1-242.

[31] Una colección de textos del autor sobre estos puntos en Schumpeter (2011), pp. 1-338; Schumpeter (2017), pp. 1-164, 189-210 y 253-271. Una actualización del autor en McCraw (2007), pp. 1-736.

[32] Freeman, Martin & Parmar (2007), p. 307. Véase, más ampliamente, Schumpeter (1942); Kirzner (1985); Baumol (1990), pp. 893-921.

En primer lugar, el problema de la competencia. Suponer que el enfrentamiento para asegurar la sobrevivencia del más apto es la única atmósfera del capitalismo sería falsear su historia. La competencia no es el único prerrequisito para el capitalismo. Entre quienes luchan por los mismos recursos, los demás no solo pueden ser una amenaza, sino, también, socios potenciales en la creación de valor. De hecho, la colaboración de partes interesadas no competitivas es habitualmente necesaria para el impulso y desarrollo de una empresa. Las grandes ganancias a lo largo de la historia se han asociado más al comercio beneficioso (que crea valor) que a la competencia por el dominio del mercado (que intenta capturar valor).

En segundo lugar, nos encontraríamos con el problema de la ética empresarial; con la separación teórica y práctica entre ética y negocios. Para la narrativa común del capitalismo, la ética tiene un papel limitado e, incluso, es perjudicial para la vida de los negocios. Las reglas de la economía no tienen relación con las reglas de la moral, y deben separarse. Y claro, si los agentes económicos están condenados a "tomar" valor en su lucha con los otros en vez de "crearlo" cooperativamente, se entiende el escaso papel de la ética. Pero hay que reconocer las dimensiones morales de cada decisión humana, también en materia de negocios.

En tercer lugar, Edward Freeman, Kirsten Martin y Bidhan Parmar destacan el problema del grupo dominante. El encuadre competitivo del capitalismo conduce a determinar en las narrativas precedentes cuál es (o debe ser) el grupo "dominante" en la economía o en el mercado. Las relaciones entre los distintos agentes económicos se carga de tensión, pues uno solo de esos agentes o grupos debe dominar y priorizar sus intereses. Para John M. Keynes, es el Estado / gobierno. Para Karl Marx, el proletariado (o los obreros). Para Milton Friedman, el inversor, etc. Al primar los objetivos del grupo "dominante", todo el resto de las decisiones de la compañía y de los agentes económicos del entorno se orientan en función de esa prevalencia. El capitalismo termina funcionando por "chorreo". Al priorizar los intereses de un solo grupo de interés, los demás grupos se ven obligados a operar en función estos. En vez de trabajar juntos, se exige ganar o perder.

Finalmente, surge el problema de los negocios en democracia. Si los problemas precedentes no se solucionan, tiene que intervenir el Estado para saldarlos, creando una regulación y unas políticas cada vez más intrusivas. Con ganadores, perdedores y recursos limitados, se hace necesaria la función de un árbitro (el Estado) para resolver los conflictos, dado que no se puede confiar en ningún grupo de interés para encontrar soluciones que beneficien a todos. Asimismo, supuesto que los capitalistas son amorales, el Estado debe legislar la moralidad del capitalismo (*vr. gr.*, límites a la propiedad) y redistribuir recursos cuando el grupo de interés dominante toma en demasía

aquello que podría beneficiar a los demás. La misma presión del empresariado para que el gobierno legisle en su favor, ata aún más los vínculos entre Estado y capitalismo[33].

De ahí la necesidad que sienten Edward Freeman, Kirsten Martin y Bidhan Parmar de avanzar hacia un capitalismo de partes interesadas o de grupos de interés (*Stakeholder capitalism*). Se trata de un modelo de capitalismo que no se funda únicamente en la propiedad privada, el interés propio y el juego individualista para obtener beneficios dentro de las reglas de la competencia y del mercado. No se basta a sí misma la expectativa de los buenos resultados económicos para una sola de las partes interesadas. El impulso lucrativo y el aumento de la riqueza es un objetivo valioso si se acompaña de otras justificaciones.

El capitalismo, para justificarse, debe difundir sus beneficios, en el supuesto de la eficaz organización de la empresa para obtener lucro. Es necesario, por tanto, que en lugar de centrarse en individuos en competencia por recursos limitados, el sistema tienda a integrar a la empresa y los distintos grupos de interés para que trabajen y emprendan voluntariamente juntos a fin de crear relaciones sostenibles en la búsqueda de la creación de valor. En este cuadro, todos los grupos de interés deben quedar justamente protegidos en sus derechos a través de los actos y contratos que voluntariamente generen, en un escenario de cooperación plural y compromiso mutuo. El lucro, como resultado final, puede beneficiar a todos[34].

Edward Freeman, Kirsten Martin y Bidhan Parmar no son, por cierto, los únicos autores en difundir la teoría del *Stakeholder capitalism*[35]. Pero tienen el mérito de sintetizar adecuadamente sus caracteres. A este propósito ofrecen seis principios que integrarían el modelo: cooperación, participación, responsabilidad, complejidad, creación continua y competencia emergente[36].

---

[33] Freeman, Martin y Parmar (2007), pp. 307-311.

[34] *Op. cit.*, p. 311.

[35] Una temprana discusión de esta tendencia, en clave política, en Kelly *et al.* (1997), pp. 1-267. Una justificación con sesgos globalistas y sinárquicos en Schwab (2021), pp. 3-242. Una crítica desde el ángulo de la empresa y del gobierno corporativo, en Mansell (2013), pp. 1-167, quien la reduce a una deontología utópica e incongruente en relación con sus propósitos.

[36] El principio de cooperación reconoce que la actividad empresarial es explícitamente social. Con ello los autores esperarían mejorar el proceso de creación de valor, implicando las necesidades y deseos de todas las partes interesadas a través de actos jurídicos y contratos. El principio de participación se propone superar la discusión sobre quién prevalece en el desarrollo de la empresa capitalista, reconociendo que los grupos de interés deben ser satisfechos en la mejor medida posible para sustentar la creación de valor: clientes, proveedores, comunidades, empleados y financistas, medios de comunicación, representantes adicionales de la sociedad civil, ONG, etc. El principio de responsabilidad niega la tesis de que los negocios sean amorales. Los distintos grupos de interés deben actuar siempre en la línea de la lealtad, la

Desde el ángulo jurídico no es fácil afrontar las consecuencias del *Stakeholder capitalism*. ¿Cuál es el criterio que ha de tener una empresa para recoger los intereses de tantos grupos distintos, unos más próximos que otros, potencialmente en conflicto entre ellos? ¿En qué momento esos intereses se convierten en "derechos" exigibles, generando deberes estrictos de satisfacción para accionistas y administradores? ¿Cómo se protegen los derechos de la propiedad o los deberes de la administración en una sociedad de capital a la que se le imponen deberes intensos de satisfacción de los diversos grupos de interés, más allá de sus objetivos societarios? ¿Cuál es la medida de intervención del Estado?

La *Stakeholder theory* parte de una concepción claramente "institucionalista" del interés social de la empresa, pero extendiendo su significado a intereses que trascienden por completo a los accionistas. Lo "social" va más allá de lo "institucional", con todas las incongruencias jurídicas que ello puede suponer para la propiedad y la administración de la empresa[37]. A fin de evitar tales riesgos, los seguidores de la *Stakeholder theory* han precisado que los administradores de la compañía deben considerar en sus decisiones (lo que no siempre significa tomar en cuenta) los intereses de los *stackeholders*, definidos como los grupos de interés que aportan al éxito o desarrollo de la empresa, o que afectan o se ven afectados por sus políticas y actuaciones[38].

confianza y el reconocimiento de la propia responsabilidad ante conductas lesivas. El principio de complejidad supone que el proceso de creación de valor se sostiene en la complejidad de los seres humanos, que se relacionan a partir de valores y puntos de vista diferentes, todo lo cual hay que integrarlo en el proceso económico. El principio de creación continua destaca que el interés propio no es la única fuente de innovación o progreso. Trabajar con otros y para otros puede ser una motivación más fuerte para mejorar el ritmo del progreso. Finalmente, el principio de la competencia emergente por el que se sostiene que la competencia es una propiedad que hay que cuidar y no una suposición necesaria para el capitalismo. Surge de una sociedad relativamente libre a fin de que los grupos de interés tengas distintas opciones. Freeman, Martin y Parmar (2007), pp. 311-312.

[37] La distinción entre "interés de la sociedad" (empresa, *company*) e "interés social" (*society*, relación de la empresa con el entorno y los diversos grupos de interés afectados por su actividad) es importante, pero requiere de las necesarias formalizaciones jurídicas. El "interés de la sociedad" es un concepto jurídico con delimitaciones claras, propias del derecho societario tradicional. El "interés social" es una noción abierta, menos precisa, que excede el ámbito del derecho societario, pues tiene relación con una regulación más amplia que orienta la actividad de las grandes empresas y su impacto sobre el entorno. Sánchez-Calero (2019), pp. 42-46. La noción de "interés social" puede volverse resbaladiza, cuando se formula en el ámbito de deseos programáticos, anclados en un *soft law* de imprecisiones infinitas. La directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la directiva 2007/36 / CE en lo que respeta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas, es, en este sentido, un buen ejemplo de precisión en el enunciado de deberes.

[38] Freeman, Harrison, Wicks, Parmar, De Colle (*2010)*, *p. 24*. De aquí surge la necesidad de distinguir entre los *primary stakeholders* y los *secondary stakeholders*. Los *primary stakeholders*

Andrew Keay sugiere que la *stakeholder theory* –pese a su aparente discurso moral– no rompe los moldes del utilitarismo, y puede ser reconducida, de algún modo, a los intereses de los accionistas. Es claro que los intereses de los grupos que forman los cuadros de la empresa o que se relacionan directamente con ella (proveedores, acreedores, etc.) deben ser atendidos en toda la medida de lo posible: también han contribuido al desenvolvimiento de la compañía, arriesgando sus inversiones en ella. En los otros casos, la falta de vínculos de respeto, de lealtad o de compromiso de una empresa con sus *stakeholders*, puede significar el rompimiento de las expectativas que sobre ella depositan, lo que podría terminar afectando la rentabilidad y la sustentabilidad en la creación de valor futuro. En otras palabras, con la aplicación de la *stakeholder theory* se espera mantener o aumentar la línea de beneficios de una empresa (favoreciendo a los accionistas) por la vía de crear el mayor valor posible para los sectores interesados (*greater social wealth*), dado el hecho de que todos los grupos de interés se encuentran interrelacionados[39].

La *stakeholder theory* es, de todos modos, una concepción demasiado imprecisa para poder responder a todas las tensiones que se producen o pueden producirse entre las diversas partes interesadas, y salvo instrumentos precisos de garantías, conlleva peligros para el ejercicio de derechos económicos esenciales, particularmente los que nacen de la propiedad y de la legítima libertad del empresario. En principio, los accionistas no pueden ser privados de su derecho al beneficio, salvo que transmutemos la naturaleza de la empresa privada. Los directores y administradores tampoco pueden ser eximidos de sus deberes fiduciarios, etc., salvo que los transformemos en otra cosa.

Asimismo, la *stakeholder theory*, en una suerte de heterogénesis de sus propósitos, podría contener un potencial peligroso de afección de los dere-

son los grupos de interés cuyo concurso es necesario para que la empresa perdure en el tiempo (trabajadores, clientes, proveedores, acreedores, etc.). Los *secondary stakeholders* (autoridades políticas y reguladoras, agrupaciones de defensa de los consumidores, competidores, ONG y grupos de presión, medios de comunicación, etc.). Zuloaga (2021), p. 32.

[39] Keay (2013), pp. 42-44. De todos modos, dado el peligro latente de que los administradores societarios vengan a posponer el interés de los socios en beneficio de los intereses de los otros grupos, incumpliendo con sus deberes fiduciarios, que nacen de la naturaleza jurídica de la sociedad, muchos rechazan esta concepción de la empresa. Dentro de la lógica económico-empresarial, parece más apropiada la teoría de la *enlightened shareholder value*, una suerte de mixtura entre la *shareholder value theory* y la *stakeholder theory*. Las empresas deben perseguir el beneficio de los accionistas, pero mirando el desarrollo de la empresa a largo plazo, para lo cual debe valorar la construcción de relaciones de confianza con los grupos de interés más implicados (trabajadores, consumidores, proveedores, acreedores, etc.). Lo expone con precisión y generoso sentido común, Zuloaga (2021), pp. 33-34.

chos fundamentales y laborales de los trabajadores, así como de los derechos de los clientes y consumidores, en el evento de que algunos *secondary stakeholders* se constituyan en fuertes grupos de presión –y hasta de tensión– subordinando a sus intereses la prestación de bienes y servicios de la empresa. Es lo que se ha visto, por ejemplo, en el caso de la Coca-Cola, en aquella deriva (si bien desnaturalizada) de la *stakeholder theory*, que se conoce como *woke capitalism*[40].

El problema es patente y contraría los objetivos de integración de la *stakeholder theory*. En el *woke capitalism* la cúpula del poder económico empresarial se refuerza y se convierte, además, en un emergente poder político "privado"[41].

## 8. A modo de conclusión

Las diversas teorías sobre la prevalencia, lucha o integración de los distintos grupos de interés que se articulan en torno al ejercicio de la libertad de empresa suponen variadas narrativas o concepciones del capitalismo, mirado desde uno de sus elementos basales, cual es el manejo / inversión / productividad del capital.

Todos convienen, sin embargo, en un punto común: la importancia del lucro en el desarrollo del capital. Pero en este desarrollo, la empresa no queda aislada sino que va creando un entramado de relaciones, primero, con los grupos que hacen parte de su estructura organizacional (administradores, trabajadores, etc.), luego con los grupos vinculados por intereses directos (proveedores, acreedores, clientes, consumidores, etc.), y, más allá, con su entorno menos próximo (grupos de interés secundarios, gobierno, sociedad en general, ambiente, etcétera).

Perfilado este diagnóstico, hay un cierto error de enfoque en los presupuestos teóricos que explican el significado de la empresa y su libertad jurídica en aquel entramado de relaciones.

La empresa es, en realidad, una sociedad *natural*, en el sentido de que su existencia y progreso son necesarios para lograr de un modo adecuado la provisión de bienes y servicios dentro de una sociedad. Su finalidad principal

[40] Coca-Cola ha sido acusada de integrar ideologías radicales (específicamente la *critical race theory)* en sus programas de "inclusión y diversidad" para sus empleados, instruyendo a los trabajadores caucásicos para que reduzcan su "blancura" a fin de adaptarse y parecer menos agresivos para las personas de color. Downey (2021). Una vision crítica de esta muy reciente tendencia, Ramaswamy (2021), pp. 1-328; Soukup (2021), pp. 1-170.

[41] La observación es de Hemphill, Kelley, Cullari (2021), p. 268.

es económica, pero, a la vez, social, pues por medio de la empresa es que los seres humanos producen y ponen a disposición de otros los bienes que requieren para bien vivir. El lucro es, en este sentido, una finalidad legítima, pero en el orden de las finalidades últimas –no hay que olvidarlo– está subordinado al cumplimiento del objetivo central de la empresa: la provisión de bienes y servicios. Es, si se quiere, un fin subjetivo (del sujeto que emprende) y medial, ordenado a la actividad de producción y satisfacción de las necesidades humanas (fin objetivo), para lo cual el capital se asocia con el trabajo en una tarea común. De aquí nace, también, el vínculo esencial que une a la empresa con el consumo.

Emergen en estas situaciones una serie de problemas de justicia que la norma intenta solucionar a través de las regulaciones impuestas por el derecho societario, el derecho laboral, el derecho de consumidor, el derecho de la libre competencia, entre otros. No obstante, en el ámbito de la fundamentación, es necesario volver a reflexionar sobre el primer principio de las relaciones del empresario con los distintos grupos sociales que se asocian o se relacionan con él en el proceso de producción / consumo. El desarrollo de capital ha de ser pensado superando los estrechos límites del utilitarismo.

## Bibliografía

Alcalde, Enrique (2007). *La sociedad anónima. Autonomía privada, interés social y conflicto de interés.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Alcalde, Enrique (2009). "El interés social como causa del contrato de sociedad anónima: su proyección y aplicación práctica desde la perspectiva del derecho privado". *Actualidad Jurídica*, VII, 14.

Baumol, William (1990). "Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive". *The Journal of Political Economy*, 98(5), Part 1. October.

Berle, Adolf & Gardiner Means (1991). *The Modern Corporation and Private Property*. London: Routledge.

Carter, Zachary D. (2021). *The Price of Peace: Money, Democracy, and the Life of John Maynard Keynes*. New York: Random House.

Chandle, Alfred (2002). *The Visible Hand: The Managerial Revolution in American Business*. Massachusetts/ London: Belknap Press of Harvard University Press.

Díaz Ruiz, Emilio (2019). "Deberes de los administradores y deberes de los accionistas: fortalecimiento del equilibrio interno en el gobierno de las corporaciones", en Alfonso Martínez-Echeverría (dir). *Interés social y gobierno corporativo sostenible:*

*deberes de los administradores y deberes de los accionistas*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi.

Directiva (UE) 2017/828 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de mayo de 2017, por la que se modifica la Directiva 2007/36/CE.

Downey, Caroline (2021). "Consumers' Research Launches Ad Campaign Calling Out 'Woke' Companies". *National Review*, May, 18.

Emparanza, Alberto (2019). "La adecuación de los deberes de los administradores al interés social", en Alfonso Martínez-Echeverría, *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*. Cizur Menor: Thomson Reuter/Aranzadi.

Freeman, Edward, Kirsten Martin & Bidhan Parmar (2007). "Stakeholder Capitalism". *Journal of Business Ethics,* vol. 74.

Freeman, Edward R., Jeffrey S. Harrison, Andrew C. Wicks, Bidhan L. Parmar, Simone de Colle (2010). *Stakeholder Theory*: *The State of the Art*. Cambridge: Cambridge University Press.

Friedman, Milton (1990). *Free to Choose: A Personal Statement*. Mariner Books.

Friedman, Milton (1993). *Why Government Is the Problem*. Hoover Institution Press.

Friedman, Milton (2012). *The Indispensable Milton Friedman: Essays on Politics and Economics.* Washington: Lanny Ebenstein, ed., Regnery Publishing.

Friedman, Milton (2015). *A Theory of the Consumption Function*. Martino Fine Books.

Friedman, Milton (2020). *Capitalism and Freedom*. Chicago/London: University of Chicago Press.

Gutiérrez de Cabiedes, Pablo (2019). "La exigencia de responsabilidad a los accionistas como consecuencia del incumplimiento de sus deberes", en Alfonso Martínez-Echeverría (dir.). *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi.

Harvey, David (2012). *El enigma del capital*. Madrid: Akal.

Harvey, David (2014). *Diecisiete contradicciones y el fin del capitalismo*. Quito: IAEN.

Hemphill, Thomas A. Keith E. Kelley, Francine Cullari (2021). "The ascendancy of stakeholder capitalism: What is its meaning for corporate governance?". *Journal of General Management*, vol. 46.

Jequier, Eduardo (2017). *Curso de derecho comercial*. Santiago: Thomson Reuters tomo ii, vol. 1.

Jequier, Eduardo (2016). *Curso de derecho comercial*. Santiago: Thomson Reuters, tomo ii, vol. 2.

Keay, Andrew (2013). *The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance*. Abingdon: Routledge.

Kelly, Gavin *et al.* (1997). *Stakeholder Capitalism*, Palgrave Macmillan.

Keynes, John Maynard (2016 ). *The Essential Keynes*. London: Robert Skidelsky (ed), Penguin Classics.

Keynes, John Maynard (2018). *The General Theory of Employment, Interest and Money*, Palgrave Macmillan, 2018. Original de 1936.

Kirzner, Israel (1985). *Discovery and the Capitalist Process*. Chicago: University of Chicago Press.

Kirzner, Israel (2013). *Competition and Entrepreneurship*, Chicago/London: The University of Chicago Press.

Mansell, Samuel (2013). *Capitalism, Corporations and the Social Contract: A Critique of Stakeholder Theory (Business, Value Creation, and Society)*. Cambridge: Cambridge University Press.

Marris, Robin (1968). *The Economic Theory of 'managerial' Capitalism*. London: Macmillan.

McCraw, Thomas (2007). *Prophet of Innovation: Joseph Schumpeter and Creative Destruction*. Belknap Press of Harvard University Press.

Moreno Fernández, Sara (2018). "¿A qué deben ser leales los directores?", en Lorena Carvajal y Ángela Toso (eds.). *Estudios de Derecho Comercial: Octavas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*. Santiago: Thomson Reuters.

Pfeffer, Emilio (2015). "Deber de lealtad de directores y gerentes de dociedades anónimas al interior de un grupo de sociedades, a propósito del denominado Caso Cascadas". *Actualidad Jurídica*, n.º 32.

Piettre, André (1964). *Marx y el marxismo.* Madrid: Rialp.

Ramaswamy, Vivek (2021). *Woke, Inc.: Inside Corporate America's Social Justice Scam*. New York: Center Street.

Sánchez-Calero, Juan (2019), "El interés social como principio orientador del gobierno corporativo", en Alfonso Martínez-Echeverría. *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas*. Cizur Menor: Thomson Reuters/Aranzadi.

Schumpeter, Joseph (1942). *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Harper Brothers Press.

Schumpeter, Joseph (2011). *The Entrepreneur: Classic Texts by Joseph A. Schumpeter.* Stanford: Markus Becker ed.), Stanford University Press.

Schumpeter, Joseph (2017). *Essays: On Entrepreneurs, Innovations, Business Cycles and the Evolution of Capitalism*. London/New York: Richard Clemence ed., Routledge.

Schwab, Klaus (2021). *Stakeholder Capitalism: A Global Economy that Works for Progress, People and Planet*. New Jersey: Wiley.

Skidelsky, Robert (2005). *John Maynard Keynes: 1883-1946: Economist, Philosopher, Statesman*. London: Penguin Books.

SOUKUP, Stephen R. (2021). *The Dictatorship of Woke Capital: How Political Correctness Captured Big Business*. New York/London: Encounter.

ZULOAGA, Isabel Margarita (2021). "El interés social como principio rector del actuar de la empresa chilena", en M. Fernanda VÁSQUEZ PALMA (eds.). *Estudios de derecho comercial: Décimas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*. Santiago: Thomson Reuters.

# CONSTITUCIÓN Y CONTRATOS DE SEGURO DE SALUD

# CONSTITUTION AND HEALTH INSURANCE CONTRACTS

*Nicolás Enteiche Rosales*[*]

Resumen: Comentaremos la tendencia de los tribunales superiores de justicia consistente en entrar a conocer y acoger acciones de protección en materia de contratos de seguro de salud. Abordaremos la constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, como motivos que explican las decisiones judiciales que se exponen. Finalmente, nos referiremos al alejamiento del modelo de la autonomía de la voluntad radicada en el *Código Civil*, y al acercamiento a la idea de actuación motivada asilada en la Constitución.

Palabras clave: Constitucionalización del derecho, autonomía de la voluntad, arbitrariedad.

Abstract: We will comment on the tendency of the superior courts of justice to grant protection actions related to health insurance contracts. We will address the constitutionalization of law and the horizontal effectiveness of fundamental rights as reasons that explain the judicial decisions. Finally, we will refer to the departure from the model of the principle of autonomy of will established in the Civil Code and the approach to the notion of motivated action located in the Constitution.

Keywords: Constitutionalization of law, principle of autonomy of will, arbitrariness

[*] Profesor investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctorando en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario Conicyt Pfcha/Doctorado Nacional/2019-21190461. Agradezco los comentarios de Guillermo Stange. Correo electrónico: nenteiche@udd.cl

## I. Introducción

Los seguros de salud voluntarios se han ido sumando a los contratos de salud ofrecidos por las Instituciones de Salud Previsional –en adelante, contratos de ISAPRE–. Las personas han optado por complementar su plan de salud a través de las coberturas que ofrecen algunas clínicas y distintas compañías de seguros –en adelante, contratos de seguro de salud–.

Frecuente es encontrarse con publicidad relativa a los seguros de salud, a través de los cuales algunas compañías se obligan a cubrir comunes riesgos. A modo de ejemplo, los aseguradores ofrecen hacerse cargo de los peligros derivados de la escolaridad y de los provenientes de enfermedades catastróficas.

Los contratos de seguro de salud van en alza[1] y el legislador aún no les ha prestado la atención que sí le ha merecido el contrato de ISAPRE. Si bien el art. 2.°, letra f), de la Ley del Consumidor, hace aplicable sus disposiciones a esta clase de convenciones, esta norma y el *Código de Comercio* no describen alguna vía de reclamo análoga a la acción de protección.

¿Ante el vacío legislativo en cuanto a los contratos de seguro de salud, cobra alguna relevancia el contenido de la Constitución? ¿Cuál es el efecto de los derechos constitucionales a la luz de los contratos en que, al parecer, una parte está en una posición preeminente respecto de la otra? Y, en concreto, ¿cuál es el papel que posee la autonomía de la voluntad entre las partes de estos contratos? Estas preguntas cobran especial relevancia, al constatarse que los tribunales superiores de justicia entran a conocer y acogen los reclamos formulados por los asegurados –en adelante, usuarios– en contra de las clínicas y/o compañías de seguros –en adelante, proveedores–.

En Ruiz con Clínica las Condes S.A (2018), la Corte de Apelaciones de Santiago acogió una acción de protección presentada por un usuario, decisión que posteriormente fue revocada[2]. Sin perjuicio del resultado del caso, es relevante atender a lo razonado en la sentencia de la Corte de Apelaciones, pues ella es un antecedente que permite explicar el cambio en la

[1] Según un estudio del Centro de Estudios Públicos, el "97% de la población cuenta con algún esquema de previsión en salud (principalmente seguros) implica que la protección financiera entregada es insuficiente. Ello se refleja en que sólo 34% (un tercio) de las personas dice sentirse confiada o muy confiada de que podrá pagar por la atención que necesita si se enferma de gravedad [...]. Es quizás también por esta razón que cada vez más personas señalan contar con seguros voluntarios, además de los dos seguros obligatorios de salud existentes (cuadro 1). Según la Encuesta de Caracterización Socioeconómica (CASEN), en 11% de las familias al menos un miembro contaba con seguro adicional en 2013, cifra que creció a 16% en 2015", véase Paolucci y Velasco (2017), p. 2.

[2] Corte Suprema (2019).

jurisprudencia de la Corte Suprema. En el caso, el proveedor invocó un estudio que demostraría el aumento del precio de las prestaciones médicas, lo que aparejaría la necesidad de materializar el incremento monetario en el contrato de seguro de salud convenido entre las partes. El fundamento de la Corte de Apelaciones para acoger la acción consistió en que el alza era arbitraria, al no tener relación con los términos del contrato, y al no haberse expuesto las razones del cambio de la prima en la carta que comunicó la modificación contractual –considerando 5.°–.

Existen dos recientes sentencias cuyo resultado se opone al recién expuesto. En Orellana con Metlife Compañía de Seguros de Vida S.A (2020b), la Corte Suprema acogió una acción de protección deducida por el usuario, debido a la modificación unilateral de la póliza por parte del proveedor. En cuanto al devenir procesal, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la acción constitucional[3], sin perjuicio de ello la Corte Suprema revocó tal decisión. De igual modo, en Arancibia con Clínica Alemana de Santiago S.A., Servicios Clínica Alemana Limitada y Servicios Diagnósticos Clínica Alemana Limitada (2020b), se acogió una acción de protección en razón de la exclusión indebida de la cobertura al usuario. Este caso sigue la misma suerte del anterior, pues la Corte Suprema dejó sin efecto el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago[4], tendiente a rechazar la acción de protección.

Nos enfocaremos en dos elementos comunes a las precitadas sentencias:

1. La constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el derecho privado y
2. La autonomía de la voluntad, y el anclaje de los contratos de seguro de salud en la lógica del derecho público.

## II. La constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el derecho privado

A fin de analizar este tópico –2.1– definiremos la constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el derecho privado, y precisaremos su origen normativo en la Constitución de 1980. Posteriormente –2.2– daremos cuenta de algunos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que inciden en la relación jurídica suscitada

[3] Corte de Apelaciones de Santiago (2020a).
[4] Corte de Apelaciones de Santiago (2020b).

entre dos particulares, en los que se solicitó la expulsión del ordenamiento jurídico de algunos preceptos normativos del *Código Civil*.

### *2.1 Sentido y normas constitucionales*

Las sentencias comentadas revelan la aplicación de la constitucionalización del derecho, la que se define como:

> "La existencia del uso técnico de la Constitución como ley fundamental, para amparar aquellas instituciones esenciales a la persona y en la creación de herramientas jurídicas efectivas para hacerla respetar"[5].

La constitucionalización del derecho se planteó hace muchos años por el francés Louis Favoreu[6]. En nuestro medio jurídico, autores como Ramón Domínguez y Fabiola Lathrop remarcan el fenómeno de la aplicación directa de la letra y espíritu de la Constitución en materias que, de antaño, eran propias de la dogmática legalista del *Derecho Civil*[7].

El origen de esta tendencia en Chile es tributario de la Constitución de 1980. El art. 6.°, inciso segundo, de la Constitución, señala que sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de los órganos del Estado como a toda persona, institución o grupo, de lo que se sigue su aplicación directa o eficacia vinculante. Entonces, si una institución es abordada en la Constitución, y esta debe materializarse a través de alguna norma de rango legal; aquella debe ser aplicada sin perjuicio de la eventual omisión en la emisión de la ley convocada para su desarrollo. En el mismo sentido, el art. 20 de la Carta Fundamental configuró a la acción de protección, a través de la cual se otorgó una vía judicial cuyo objetivo fue hacer eficaces a múltiples derechos reconocidos en el art. 19 de la Constitución. De igual modo, el art. 19 n.° 26 constitucional, limitó al legislador, pues le impidió desconocer los derechos descritos en sus veinticinco numerales anteriores.

La Constitución, además de establecer normas que son directamente obligatorias, fija un orden para la emisión de las disposiciones normativas inferiores a ella[8], dado que dentro del principio de juridicidad se comprende al de supremacía constitucional, y al de eficacia vinculante o fuerza norma-

[5] Véase Domínguez (2009), p. 4.

[6] Véase Favoreu (2001), p. 31.

[7] La autora, eso sí, es crítica con el proceso de constitucionalización del derecho de familia en vista a la evidencia empírica, cfr. Lathrop (2017).

[8] Miriam Henríquez traduce esta idea en un libro, el cual tiene por sentido mostrar esos límites y condiciones establecidos por las normas fundamentales, en relación con las normas subordinadas a ella, véase Henríquez (2013).

tiva inmediata[9]. Derivado de la supremacía constitucional, los procesos de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en su completitud, se rigen por las normas constitucionales[10]. Los efectos jurídicos del anterior panóptico son dos: por una parte, uno derogatorio, fruto del cual se debe eliminar a cualquier norma inferior a la Constitución que no se conforme a ella. Otro resultado es el efecto interpretativo, a partir del cual todas las fuentes del derecho deben leerse a la luz de la Constitución.

En nuestro país, la constitucionalización del derecho se agudiza el año 2005, con el potenciamiento de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ahora en manos de un remozado Tribunal Constitucional. La constitucionalización del derecho es el primer paso de otra institución, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Según esta teoría:

> "Los derechos fundamentales son directamente invocables en las relaciones privadas como límites a la autonomía privada, aunque el legislador no lo haya previsto expresamente y sin la necesidad de pasar por el filtro del Derecho Privado"[11].

A través de esta institución, se ha dicho, la Constitución puede obligar al Estado, y también a los particulares, en los vínculos que estos tengan con otros particulares. Ello se debe a que:

> "Las relaciones entre privados se someten automáticamente a las normas sobre derechos fundamentales contenidas en la Constitución Política"[12].

### *2.2 Manifestación en la inaplicabilidad por inconstitucionalidad*

A fin de comprobar la materialización de la constitucionalización del derecho y de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, identificaremos algunos preceptos normativos del *Código Civil*, y mostraremos cómo estos han sido puestos a prueba a la luz de los derechos fundamentales.

---

[9] En este sentido, Alejandro Silva Bascuñán expresa que el art. 6.º de la Constitución de 1980: "afirma, por una parte, la supremacía de la Constitución sobre toda norma jurídica, y por otra, se establece la obligación de que todas las demás se ajusten a ella, tanto en el aspecto adjetivo como en el sustantivo", véase Silva (1997), p. 136.

[10] En materia de derecho administrativo y las fuentes del derecho, es especialmente enfático Jorge Bermúdez, para quien la Constitución limita el poder de los órganos con potestades normativas y establece un orden de prelación de las fuentes, cfr. Bermúdez (2014), pp. 58-63. De igual forma, en materia de derecho constitucional, así se establece en diversas obras, véase Nogueira (2012), pp. 695-696 y Cea (2008), pp. 244-245.

[11] Véase Venegas (2004), p. 206.

[12] Véase Aguilar y Contreras (2007).

No hace mucho se describía, con un dejo de asombro, la diferencia entre la solución de conflictos codificada y la constitucional. Se decía:

> "El Juez, se nos ha enseñado desde siempre, es encargado de aplicar la ley y la jurisprudencia no es jamás fuente de derecho [...] luego el Juez requiere siempre, salvo hipótesis de una laguna legal, de una ley, es decir de una norma que le guía y le precise la regla que ha de hacer observar [...]";

por su parte, en cuanto a la acción de protección se señalaba:

> "Cuando el Juez se enfrenta a la solución de un problema respecto de una garantía constitucional, solo cuenta con los hechos por una parte [...] y el correspondiente número del artículo 19 de la Constitución"[13].

El enfoque del ordenamiento jurídico desde los derechos fundamentales es paradigmáticamente puesto en práctica por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Para apreciar la constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el derecho privado, resulta trascendental ilustrar algunos casos, en los que la magistratura constitucional ha conocido de requerimientos de inaplicabilidad de algún precepto del *Código Civil*. Esta magistratura contrasta la sumisión de las normas legales a los derechos constitucionales, siempre a la luz de los hechos concretos en una gestión pendiente ante un tribunal de justicia –art. 93 n.° 6 de la Constitución–. Todos los casos que se expondrán, tienen lugar en el contexto de una gestión judicial pendiente entre dos particulares.

El ejemplo tradicional es la –constante y casi ininterrumpida– declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del art. 2331 del *Código Civil*. Este precepto condiciona la indemnización de los daños que se irroguen por imputaciones injuriosas, a que se acredite daño emergente o lucro cesante. El artículo impugnado ha sido declarado inaplicable en distintas ocasiones, al ser contrastado con los arts. 1.°, y 19 n.º 4 y 26 de la Carta Fundamental. En los casos, el conflicto judicial en el cual se apoya el requerimiento de inaplicabilidad consiste en una demanda de indemnización de perjuicios de un particular en contra de otro, interpuesta ante un juez de letras en lo civil. De igual manera, en los requerimientos deducidos, el demandante ocurre ante el Tribunal Constitucional dado que el art. 2331 presentaría una limitación a la indemnización de perjuicios, fruto de que en el caso concreto no hubo daño material.

El año 2017, la magistratura constitucional declaró la inaplicabilidad del art. 2331 del *Código Civil*, dándole primacía a la Constitución, y en es-

[13] Cfr. Domínguez Águila (2009), p. 20.

pecífico a los derechos fundamentales, por sobre lo prescrito en el precepto normativo de rango legal. Se expresó, en este sentido, que el efecto del artículo inaplicado:

> "Es, precisamente, privar a los atentados contra el derecho a la honra que no constituyan delitos específicos que se persigan criminalmente, de la protección de la ley, pues, mientras las lesiones a otros derechos igualmente no constitutivas de delitos dan lugar a indemnización por todos los daños patrimoniales y morales causados [...] las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho a la indemnización del daño moral, que es naturalmente el que producen esta clase de atentados" (considerando 15.º)[14].

De igual modo, se cuestionaron los arts. 1458 y 2316 del *Código Civil*. En lo pertinente, las disposiciones normativas prescriben que todos quienes se aprovechen del dolo ajeno serán obligados a indemnizar, hasta la concurrencia del beneficio reportado. El caso consistió en que una contratante, que afirmó estar de buena fe, y que convino previamente con un tercero que habría actuado con dolo, argumentó que la obligación que se le imponía de restituir el dinero obtenido era contraria al art. 19 n.° 24 de la Constitución. La contratante y requirente ante el Tribunal Constitucional explicó que, debido a la aplicación de los preceptos legales, se le estaría despojando o expropiando: "De dineros propios, cuyo justo título está en un contrato [...] válidamente celebrado [...]"[15]. El caso se rechazó por una estrecha votación de seis votos contra cuatro por acoger el requerimiento.

También la sociedad conyugal fue cuestionada. Se trata de un requerimiento del año 2019, en el cual se impugnó el art. 1740 n.º 2 y 3 del *Código Civil*. En lo que interesa, el precepto reprochado señala que las deudas del marido, que no sean personales, serán de cargo de la sociedad conyugal. El caso consistió en que, debido a una deuda adquirida por el marido, a la mujer le fue embargada su parte de la cuota en un bien raíz de la sociedad conyugal, sin habérsele emplazado en juicio. La mujer requirió al Tribunal Constitucional y señaló que la deuda era del marido y que ella estaba divorciada. Afirmó que la norma legal era contraria al debido proceso –art. 19 n.º 3 de la Constitución– porque no fue oída.

Por último, se ha discutido una norma incorporada por la Ley n.º 20500 al *Código Civil*. A través de la modificación al art. 553, inciso segundo, se obligó a las personas jurídicas de derecho privado a que incorporaran en sus

[14] Tribunal Constitucional de Chile (2017). El considerando citado se remite a lo razonado en la sentencia rol n.º 1185.

[15] Tribunal Constitucional de Chile (2018).

estatutos el derecho constitucional al debido proceso. El legislador señaló que la potestad disciplinaria de los cuerpos intermedios debe ser ejercida de acuerdo con "un procedimiento racional y justo, con respeto de los derechos que la Constitución, las leyes y los estatutos confieran a sus asociados".

En lo que interesa a la impugnación, el legislador dispuso: "en todo caso, el cargo en el órgano de administración es incompatible con el cargo en el órgano disciplinario". El año 2018, el Cuerpo de Bomberos de Santiago –requirente de inaplicabilidad–, impugnó el art. 553, inciso segundo, pues este obliga a que el órgano sancionador disciplinario sea distinto al órgano de administración. El requirente ante el Tribunal Constitucional afirmó que, de acuerdo con las particularidades de las compañías de bomberos, relacionadas con su estructura jerárquica, finalidad de servicio social, historia, y a la regulación especial propia y distinta a la del *Código Civil* que las rige, la aplicación del art. 553, inciso segundo, vulneró los arts. 1.º, inciso tercero, y 19 n.os 2 y 3 de la Constitución.

Si bien la sentencia fue desestimatoria, relevante es atender a lo razonado por el Tribunal. La decisión judicial se mostró favorable a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, ya que expresó que esta:

> "Se puede aplicar de una doble manera: como eficacia inmediata frente a la ausencia de previsiones normativas o como eficacia mediata en orden a verificar una legislación específica 'en ese rango' que aplique, desarrolle y concrete los principios constitucionales de los artículos 1° (autonomía de los cuerpos intermedios) y 19, N° 3°, inciso sexto, de la Constitución (procedimiento sancionatorio y debido proceso)" –considerando 15.º–[16].

Los razonamientos antes descritos son similares –en su naturaleza– a los contenidos en las sentencias que son objeto de este comentario de jurisprudencia. En las decisiones de las Cortes también se materializa a la constitucionalización del derecho y a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. El modo en que las sentencias de los tribunales ordinarios concretizan a estas instituciones es de acuerdo con dos dimensiones: una procesal y otra sustantiva.

Por una parte, la constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales tienen lugar en vista de un criterio procesal. Las sentencias dan primacía a la acción de protección sobre las vías legales y contractuales en materia de contratos de seguro de salud. Tal es así que el art. 543 del *Código de Comercio* somete la solución de esta clase de conflictos a un árbitro arbitrador. El procedimiento para conocer de estas

[16] Tribunal Constitucional de Chile (2019), art. 553 del *Código Civil*.

controversias lo fijan las partes, y supletoriamente está sujeto a las limitaciones que impone el *Código de Procedimiento Civil*, en su art. 636 y siguientes.

El argumento de la preponderancia de las vías legales y convencionales no es considerado, pues las sentencias sostienen que existe una primacía de la vía constitucional. Más aún, en Orellana con Metlife Compañía de Seguros de Vida S.A (2020a), la Corte de Apelaciones de Santiago basó su argumentación para rechazar la acción de protección, en la preeminencia de la vía especial. En este sentido, se expresó:

> "Los hechos que da cuenta el recurso, se traducen en una discrepancia respecto de un contrato de seguro [...] ello correspondería ser resuelto por un juez árbitro [...]".

En la misma línea de razonamiento, en Arancibia con Clínica Alemana de Santiago S.A., Servicios Clínica Alemana Limitada y Servicios Diagnósticos Clínica Alemana Limitada (2020a), la Corte de Apelaciones de Santiago reiteró el argumento, transcribiendo la cláusula del contrato por la que se entregaba la competencia a un árbitro arbitrador para conocer de los conflictos suscitados entre el proveedor y el usuario. Las anteriores consideraciones fueron eliminadas por la Corte Suprema.

Por otra parte, los casos aplican a la constitucionalización del derecho y a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales fruto de un criterio sustantivo. Esto es especialmente evidente en la *ratio decidendi* de la sentencia Ruiz con Clínica las Condes S.A. (2018), la cual aplica el art. 19 n.º 24 constitucional –considerando 1.º– para tachar de arbitrario el acto del proveedor –considerandos 5.º y 6.º–. Es esta idea de arbitrariedad la que merece una detenida revisión.

## III. La autonomía de la voluntad, y el anclaje de los contratos de seguro de salud en la lógica del Derecho Público

En materia de contratos de seguro de salud, al igual que en los asuntos que conciernen al derecho del consumidor, se aplica el concepto de arbitrariedad, propio del derecho público, sin acudir a los preceptos normativos ni a las lógicas del derecho privado. Para comprender la relación entre autonomía de la voluntad y arbitrariedad –3.1– verificaremos el lugar que ocupan estos conceptos en el *Código Civil* y –3.2– revisaremos su sitial en los contratos de seguro de salud.

### *3.1 Autonomía de la voluntad y arbitrariedad en el derecho privado*

La autonomía de la voluntad tiene raigambre constitucional. Su génesis normativo está en el art. 1.º, inciso primero, y se revela especialmente en los derechos con carácter económico. No son baladí las expresiones "libre contratación" y "libre elección", en el derecho del trabajo –art. 19 n.º 16–, ni la "libre iniciativa económica" –art. 19 n.º 21–, todas de la Constitución. Ahora bien, del mismo modo en que la libertad es reconocida en la norma fundamental, su contracara aparece en la misma Constitución. Tal es así que en el art. 19 n.º 21, la libertad económica tiene como contrapeso a la moral, el orden público, la seguridad nacional y las normas legales que la regulen. Entonces la libertad es reconocida en la Constitución, y es la misma Carta Fundamental la que anuncia sus límites[17].

El art. 582 del *Código Civil*, permite el ejercicio de la libertad en cuanto al derecho de propiedad. La libertad, en este contexto, está configurada de modo amplio, pues a través de su ejercicio se permite que el propietario actúe arbitrariamente. Esto se explica, ya que el *Código Civil* afirma que la facultad de usar, gozar y disponer puede ejercerse sin razón o fundamento, siempre que no se actúe ilegalmente ni se atente contra el derecho de otro.

Acerca de este punto, se afirma:

> "Siguiendo las codificaciones de la época, el Código establece este carácter absoluto expresando que su derecho [el del propietario] lo ejercita "arbitrariamente"[18].

La arbitrariedad en los actos de disposición es la base del *Código*, lo que se explica por la filosofía tras este. De acuerdo con el derecho privado, esta idea de arbitrariedad sería una:

> "Manifestación palpable del concepto subjetivo del derecho, [pues] le permite al propietario sacar el máximum de provecho de la cosa sobre la que ejerce su derecho, en su exclusivo interés personal"[19].

Creemos que la característica de la arbitrariedad no agota su alcance en esta parcela del *Código Civil*, pues revela la idea del derecho privado sobre la autonomía de la voluntad. El derecho privado no establece –de modo expreso– que las actuaciones con efectos jurídicos de los particulares

[17] Véase Fernández (2004), p. 221.
[18] Véase Peñailillo (2007), p. 128.
[19] Véase Llanos (1940), p. 19.

deban tener fundamento. Al contrario, el derecho privado fija un marco a la voluntad de las partes, sin limitarla en cuanto a su contenido –así aparece, por ejemplo, en los arts. 1438, 1445 y 1460 del *Código Civil*–. Salvo precisos requisitos tocantes al objeto y la causa del contrato –arts. 1462 a 1466 y 1467 del *Código Civil*, respectivamente– o en el derecho de familia, en el derecho privado los actos jurídicos pueden configurarse arbitrariamente, sin que deba existir algún fundamento que justifique la complexión del contenido contractual[20, 21, 22].

En los casos comentados existe un conflicto entre dos particulares, los que configuraron un contrato en vista de su libertad. En razón de ello, los actos de disposición que emanen de tal convención solo debiesen someterse a la mecánica aplicación de las disposiciones contractuales. Debido a lo expuesto, en caso que se eleve la prima o si se realiza cualquier otra actuación de acuerdo con lo convenido, este acto no debiese ser objeto de algún reparo. Lo anterior es sin desmedro de que alguna norma de rango legal pudiese limitar el ejercicio de este derecho.

En este punto entra en juego el concepto de propiedad y su relación con la arbitrariedad. Sin perjuicio de que el derecho de propiedad deba ser integrado con recaudos en las dinámicas contractuales, su análisis resulta ineludible en razón de su empleo por la jurisprudencia judicial en sede de acción de protección. Tema que ha sido analizado profundamente, catalogándose esta invocación a la propiedad como una propia para alcanzar otros fines, los cuales se vinculan con el otorgamiento de amparo a uno de los contratantes, a falta de acciones judiciales eficaces[23].

En el caso Ruiz con Clínica las Condes S.A (2018) se ilustra lo que se viene razonando, pues no se invoca alguna norma de rango legal en la que se ancle la decisión de declarar como "arbitraria" la actividad del proveedor. Al contrario, el pronunciamiento judicial gira –exclusivamente– en torno al art. 19 n.º 24 de la Constitución y al concepto de arbitrariedad.

Es aquí donde reside la diferencia entre la versión de la autonomía de la voluntad del derecho del consumidor con la del código civil. En el derecho privado, no se exige normativamente que exista un motivo tras el

[20] En materia de familia se ha dicho que la acogida a la autonomía de la voluntad se ha ido incrementando, véase Domínguez Hidalgo (2005), pp. 212-213.

[21] Afirmación que se confirma por lo prescrito en el art. 1545 del *Código Civil*, y que no se altera por los casos en que el propio *Código* acude al concepto de motivo o de justo motivo –por ejemplo, en el art. 1585, en cuanto al pago, o en el art. 2037, relativo al censo–.

[22] La naturaleza de este trabajo impide describir y analizar a la doctrina que ha cuestionado a la autonomía de la voluntad como el elemento que permite justificar a la fuerza obligatoria de los contratos. Para una explicación, véase Accatino (2015), pp. 51-53.

[23] Cfr. Barros (1996).

ejercicio del derecho de propiedad; tampoco se requiere alguna justificación de la configuración ni de la aplicación de las cláusulas contractuales. Es esta aproximación la que es repudiada por las sentencias.

### *3.2 Autonomía de la voluntad y arbitrariedad en los contratos de seguro de salud*

El sentido de la arbitrariedad en los contratos de seguro de salud se aleja de las reglas del *Código Civil*. Las decisiones de las Cortes se relacionan con dos normas situadas en otras fuentes normativas. Se trata del art. 19 n.º 2, inciso segundo de la Constitución y del art, 16 letra a) de la Ley del Consumidor.

En el derecho del consumidor se aprecia una absoluta prohibición de la arbitrariedad. Lo que ocurre es que en esta materia hay una cercanía con el límite a la voluntad dado por la Constitución –art. 19 n.º 2, inciso segundo–, precepto por el cual "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". En derecho público, se entiende que la arbitrariedad existe cuando el Estado adopta una decisión, sin razonar o con un razonamiento imperfecto.

La arbitrariedad en derecho público –al contrario del derecho privado–, está en todo caso prohibida. Esto también se encarna en el art. 16, letra a) de la Ley del Consumidor. Esta disposición señala:

> "No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato".

El citado precepto exhibe una enumeración precisa de cláusulas con contenido no deseado para el ordenamiento jurídico[24]. A lo que se agrega que el mismo art. 16, ahora en su letra g), complementa la prohibición de la arbitrariedad, al decir que deben existir parámetros objetivos y las cláusulas deben estar amparadas en la buena fe, entre otros aspectos[25, 26].

Dado que en materia de contratos de seguro de salud se aplica la Ley del Consumidor, aunque exista alguna otra norma especial que pueda referirse a este asunto[27], es necesario entender la inspiración o sustrato de la protección que esta fuente normativa brinda a los consumidores. La arbitrariedad

[24] Véase Barahona (2014), p. 390.

[25] Cfr. Cortes (2018), p. 62.

[26] Este artículo debe ser vinculado, naturalmente, con el art. 1546 del *Código Civil*. Este precepto, se opone a las conductas arbitrarias entre partes ligadas por un contrato, imponiéndoles el deber de comportarse correcta y lealmente en las relaciones mutuas.

[27] Cfr. Barrientos Zamorano (2016), p. 81.

en la Ley del Consumidor está definida y prohibida sin excepciones. Se ha dicho que hay arbitrariedad si "no hay justificaciones reales"[28]. Sin perjuicio de que el razonamiento acerca de la arbitrariedad de la Ley del Consumidor está asilado en las cláusulas abusivas, parece, en el caso Ruiz con Clínica las Condes S.A (2018), haberse excedido ese compartimento estanco.

En el precitado caso, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago analiza la cláusula contractual que permitiría elevar el precio de la prima por parte del proveedor. Esta estipulación señala, en lo pertinente: "La prima [...] será ajustada anualmente, de acuerdo a la tarifa vigente". Para la sentencia, la precitada frase no permitiría el aumento de la prima por el incremento del precio ni por el aumento en la frecuencia de las prestaciones médicas. De igual modo, el aumento de la prima sería indebido, en razón de que el proveedor no comunicó al usuario el estudio que explicaba el aumento del valor y de la periodicidad de los servicios médicos, pues se conformó con aludir a un hecho de conocimiento público –considerando 5.º–[29].

Entonces, el alza en la prima es arbitraria –no la cláusula contractual–, pues la elevación de su cuantía no se basó en la literalidad de los criterios objetivos que las partes convinieron. De igual forma, el incremento fue arbitrario, pues el proveedor no comunicó los fundamentos de la variación de la prima. La necesidad de expresar los fundamentos en esta clase de contratos es esencial, y debe darse a conocer antes de la ocurrencia de la alteración contractual a los usuarios, para que estos se interioricen de los motivos de la actuación del proveedor.

El mismo razonamiento fue materializado por el Tribunal Constitucional, el año 2013, cuando convocó a las ISAPRES a fundamentar las alzas en los precios de los contratos de salud –una vez derogada la ley que establecía algunos elementos objetivos para la modificación de esta especie de convenciones–. Señaló la magistratura constitucional, al definir la razón que elimina la arbitrariedad en las alzas, que:

> "Es regla común en el mundo de los negocios que las empresas deben dejar tan claro como sea posible el móvil en los reajustes de sus precios [...] con cuanta mayor razón esta máxima debe entenderse incorporada en los artículos examinados de la Ley N° 18.933, que versan sobre un contrato regulado por gravitante en la eficacia real de sendos derechos fundamentales"[30].

[28] Véase Barrientos Camus (2017), p. 22.

[29] Corte de Apelaciones de Santiago (2018).

[30] Tribunal Constitucional de Chile (2013), arts. 38 inciso tercero y 38 bis de la Ley n.º 18933.

Similares consideraciones aparecen en las decisiones de la Tercera Sala de la Corte Suprema al controlar el actuar arbitrario del Estado administrador. En un pronunciamiento, la Corte Suprema dejó sin efecto la decisión de un órgano administrativo consistente en denegar una licencia médica. En lo relevante, la Corte, al acoger la acción de protección, obliga a que el Estado justifique su decisión sobre la base de elementos objetivos, y que la explicación sea

> "de tal modo convincente y comprensible que a cualquiera que la lea le resulte no solo de fácil entendimiento, sino que, además, racionalmente plausible, pese a no compartir lo resuelto"[31].

Es posible establecer un paralelo entre lo razonado en Ruiz con Clínica las Condes S.A (2018), con lo desarrollado por el Tribunal Constitucional y la Tercera Sala de la Corte Suprema.

En primer lugar, hay una sinonimia en materia de contratos de seguro de salud con los de ISAPRE, pues en ambos casos se exige que la actuación de los proveedores esté especialmente motivada. Específicamente, se requiere que se justifique detalladamente el cambio en el precio del plan de salud y la modificación de la prima en el contrato de seguro de salud.

En segundo lugar, hay una identidad en materia de contratos de seguro de salud –y en el derecho del consumo– con el derecho público. La razón es clara: En derecho público existe un desarrollo dogmático realizado sobre la base de que uno de los integrantes de la relación jurídica –el Estado–, está ubicado en una posición preeminente respecto del otro –el administrado–. Esta vinculación, y su nota distintiva, es la misma que existiría entre el proveedor y el usuario. En este sentido, se puede extraer de los razonamientos de la Corte de Apelaciones de Santiago, que en los contratos de seguro de salud no existe voluntad negocial, por lo que la estructura del derecho privado sería insuficiente para evitar las conductas arbitrarias en los actos de consumo. De ahí se explica la huida hacia el derecho público.

## IV. Conclusión

En materia de contratos de seguro de salud, a través de la constitucionalización del derecho y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, los tribunales se han alejado del paradigma de la autonomía de la voluntad arraigado en el *Código Civil*. Lo anterior demuestra que la Constitución

[31] Corte Suprema (2017).

como fuente del derecho, y las normas que la componen, priman por sobre la consideración a las disposiciones legales y convencionales.

De suerte tal que, según se avizora, la fundamentación de los proveedores será escrutada, en sede de acción de protección, en términos cada vez más exigentes. Esto implica asimilar a los proveedores a la posición que el Estado administrador detenta frente al administrado, y de consiguiente podría aparejar la incorporación de los estándares desarrollados por la Tercera Sala de la Corte Suprema –en ejercicio de su labor de control– a los contratos de seguro de salud y, por ende, al derecho del consumidor.

## Bibliografía

Accatino, Daniela (2015). "La 'teoría clásica' del contrato y la discusión sobre su adaptación judicial". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 n.º 1.

Aguilar, Gonzalo y Cristián Contreras (2017). "El efecto horizontal de los derechos humanos y su reconocimiento expreso en las relaciones laborales en Chile". Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000100008 [fecha de consulta: 21 de abril de 2019].

Barahona, Jorge (2014). "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: Un marco comparativo". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 n.º 2.

Barrientos Camus, Francisca (2017). "El concepto de arbitrariedad del artículo 16 a) de la Ley de consumo: Análisis de los criterios judiciales que examina la cláusula de modificación unilateral". *Revista de Derecho*, n.º 242.

Barrientos Zamorano, Marcelo (2016). *Normas sobre la protección de los derechos de los consumidores en el contrato de seguro en Chile*. Madrid, Fundación Mapfre.

Barros, Enrique (1996). "El recurso de protección como medio de amparo de los contratos", en Fundación Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones Modernas de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Jurídica Cono Sur.

Bermúdez, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*. Santiago: Editorial Legal Publishing.

Cea, José Luis (2008). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: Ediciones UC, tomo I.

Cortes, Hernán (2018). "Delimitación del concepto de arbitrariedad a propósito de la facultad del proveedor de modificar unilateralmente un contrato por adhesión: una labor de integración e interpretación". *Revista de Derecho y Consumo*, n.º 1.

Domínguez Águila, Ramón (2009). "Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil chileno", en Raúl Tavolari (dir.). *Doctrinas Esenciales. Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Santiago: Edición Bicentenario.

Domínguez Hidalgo, Carmen (2005). "Los principios que informan el Derecho de Familia chileno: su formulación clásica y revisión moderna". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32 n.° 2.

Favoreu, Louis (2001). "La constitucionalización del derecho". *Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile*, vol xii.

Fernández, Miguel Ángel (2004). "Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los derechos fundamentales". *Temas de Derecho. Jormadas de Derecho Civil en Homenaje al Bicentenario del Derecho Francés*, año xix, n.os 1 y 2.

Henríquez, Miriam (2013). *Las fuentes del orden constitucional chileno*. Santiago: Thomson Reuters.

Lathrop, Fabiola (2017). "Constitucionalización y Jurisprudencia Constitucional en el Derecho de Familia chileno". *Estudios Constitucionales*, año 15, n.° 1.

Llanos, Artemio (1940). *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones*. Santiago: Universidad de Chile.

Nogueira, Humberto (2012). *Derecho constitucional chileno*. Santiago: AbeledoPerrot, tomo i.

Paolucci, Franceso y Carolina Velasco (2017). "Reformando el sistema de seguros de salud chileno: Elección, competencia regulada y subsidios por riesgo". *Debates de Política Pública*, n.° 17. Disponible en www.cepchile.cl/cep/site/artic/20170906/asocfile/20170906105051/dpp_025_septiembre2017_paolucci_velasco.pdf [fecha de consulta: Septiembre de 2021].

Peñailillo, Daniel (2007). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Silva Bascuñán, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional. Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia electoral.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo iv.

Venegas, María (2004). *Derechos fundamentales y derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de la autonomía privada*. Madrid: Marcial Pons.

## *Jurisprudencia*

Corte de Apelaciones de Santiago (2018). Ruiz con Clínica las Condes S.A, rol n.° 42400-2018, 24 de mayo de 2018. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.° 24 de la Constitución Política.

Corte de Apelaciones de Santiago (2020a). Orellana con Metlife Compañía de Seguros de Vida S.A.,rol n.° 39040-2019, 5 de marzo. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.os 1 y 24 de la Constitución Política.

Corte de Apelaciones de Santiago (2020b). Arancibia con Clínica Alemana de Santiago S.A., Servicios Clínica Alemana Limitada y Servicios Diagnósticos Clínica

Alemana Limitada, rol n.º 125188-2019, 17 de marzo. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.ºs 9 y 24 de la Constitución Política.

Corte Suprema (2017). Zapata con Superintendencia de Seguridad Social, rol n.º 16675-2017, 3 de agosto. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.º 22 de la Constitución Política.

Corte Suprema (2019). Ruiz con Clínica las Condes S.A, rol n.º 22167-2018, 18 de marzo. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.º 24 de la Constitución Política.

Corte Suprema (2020a). Orellana con Metlife Compañía de Seguros de Vida S.A., rol n.º 30639-2020, 4 de mayo. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.ºs 1 y 24 de la Constitución Política.

Corte Suprema (2020b): Arancibia con Clínica Alemana de Santiago S.A., Servicios Clínica Alemana Limitada y Servicios Diagnósticos Clínica Alemana Limitada, rol n.º 44113-2020,16 de junio. Acción de protección por vulneración del artículo 19 n.ºs 9 y 24 de la Constitución Política.

Tribunal Constitucional de Chile (2013). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por María Elena Lavín Llona respecto de los artículos 38 inciso tercero y 38 bis de la Ley N° 18.933, en los autos sobre reclamo en juicio arbitral, caratulados "Lavin Llona con Isapre Cruz Blanca S.A.", de que conoce la Superintendencia de Salud, bajo el rol n.º 18.380-2012, rol n.º 2337, de 1 de octubre.

Tribunal Constitucional Chile (2017). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Fernando Peñafiel Salas respecto del artículo 2.331 del Código Civil, en los autos sobre indemnización de perjuicios, caratulados "Fernando Peñafiel Salas con Jorge Raimundo Pérez Zavala y otros", de que conoce el Tercer Juzgado de Letras de Ovalle, bajo el rol n.º C-1213-2015, rol n.º 3194 de 6 de junio.

Tribunal Constitucional Chile (2018). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por British American Tobacco Chile Operaciones S.A. "BAT" respecto de los artículos 2316 y 1458 del Código Civil, en el marco de la causa que se tramita bajo el Rol N° C-1057-2007 ante el 14° Juzgado Civil de Santiago rol n.º 2985 de 12 de abril.

Tribunal Constitucional de Chile (2019). Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por el Cuerpo de Bomberos de Santiago respecto de la frase final del inciso segundo del artículo 553 del Código Civil, en los autos sobre recurso de apelación de protección, caratulados "Huaiquilaf con Cuerpo de Bomberos de Santiago", de que conoce la Corte Suprema, bajo el rol n.º 22227-2018, rol n.º 5317 de 10 de abril.

# LA MOTIVACIÓN COMO ELEMENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO: CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE SUPREMA PARA EFECTOS DE SU CONTROL

# STATEMENT OF REASONS AS AN ELEMENT OF ADMINISTRATIVE ACTS: JUDICIAL REVIEW CRITERIA ESTABLISHED BY THE SUPREME COURT

*Carolina Matthei Da Bove**
*Francisco Rivadeneira Domínguez***

Resumen: Luego de algunas consideraciones sobre la relevancia que posee la motivación como un elemento esencial del acto administrativo dictado en el ejercicio de una potestad pública, el artículo tiene por objetivo identificar y sistematizar los requisitos exigidos por nuestros tribunales superiores de justicia para que un acto emanado de la Administración cumpla con el estándar de motivación suficiente, de conformidad a diversos pronunciamientos de la Corte Suprema entre los años 2014 y 2021. Finalmente, el artículo ofrece algunas reflexiones sobre el desarrollo jurisprudencial de la motivación.

Palabras clave: Acto administrativo, motivación, control judicial.

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. LL.M., University of Chicago Law School. Correo electrónico cmatthei@bsvv.cl

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. LL.M., Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico fjrivadeneira@uc.cl

Abstract: After some considerations on the relevance of the statement of reasons as an element of discretionary administrative acts, this essay is dedicated to identifying and systematizing the standards of adequate reasoning set by the Supreme Court, based on case law between years 2014-2021, offering some concluding thoughts on the matter.

Keywords: Administrative act, statement of reasons, judicial review.

## I. Introducción

La motivación del acto administrativo es indispensable para la concreción efectiva del principio de plena justiciabilidad de los actos de la Administración y su control de juricidad, especialmente en sede judicial, no bastando su mera existencia, sino exigiéndose su suficiencia. Al respecto, la Corte Suprema ha avanzado en la última década hacia un control más intenso de la motivación del acto administrativo, abordando el presente trabajo los criterios de la jurisprudencia para determinar si la obligación de motivación ha sido satisfecha o, por el contrario, si el acto debe ser invalidado por carecer de uno de sus elementos esenciales.

## II. Consideraciones sobre el deber de la Administración de motivar sus actos

### *1. La motivación como elemento del acto administrativo*

Entre los elementos del acto administrativo encontramos su elemento causal o motivos, los que, al exteriorizarse, se conocen como motivación[1]. La que puede definirse como "la expresión formal en el acto administrativo de las razones de hecho y de derecho en las cuales el acto se basta a sí mismo"[2-3]. De esta forma, los motivos constituyen presupuesto necesario de todo acto administrativo, pudiendo ser tanto jurídicos –esto es, la causa legal justificatoria del acto– como fácticos[4]. A su vez, consiste en "la expresión en el acto mismo

[1] Bermúdez (2014), p. 149.

[2] Mendoza (2004), p. 95.

[3] En igual sentido, la jurisprudencia ha definido la motivación como "un elemento del acto administrativo que puede ser entendido como la razón que justifica su dictación por la Administración del Estado, en la que se encuentran elementos fácticos y de derecho. Véase Corte Suprema (2017d), considerando 8.°.

[4] Bermúdez (2014), p. 149.

de los motivos que justifican su emisión, esto es, su manifestación explícita"[5], e implica exteriorización, por parte de la Administración, de motivos internos que cumplan con las exigencias de legalidad y razonabilidad[6].

En general, se ha considerado que la motivación del acto administrativo, en tanto elemento formal del mismo, es, asimismo, uno de sus requisitos esenciales, de modo tal que su omisión es sancionada con la nulidad, absoluta e insalvable, del acto[7], y la consecuente privación de sus efectos. Aquella falta de motivación podrá concurrir tanto por ausencia de motivación –por carecer el acto de motivos de hecho y de derecho para ser emitido–, como por motivación insuficiente.

## *2. Consagración positiva en la normativa chilena del deber de motivación*

En el ordenamiento jurídico chileno, el deber que pesa sobre la Administración en orden a exteriorizar los fundamentos de los actos que dicta, viene impuesto por expresa consagración normativa. En efecto, la exigencia de motivación del acto administrativo fluye en primer término de la *Constitución Política de la República* (en adelante Constitución), en cuanto

> "Dictar un acto motivado implica actuar 'en la forma que prescriba la ley', de acuerdo al artículo 7° de la Constitución Política de la República (investidura regular/competencia/debido procedimiento legal), y que es lo que en definitiva permite que un acto produzca plenos efectos jurídicos"[8].

Asimismo, la necesidad de justificación del actuar de la Administración se ampara en el art. 8.º de la Constitución, el que –tras la reforma efectuada el año 2005– consagra el principio general de publicidad y transparencia de los actos públicos, comprendiendo los actos emitidos por todos los órganos estatales[9]. Ya desde 1999, la transparencia se encontraba consagrada en el ámbito legislativo en la Ley n.º 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE), como uno de los principios que rige el actuar de la Administración.

---

[5] González (2005), p. 471.

[6] Encina (2017), p. 35.

[7] González (2005), p. 472.

[8] Helfmann (2016).

[9] El inciso 2.º del art. 8.º de la *Constitución Política de la República* dispone: "Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional".

A partir de la entrada en vigencia en el año 2003 de la Ley n.° 19880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado (en adelante Ley n.° 19880 o LBPA), la motivación del acto administrativo terminal es un requisito legal y formal del mismo[10, 11]. Así, el denominado "principio de motivación"[12] fluye de las siguientes disposiciones del citado cuerpo legal: art. 8.° –que consagra el principio conclusivo–, art. 11 inciso 2.° –referido al principio de imparcialidad, art. 16 –sobre el principio de transparencia– y art. 41 inciso 4.° –norma que establece el contenido de la resolución final dictada en el procedimiento administrativo–; normas que, por su relevancia, se transcriben a continuación:

> "Principio conclusivo. Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad" (art. 8.° de la LBPA).
>
> "Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos" (art. 11, inciso 2.° de la LBPA).
>
> "El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él" (art. 16, inciso 1.° de la LBPA).
>
> "Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno" (art. 41, inciso 4.° de la LBPA)[13].

En consecuencia, conforme al texto expreso de la LBPA, se someten al deber de motivación todos aquellos actos de la Administración sujetos al

[10] Camacho (2010), p. 50.

[11] Antes de la entrada en vigencia de la Ley n.° 19880, la mayoría de la jurisprudencia y doctrina nacional sostenía que el acto administrativo debía contar con la exposición de sus fundamentos, solo en aquellos casos en que así lo hubiese exigido expresamente el legislador. Véase, en tal sentido, Vergara (2002), p. 349.

[12] Cfr. Helfmann (2016).

[13] Como bien observa Andrés Encina, de las normas recién citadas se advierte: "en nuestra legislación el deber de motivación no se regula de forma separada o como un elemento distinto, sino que como una consecuencia de principios del procedimiento y en términos simples, solamente consagrando el deber en sí, aunque no en que consiste ni regulándolo de forma alguna". Encina (2017), p. 97.

procedimiento administrativo[14], especialmente, aquellos actos de carácter terminal[15, 16], tanto de contenido negativo como favorable al administrado.

### *3. Relevancia de la exigencia de motivación: Presupuesto necesario del derecho a la impugnación y del control judicial de legalidad del acto administrativo*

Según ha reseñado Paulina González, el principio de motivación de los actos de la Administración fue sostenido como regla general en nuestro país por la doctrina y recogido en la jurisprudencia contralora y judicial recién a partir de la década de los años setenta del siglo pasado, asentándose su plena vigencia a partir de la consagración positiva en las leyes n.º 18575, en 1999[17], y n.º 19880, en 2003[18].

Dicho lo anterior, cabe preguntarse por qué –más allá de la eventual consagración positiva de un deber de motivación– es deseable imponer a la Administración la obligación de exteriorizar formalmente los motivos de los actos que dicta, al punto que se habla del "principio de inexcusabilidad de la motivación de los actos administrativos"[19]. La respuesta que se obtenga a dicha pregunta guiará, en definitiva, la discusión que surja en torno a los alcances atribuibles a dicha obligación y a los estándares necesarios para entenderla cumplida.

Al respecto, la exigencia de justificar la actuación de la Administración se encuentra en íntima relación con el principio de legalidad o juricidad que impera en un Estado democrático de derecho[20], conforme al cual la actividad administrativa se encuentra condicionada por el derecho o legalidad vigente: Este determina de manera previa el campo de atribuciones en el

[14] Encina (2017), p. 31.

[15] Al respecto, cabe anotar que, en contraposición al denominado "acto trámite", el acto administrativo de carácter terminal es "aquel que pone término al procedimiento administrativo, sea resolviendo el fondo de la solicitud planteada o bien si acaece un mecanismo que pone término anormal al procedimiento". Osorio y Vilches (2020), p. 123.

[16] De acuerdo con la regla general establecida en el art. 15 de la Ley n.º 19880, solo son impugnables los actos administrativos terminales, exceptuándose los denominados "actos de mero trámite cualificados", esto es, aquellos que determinan la imposibilidad de continuar un procedimiento o producen indefensión.

[17] Mediante modificación introducida por la Ley n.º 19653, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile* el 14 de diciembre de 1999.

[18] González (2005), p. 474 y ss.

[19] Aróstica (1986), p. 505 y Mendoza (2004), p. 98.

[20] En efecto, "[...] el supravalor jurídico del Estado de Derecho [...] está compuesto, junto a otro, de dos principios integrantes: el principio de legalidad y el principio del control judicial". Vergara (2002), p. 343.

cual la Administración podrá actuar y las condiciones para hacerlo[21]. Como consecuencia de lo anterior, cada vez que un órgano del Estado tome una decisión en el ejercicio de una potestad pública, debe fundamentarla, de forma tal, que no existan dudas sobre su motivación. En palabras de la Corte Suprema, la motivación constituye un elemento del acto administrativo, precisamente porque:

> "A través de ella se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad"[22].

Adicionalmente, la indispensable motivación del acto administrativo cumple importantes funciones. En primer término, la motivación legitima el ejercicio del poder público por parte de la Administración, ya que permite comprobar la concurrencia de los supuestos de hecho y el cumplimiento de las condiciones de derecho establecidas por la norma y, en definitiva, verificar la conformidad de las decisiones del órgano emisor con el derecho vigente. En segundo lugar, la motivación tiene una importancia defensiva, ya que habilita el derecho de los administrados a impugnar el acto administrativo[23], permitiendo que:

> "Éstos se den cabal cuenta del significado de la decisión y, por consiguiente, puedan eventualmente plantear su impugnación (en sede administrativa o judicial)"[24].

De esta forma, la motivación del acto administrativo permite en último término su control judicial y la efectividad del principio de plena justiciabilidad de la actuación de la Administración, conforme al cual no existen actos u omisiones de la Administración exentos de control por parte de tribunales[25]. Así las cosas, la motivación es un elemento esencial del acto administrativo[26], que permite el control judicial de la actuación de la Administración y –en definitiva– garantiza la vigencia real y efectiva del principio de legalidad[27]. Así, por lo demás, lo ha declarado la Corte Suprema, al sostener:

---

[21] Aróstica (1986), p. 501.

[22] Corte Suprema (2017c), considerando 8.°.

[23] Cfr. Cordero (2017), p. 250.

[24] Camacho (2010), p. 49.

[25] En el ordenamiento jurídico nacional, el principio de plena justiciabilidad de la actuación de la Administración se encuentra consagrado en el art. 38, inciso 2.°, de la *Constitución Política de la República* y en el art. 9-° de la Ley n.° 18575.

[26] Así lo ha entendido la Contraloría General de la República, sosteniendo que la motivación: "Se trata de un elemento esencial de los actos administrativos y consiste, en términos simples, en expresar los fundamentos de hecho y de derecho del mismo". Véase Contraloría General de la República (2008) Dictamen N° 56.391.

[27] Vergara (2002), p. 344.

"El control de los motivos por parte de los tribunales es, según lo expuesto, un control de legalidad del acto administrativo"[28].

En tiempos de mayor intervención por parte del Estado –tan solo piénsese en las restricciones impuestas a las libertades de los administrados en un contexto de crisis sanitaria– y aquellos de reevaluación de instituciones y principios jurídicos en el ámbito constitucional[29, 30], cabe recordar que la exigencia de motivación no se reduce a un formalismo prescindible, ya que, en último término, constituye una verdadera garantía para los administrados. En palabras de la Corte Suprema:

> "En un Estado Constitucional de Derecho, el deber de fundamentación de los actos de la Administración no sólo funciona como garantía de certeza jurídica para los interesados, sino que extiende sus efectos de cara a la ciudadanía"[31].

En definitiva, la motivación de los actos administrativos es esencial para evitar el abuso y la arbitrariedad[32], en tanto

> "la decisión administrativa inmotivada es abuso de poder, sistema autoritario de gobierno, si no tiene la simple y humilde explicación que la coloca por debajo del Derecho y no por encima de los hombres"[33].

### *4. Especial relevancia de la motivación en el caso de actos dictados en ejercicio de una potestad discrecional*

Una de las calificaciones tradicionales de los actos administrativos atiende a la naturaleza de la potestad pública ejercida, distinguiendo entre aquellos

[28] Corte Suprema (2015), considerando 23.º. En el mismo sentido, Corte Suprema (2016a), considerando 12.º.

[29] A la fecha de publicación de las presentes reflexiones, en virtud de la modificación constitucional introducida por la Ley n.º 21200 y como resultado del plebiscito realizado con fecha 25 de octubre de 2021, se encuentra en curso el proceso de redacción de una propuesta de texto de nueva Constitución, a cargo de una convención constituyente.

[30] En similar sentido, Paulina González sostiene: "En el contexto de las democracias contemporáneas, en que la intervención de la Administración en los distintos ámbitos de la sociedad es cada vez más extenso e intenso, la exigencia de motivación de los actos administrativos se vincula estrechamente por una parte, con el desarrollo de mecanismos de control de la Administración, entendiendo dicho control más que orientado en beneficio de la propia Administración dirigido a la protección de los derechos de las personas; y por otra, con el desarrollo de mecanismos de participación de los administrados en dicho control y en la configuración de las decisiones administrativas". González (2005), p. 471.

[31] Corte Suprema (2020c), considerando 4.º.

[32] Encina (2017), p. 49.

[33] Gordillo (2011), p. 13 de capítulo x.

actos dictados en ejercicio de una potestad reglada o, bien, de una potestad de carácter discrecional. De acuerdo con esta calificación teórica[34], en el caso de una potestad reglada:

> "Toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, por lo que la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación a la situación fáctica que la origina"[35].

En cambio, en el caso de las potestades discrecionales, la ley define algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad, a la vez que remite a la estimación subjetiva del resto de las condiciones por parte de la Administración, ya sea en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, en relación con el contenido concreto –dentro de los límites legales– de la decisión aplicable o, bien, respecto de ambos elementos[36].

Ahora bien, no hay discusión en cuanto a que toda potestad, tanto reglada como discrecional, está sujeta al control judicial. Asimismo, la distinción entre actos reglados y discrecionales no obsta a que la motivación debe siempre estar presente en el acto administrativo. En efecto, "la discrecionalidad jamás implica un ejercicio libre o arbitrario de potestades, ya que el supuesto de hecho (motivo-necesidad pública) no queda jamás al arbitrio o apreciación de la autoridad"[37].

La exigencia de motivación es particularmente relevante en el caso de un acto dictado en ejercicio de potestades discrecionales, ya que, en este caso:

> "La motivación es la única forma de permitir el control de la legalidad de la actividad discrecional mediante el examen de la concurrencia de los motivos invocados"[38, 39].

---

[34] En todo caso, cabe advertir que en la práctica no son distinguibles actos cabalmente reglados o discrecionales; más bien, encontramos algunos actos que en sus elementos serán más o menos reglados y otros cuyos elementos serán más o menos discrecionales. Cfr. Bermúdez (2014), p. 142.

[35] Corte Suprema (2017c), considerando 6.°.

[36] Vergara (2002), p. 347.

[37] Mendoza (2004), p. 97.

[38] Corte Suprema (2016b), considerando 8.°. En el mismo sentido, Corte Suprema (2016d), considerando 4.° del voto disidente; Corte Suprema (2016e), considerando 4.° del voto disidente.

[39] En efecto: "Cuando se trata del ejercicio de potestades discrecionales, este principio de motivación tiene plena aplicación e incluso adquiere mayor relevancia, ya que en realidad

De acuerdo con Cristóbal Osorio y Leonardo Vilches, la importancia de la distinción entre actos reglados y discrecionales está dada, principalmente, por los elementos adicionales de control del acto administrativo que surgen a propósito de esta última categoría de actos[40]. Precisamente, entre aquellos elementos adicionales, aparece el control del acto administrativo (discrecional) a través de los motivos y la motivación, mediante técnicas de examen de racionalidad y proporcionalidad[41]: además de controlarse los elementos de legalidad estricta:

> "Deben analizarse de manera especial principalmente los motivos del acto [...] en cuanto a si los fundamentos, razones o argumentos indicados en los motivos del acto administrativo y que le sirvieron de justificación (y que normalmente se conocen en la motivación del acto) respetaron el principio de proporcionalidad, o pasaron el test o regla de razonabilidad, en cuanto a si esos motivos o razones fueron consistentes, coherentes y proporcionadas con la decisión final"[42].

## 5. *Razonabilidad y proporcionalidad en el control de la motivación del acto administrativo*

De acuerdo con Fabián Huepe, la discrecionalidad administrativa ha de entenderse como:

> "El margen de libertad prudencial o razonable que una norma jurídica administrativa confiere intencionadamente o no a la Administración para que aquella determine su actuación"[43].

De este modo, la discrecionalidad está condicionada no solo por su concreción dentro de la legalidad estricta, sino, además, por mantenerse dentro de la razonabilidad y la proporcionalidad. Ambos principios son especialmente útiles a propósito de la motivación del acto administrativo, sirviendo de parámetro para su control en sede judicial, por lo que nos referiremos brevemente a ellos.

Conforme al principio de razonabilidad –también denominado de interdicción de la arbitrariedad–, una:

toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto (motivo) de la norma cuya aplicación se trata [...]". Mendoza (2004), p. 97.

[40] Osorio y Vilches (2020), p. 140.

[41] Huepe (2018), p. 153.

[42] *Op. cit.*, p. 257.

[43] *Op. cit.*, p. 244.

> "Decisión irracional es aquella decisión carente de toda justificación, dictada por el solo capricho o mera voluntad del funcionario encargado de su dictación"[44].

En su aplicación como parámetro para valorar la actuación de la Administración, la doctrina ha sostenido que la razonabilidad comprende tanto un criterio de universalidad como de coherencia[45], de modo que la decisión administrativa se estimará correcta "en todas las situaciones en que se presenten las mismas circunstancias"[46] y, en tanto, esté ajustada al conjunto del ordenamiento jurídico[47]. Sobre este punto, la Corte Suprema ha afirmado –refiriéndose al control judicial de los actos dictados en ejercicio de una potestad discrecional–:

> "[…] si bien la revisión que se ejerce jamás puede determinar una nueva apreciación de los antecedentes sustituyendo la decisión de la Administración, lo cierto es que sí se debe controlar el acto […]. Lo anterior determina que se debe verificar no sólo la existencia de la ley que habilite para ejercer la potestad discrecional, sino que además se debe constatar que se configuren los supuestos de hecho, el cumplimiento del fin previsto en la norma y se cumpla con el requisito de razonabilidad, estrechamente vinculado a la exigencia de proporcionalidad"[48].

Por su parte, el referido principio de proporcionalidad, entendido como prohibición de actuaciones excesivas por parte de la Administración, corresponde una exigencia de ponderación[49], conforme a la cual "debe existir una adecuación entre los medios empleados en el acto que se dicta y la finalidad perseguida por el mismo"[50]. Al respecto, debe tenerse presente que el poder público es un poder finalizado y funcional, en el sentido de que se dirige a la satisfacción de una necesidad pública específica y, en último término, a la consecución del bien común[51]. De esta forma, el principio de proporcionalidad implica una evaluación del ejercicio idóneo o adecuado de la potestad pública, en relación con el fin público perseguido. Aquel examen exige, asimismo, la ponderación de los beneficios para el interés general, sopesando las consecuencias negativas que

[44] Bermúdez (1996), p. 279.
[45] Camacho (2010), p. 58.
[46] *Op. cit.*, p. 59.
[47] *Op. cit.*, p. 61.
[48] Corte Suprema (2017c), considerando 11.°.
[49] Camacho (2010), p. 77.
[50] Bermúdez (1996), p. 280.
[51] Vergara (2002), p. 364. En efecto: "Las potestades públicas constituyen un poder jurídico, pero el que no se ejerce libremente por la Administración, sino en función de un interés, al cual está sujeta".

una acción pueda producir en otros bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento. En consecuencia, en aplicación del principio de proporcionalidad:

> "Si al analizar las motivaciones (se hayan expresado éstas o no) se descubre que con ellas no se cumple el fin para el cual se estableció la potestad, habrá una 'desviación de poder'[52] verificable al controlar la motivación del acto".

## 6. *Los riesgos del control a través del elemento causal: Entre el control de la motivación y el control del mérito*

El principal riesgo que envuelve el control del acto administrativo de naturaleza discrecional sobre la base de su motivación consiste en que "juzgar una motivación como insuficiente o defectuosa puede también ser el resultado de juzgar un acto como no conveniente"[53]. El Estado de derecho descansa sobre el principio de separación de los poderes públicos, estándole vedado a los jueces sustituir a la Administración en los espacios de valoración de conveniencia, mérito u oportunidad que están reservados a esta por el legislador. Distinguiendo entre el control de legalidad y el control de mérito, la motivación como legalidad siempre sería revisable; no así el mérito de la decisión. Este último tiene relación con la conveniencia o no del acto administrativo[54]:

> "La proscripción de revisión del mérito de un acto tiene entonces por objetivo evitar que sea el juez quien determine si un acto administrativo en particular es una 'buena decisión', pues ello permitiría al juez tomar decisiones de política pública que no le corresponden"[55].

En definitiva, el juzgador debe ser juicioso a fin de evitar un desplazamiento de la discrecionalidad administrativa hacia el poder judicial y, concretamente, hacia la Corte Suprema. Al respecto, se ha dicho:

> "La pretensión de buscar la solución más razonable no puede encomendarse al juez, pues no le compete esa misión cuando la norma deja a la Administración un margen de apreciación. El razonamiento jurídico propio de la actividad jurisdiccional puede detectar que la decisión no es razonable, que es arbitraria, pero no puede ayudar a prefigurar la decisión más razonable"[56].

---

[52] Vergara (2002), p. 364.
[53] Costa (2015), p. 217.
[54] *Ibid.*
[55] *Ibid.*
[56] Huepe (2018), p. 269.

Dicho lo anterior, el siguiente apartado está dedicado a identificar el estándar de motivación exigido actualmente por la Corte Suprema, con un análisis referido al control de actos discrecionales, precisamente en atención al papel que la motivación representa en dicho examen judicial.

## III. Estándar de control en la jurisprudencia reciente: ¿Qué (no) constituye motivación suficiente para la corte suprema?

Siendo indiscutible, ya que la motivación es un elemento formal del acto administrativo, ¿cuál es el estándar mínimo que debe satisfacer la Administración? Sobre la base de fallos dictados por la Corte Suprema entre los años 2014 y 2021, el presente apartado está dedicado a identificar y sistematizar precisiones jurisprudenciales en relación con el estándar de motivación exigido respecto del acto administrativo (discrecional) para determinar si el umbral mínimo de motivación fue satisfecho en el caso concreto.

### *1. Proscripción de la motivación por remisión*

A diferencia de la denominada motivación contextual –esto es, aquella en que los fundamentos del acto se expresan en su mismo texto–, la motivación *in aliunde* o por remisión es aquella que aparece en un escrito distinto del acto al que supuestamente motiva, dictado precia o coetáneamente, y generalmente materializado en un informe o dictamen[57]. Al respecto, el ordenamiento jurídico nacional es exigente, no permitiendo la motivación por remisión o no contextual, al disponer expresamente el art. 41 inciso 6.° de la Ley n.° 19880 que "La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma"[58].

En coherencia con la normativa vigente, la Corte Suprema ha aplicado la proscripción de la motivación *in aliunde*, entendiendo que una fundamentación por remisión resta suficiencia al acto administrativo. Así, en causa rol 21192-2015, caratulada Fuentes y otros con Municipalidad de Antofagasta, la Corte ordenó al municipio reclamado –que había invalidado un concurso público para proveer cargos de planta– dictar los respectivos decretos de nombramiento, por estimar, entre otras consideraciones, que:

[57] Rocha (2018), p. 99.

[58] En efecto, la Ley n.° 19880 solo acepta la motivación en el mismo acto, en el sentido de que no basta con la mera cita o referencia a informes, sino que debe incluirse el texto del informe o dictamen en la resolución que fundamentan para que esta última se entienda motivada.

> "[...] existe una sola declaración respecto de irregularidades que no están desarrolladas en el Decreto en análisis, remitiéndose a otros actos administrativos para establecer las irregularidades, cuestión que es inaceptable, toda vez que la exigencia de motivación implica que el acto debe ser autosuficiente, por lo que en él deben explicitarse y analizarse las razones que permiten adoptar la decisión"[59].

Ahora bien, llama la atención el pronunciamiento de la Corte Suprema en torno a la motivación por remisión en el caso rol 3598-2017, conocido como Rectora de la Universidad de Aysén[60], caso paradigmático del control del ejercicio de la discrecionalidad administrativa y, en concreto, de aquel realizado a propósito de la motivación del acto administrativo. En la referida causa, mediante la interposición de una acción de protección de garantías constitucionales, se impugnó el decreto supremo que había removido a Roxana Pey del cargo de rectora de la Universidad de Aysén, alegándose que los motivos indicados en el decreto para la remoción eran inexistentes, y que las reales razones de la destitución habían sido expresadas en una comunicación informal previa. En cuanto a la temporalidad de la motivación del acto administrativo, la Corte Suprema razona sobre la base de la admisibilidad de una complementación entre dos actos administrativos diversos "para efectos de determinar la adecuada motivación", posibilidad que termina rechazando *únicamente en atención a que los recurridos negaron la existencia de otros motivos para la resolver la remoción*[61, 62]. *A contrario sensu*, si el emisor del acto administrativo no niega la complementación de su motivación, el juez estaría habilitado para considerar fundamentos complementarios a efectos de juzgar la adecuada motivación de un acto administrativo.

---

[59] Corte Suprema (2016c), considerando 10.º.

[60] Corte Suprema (2017c).

[61] *Op. cit.*, considerando 9.º: "[...] lo cierto es que ante la negativa de los recurridos en relación a que las 'otras razones' fueran aquellas entregadas en la carta en que se pide la renuncia voluntaria, esta Corte se encuentra impedida de analizar si eventualmente es factible complementar ambos actos administrativos para efectos de determinar la adecuada motivación. Es decir, no se puede analizar la validez de las razones que fueron entregadas en la aludida carta, en atención a que en la especie la Universidad de Aysén se encontraba en un periodo previo a la autonomía universitaria y que, por lo mismo, la autoridad gozaba, al alero del aludido artículo tercero transitorio, de una facultad discrecional para remover a la rectora por motivos fundados, pues como se señaló, los recurridos enfáticamente han referido que los motivos son exclusivamente aquellos que son expuestos en el acto administrativo".

[62] Para un análisis detallado al respecto, si bien en el entendido de tratarse de motivación diferida o *ex post*, véase Poblete (2018), p. 217.

### 2. *Proscripción de la motivación diferida: La motivación debe concurrir en la dictación del acto, y no con posterioridad*

La motivación diferida, esto es, aquella que se realiza con posterioridad a la dictación del acto, ha sido estimada como inadmisible por la Corte Suprema, ya desde 1985[63]. Este criterio se ha mantenido en la jurisprudencia de la Corte; así, en sentencia de 2014, el Máximo Tribunal confirmó lo sentenciado por la Corte de Apelaciones de Concepción, en el sentido de que:

> "Hace exigible, de una adecuada y suficiente fundamentación de sus decisiones, en el momento de expedirlas y no con posterioridad cuando el organismo se defiende de los recursos intentados en su contra"[64].

### 3. *Las razones justificativas del acto deben corresponder al caso concreto*

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, las razones expresadas para motivar un acto administrativo deben contener una ponderación concreta, de modo que correspondan al caso particular sobre el cual el acto, en definitiva, se pronuncia.

En este sentido, en causa rol 27467-2014, relativa a la negativa a otorgar el beneficio de libertad condicional, la Corte estimó que no constituye motivación la reiteración textual de las mismas consideraciones utilizadas para un significativo número de casos:

> "El rechazo de la Comisión de Libertad Condicional a la referida proposición no se encuentra motivada. La única fundamentación es la repetición textual de las mismas consideraciones utilizadas para un significativo número de libertades condicionales rechazadas, tanto de aquellas que el Tribunal de Conducta propuso aceptar, como de aquellas que propuso denegar. La repetición uniforme de las mismas frases ni siquiera puede entenderse como motivación insuficiente, sino que constituye simplemente una ausencia de motivación, lo que es particularmente grave tratándose de la negativa de una libertad sugerida por el Tribunal de Conducta, que es, en principio, el órgano técnico, lo cual demuestra además que dicha determinación no ha sido ponderada caso a caso ni de manera individual"[65].

---

[63] Véase Corte Suprema (1985), Fantuzzi Alliende y otro con Director Ejecutivo del Servicio Agrícola y Ganadero, en Soto (2001), p. 306.

[64] Corte de Apelaciones de Concepción (2014), considerando 23.°. Confirmada por la Corte Suprema (2014a).

[65] Corte Suprema (2014b), considerando 2.°.

Este criterio fue mantenido por la Corte Suprema en sentencia de 25 de julio de 2018, descartando una pretendida motivación a través de formularios genéricos, al sostener:

> "Tal como ha sido reiteradamente sostenido por la Corte, todo acto administrativo debe contener los fundamentos en que se sustenta, con el fin de legitimar la decisión de la autoridad, razones que no pueden ser meramente formales, toda vez que caerían dentro de la categoría de arbitrarios y, por lo tanto, ilegales. Es por ello que, si el acto aparece desmotivado o con razones justificativas vagas, genéricas, imprecisas y que no se avienen al caso concreto, al ser un simple formulario del que sólo se reemplazan determinadas piezas, se debe concluir que el acto carece de uno de sus elementos esenciales"[66].

Más recientemente, en sentencia del año 2020, autos rol 62904-2020, la Corte Suprema ha reiterado que la adecuada representación de los supuestos de hecho es, en definitiva, una exigencia de motivación, la que:

> "Supone, como es evidente, que las razones argüidas por la autoridad hallen sustento en la realidad, vale decir, que se condigan con los antecedentes fácticos del caso en concreto, pues de lo contrario, sólo se estaría dando cumplimiento de manera formal y meramente formularia al cumplimiento de la obligación en comento"[67].

### *4. No basta con que exista la competencia, ni con que se entreguen razones meramente formales, la motivación debe ser real y no aparente*

En el caso Rectora de la Universidad de Aysén, la Administración recurrida había atribuido el siguiente alcance a la motivación como requisito formal del acto: "no puede la recurrente impugnar el argumento esgrimido por la autoridad, basta con constatar que las motivaciones existen"[68]. Aquella alegación fue categóricamente descartada por la Corte Suprema, para la cual:

> "[...] se debe proceder a analizar si aquellas dos razones esgrimidas expresamente para remover a la rectora Pey, son verdaderas, toda vez que, al contrario de lo esgrimido por los recurridos, no es suficiente que las razones sean formalmente expresadas, sino que deben existir"[69],

[66] Corte Suprema (2018), considerando 2.º del voto disidente de ministro Sergio Muñoz y ministra María Eugenia Sandoval.

[67] Corte Suprema (2020e), considerando 13.º.

[68] Corte Suprema (2017c), considerando 4.º.

[69] *Op. cit.*, considerando 10.º.

concluyendo: "Corresponde analizar concretamente las razones esgrimidas por la Administración"[70]. En este caso, la Corte declaró:

> "El acto es ilegal porque los motivos que se explicitaron y que habilitaban su dictación no existieron y, por consiguiente, aquel aparece desprovisto de la adecuada fundamentación"[71].

La Corte Suprema ha exigido en diversos pronunciamientos que la motivación sea real y no aparente, señalando así, en sentencia de 9 de noviembre de 2020:

> "El empleo por parte del recurrido de razones carentes de base o fundamento, vulnera gravemente los principios de publicidad y transparencia que rigen la actuación de la Administración y que exigen la exposición clara y concreta de motivos que den sustento y racionalidad al acto de la Administración, en lugar de otorgarle una mera apariencia de seriedad, regularidad y razonabilidad"[72].

### 5. *El acto carece de motivación si se fundamenta en una errónea calificación jurídica*

Al respecto, la Corte Suprema, en relación con la obligación legal de motivación de los actos administrativos ha sostenido:

> "[...] En este aspecto, es importante tener presente que el acto discrecional puede ser controlado por el juez y ser declarado ilegal si los motivos invocados por el autor del acto no existen o se fundan en un error en la calificación jurídica. Es por ello que la motivación, aun en los actos discrecionales, es un requisito indispensable que debe encontrarse siempre presente"[73].

### 6. *La motivación debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con la dictación del acto administrativo*

Desde el año 2017 a la fecha, la Corte Suprema ha reiterado en diversos pronunciamientos que la motivación no solo debe existir, sino que, también,

[70] Corte Suprema (2017c), considerando 14.°.

[71] *Op. cit.*, considerando 15.°.

[72] Corte Suprema (2020e) , considerando 13.°. Véase, también, en similar sentido, Corte Suprema (2019a).

[73] Corte Suprema (2014b), considerando 2.°. En el mismo sentido, véase Corte Suprema (2017b), considerando 5.°.

debe ser adecuada en relación con la finalidad que se persigue con la dictación del acto administrativo [74].

En el caso Rectora de la Universidad de Aysén, la Corte se refirió a la relación que debe existir entre la decisión y la finalidad perseguida, en los siguientes términos:

> "La prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos de contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad), una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que ésta sólo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento. De este modo, las situaciones que se den fuera de esa relación son desproporcionadas, es decir, manifiestamente excesivas"[75, 76].

Asimismo, en causa rol 34.536-2017, la Corte señaló:

> "[...] las decisiones que adopte la autoridad deben ser razonadas y razonables, de forma que en la apreciación del ámbito del ejercicio de la potestad, puede ser más amplio o restringido al que la norma prevé, teniendo en vista la finalidad del acto administrativo y sus efectos en los administrados"[77].

En el citado caso, se impugnó un decreto alcaldicio que había ordenado la demolición de unas panderetas con el objetivo de permitir una conexión vial, pero sin considerar que aquellos muros minimizaban los riesgos causados por eventuales aluviones en el sector. La Corte dejó sin efecto el decreto impugnado, ya que:

> "No basándose la decisión de la autoridad recurrida en una razón que justifique su proceder, advirtiéndose que más bien aquella se alza como una resolución arbitraria al carecer de todo sustento técnico que de la certeza necesaria para concluir que pese a ser derrumbados los muros de contención la vida y propiedad del recurrente no se verán afectadas, la sola alusión al artículo 589 del Código Civil, como soporte necesario para su actuación, deviene en insuficiente, frente a la necesaria protección de bienes jurídicos de mayor entidad que la jurisdicción debe resguardar, acción en consecuencia arbitraria que debe ser dejada sin efecto"[78].

---

[74] Corte Suprema (2017d), considerando 12.º.
[75] Corte Suprema (2017c), considerando 7.º.
[76] Véase García (2017).
[77] Corte Suprema (2017e), considerando 7.º.
[78] *Op. cit.*, considerando 13.º.

Cabe advertir que, a propósito del control de la adecuación de la motivación a la finalidad del acto administrativo, la Corte Suprema ha bordeado los límites del control de legalidad, acercándose al control de mérito del ejercicio de la discrecionalidad. En efecto, durante el año 2019 y principios del año 2020, la Corte Suprema, siguiendo a Esteban Rocha, asentó como criterio, a través de diversos pronunciamientos que:

> "[...] se deben conocer a través de la motivación las razones de la adecuación del acto a la finalidad pública que lo justifica y, en los casos del ejercicio de una potestad discrecional, las circunstancias que aconsejaron la opción por una solución concreta entre todas las legalmente posibles"[79, 80].

Aquel criterio sugiere, por de pronto, la aspiración a controlar el núcleo de la discrecionalidad, reservado a la Administración, con el evidente riesgo de que la judicatura sustituya a esta.

## *7. Especial estándar de motivación en el caso de actos administrativos de carácter ambiental*

La concretización de la exigencia de motivación suficiente dependerá, en gran medida, de la naturaleza o contenido del acto cuya juricidad se controla. Al respecto, la doctrina y jurisprudencia han identificado tradicionalmente ciertos actos que requieren un estándar particularmente más elevado de motivación, entre los que cabe mencionar:

> "(i) actos de gravamen; (ii) actos que resuelven recursos administrativos; (iii) casos en que la Administración actúa al margen de sus criterios previamente establecidos o bien los sustituye; (iv) casos en que se aparta de un informe solicitado a otro organismo público; (v) cuando se suspenden los efectos de un acto administrativo; (vi) cuando se adopta una medida provisional en el procedimiento administrativo; (vii) cuando se ejerce una potestad discrecional, (viii) cuando se dicta un acto administrativo en base a un procedimiento de selección o competencia en asuntos de personal, bienes o asignación de recursos público; (ix) cuando se autoriza la ampliación de plazos en el procedimiento administrativo"[81].

---

[79] Corte Suprema (2019b), considerando 4.°. En el mismo sentido véase Corte Suprema (2019c), considerando 5.° y Corte Suprema (2020b), considerando 5.°.

[80] De la misma manera, en sentencia de 5 de junio del año 2020, la Corte Suprema sostuvo: "[...] Especialmente interesa, en la motivación, la exposición de las razones de la adecuación del acto a la finalidad pública que lo justifica y, en los casos del ejercicio de una potestad discrecional, las circunstancias que aconsejaron la opción por una solución concreta entre toda s las legalmente posibles". Corte Suprema (2020c).

[81] Cordero (2017), p. 239.

Como ha identificado Luis Cordero Vega, al listado anterior cabe sumar los actos administrativos que aumenten el riesgo ambiental, según se desprende de sentencia dictada en la causa rol 1119-2015, en que la Corte Suprema expresó:

> "Todos los actos administrativos requieren ser fundamentados, pero esta exigencia de fundamentación es más intensa e implica un estándar más alto o exigente en cuanto concierne a actos administrativos que pueden significar una disminución de la protección ambiental y por lo mismo requieren de una motivación especial"[82].

En particular, en el referido caso, la Corte –conociendo vía recurso de casación– confirmó la sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, que había declarado la nulidad del decreto que establecía una nueva norma de material particulado respirable MP10, la que era más laxa que la normativa previa en cuanto al estándar ambiental establecido. En palabras de Luis Cordero Vega, con esta decisión:

> "Se agrega un criterio de 'restrictiva regresión' de una medida de garantía para los ciudadanos. Si la autoridad administrativa en una nueva regla disminuye una medida de protección ambiental vigente durante mucho tiempo, la Corte entiende que el estándar de motivación debe ser 'altísimo', lo que exige que la Administración explique con datos indubitables la medida que está adoptando y su efecto sobre toda la comunidad"[83-84].

## *8. La motivación completa y suficiente exige a la Administración integrar al expediente antecedentes complementarios y actualizados*

Como ha notado Luis Cordero Vega, a partir del caso relativo al plan de cierre temporal del proyecto minero "Pascua Lama", causa rol 58971-2016[85], la Corte Suprema ha establecido:

[82] Corte Suprema (2015), considerando 21.º.

[83] Cordero (2017), p. 240.

[84] Véase en este sentido el considerando 21.º de la sentencia en comento: "en el caso de un acto de la Administración que suprime exigencias de índole ambiental que han estado vigentes por años se requiere que, para que ellas puedan ser dejadas sin efecto, el estándar de motivación ha de ser altísimo y en el presente caso la motivación es absolutamente insuficiente, particularmente porque no se explica cómo es que se haya podido dictar semejante norma en el pasado ni tampoco se da cuenta –en el acto administrativo impugnado– de datos certeros que avalen una medida de indudable efecto sobre toda la comunidad".

[85] Corte Suprema (2017a).

> "La motivación completa y suficiente [...] exige, entre otras cosas, una consulta al resto de los organismos administrativos que podrían tener incidencia en la decisión"[86].

Al respecto, la Corte Suprema ha aplicado un criterio de integración para analizar la concurrencia de motivación suficiente del acto administrativo, conforme al cual una motivación suficiente exige a la Administración integrar al expediente antecedentes complementarios, usando en concreto la figura de consulta a otros órganos de la misma Administración que puedan tener competencia en la materia.

Esta exigencia es construida por la Corte sobre la base del art. 37 de la LBPA, indicando:

> "La fundamentación del acto administrativo no sólo debe existir, sino que también debe ser adecuada a la finalidad que se persigue con su dictación".

En efecto, esta exigencia debe concordarse con lo establecido en el art. 37 de la Ley n.° 19880 que dispone:

> "Para los efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que señalen las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de requerirlos"[87].

Así, en el referido caso del plan de cierre temporal del proyecto "Pascua Lama", la discusión en torno a la fundamentación del acto administrativo se refería a la supuesta:

> "Ausencia de la debida motivación del acto impugnado, el que se dictó sin considerar los antecedentes existentes en la SMA [Superintendencia de Medio Ambiente] y que daban cuenta de dos procesos sancionatorios pendientes, dictando el acto, teniendo únicamente en consideración los datos aportados por el titular del proyecto, sin verificar ni contrastar la efectividad de los supuestos de hecho invocados por la titular del proyecto minero"[88].

La Corte estimó:

> "Al aprobar el Plan de Cierre Temporal Parcial, no parece que el acto impugnado se haya fundado o esté revestido de mérito suficiente, ya

[86] Cordero (2017), p. 246.
[87] Corte Suprema (2017d), considerando 12.°.
[88] Corte Suprema (2017a), considerando 9.°.

> que Sernageomin [Servicio Nacional de Geología y Minería] al menos debió solicitar a la autoridad ambiental los antecedentes relativos a los procedimientos sancionatorios seguidos en contra de la titular del proyecto, informarse del estado de cumplimiento de las medidas dispuestas en él, corroborar la información aportada por el titular del proyecto o simplemente escuchar la opinión del órgano técnico especializado que en el caso dispuso una serie de medidas, para mitigar el daño ambiental que en instancias administrativas y judiciales previas se había constatado, por lo que en atención a lo expuesto sólo cabe concluir que la conducta desplegada por ese órgano administrativo es arbitraria, pues aparece como una actuación desprovista de sustento sin tener otros fundamentos que los argumentos esgrimidos por la titular del proyecto, vulnerándose con ello la garantía del articulo 19 Nº 2 de la Constitución Política de la Republica"[89].

En definitiva, según comenta, a propósito de este fallo, Luis Cordero Vega:

> "[...] la Corte entendió que el Sernageomin no podía utilizar su norma sectorial para aislar la obligación de incorporar la mayor cantidad de antecedentes para su decisión. La consulta a otro organismo público no vincula a la decisión de quien la hace, pero es condición esencial de validez para completar la motivación del acto administrativo"[90].

Este criterio de integración fue posteriormente confirmado por la Corte Suprema en la causa rol 7025-2017[91], relativa al decreto aprobatorio de una ordenanza de la Municipalidad de Tocopilla, que regulaba el cobro semestral de derechos municipales por el aseo periódico especial que presta el Departamento de Aseo y Ornato en espacios públicos de la comuna en cumplimiento del plan de descontaminación atmosférico de Tocopilla, detallando a dichos efectos la forma de cálculo del monto a pagar por cada fuente emisora.

En la especie, se discurrió sobre el estándar que la municipalidad debía utilizar para fijar el cobro de los derechos municipales, esto es, si la entidad edilicia debía solicitar o recabar antecedentes actualizados relativos a emisiones efectivas. Pues bien, la Corte estimó que la ordenanza en cuestión no se encontraba debidamente motivada, ya que no había efectuado consultas a los organismos que disponían de la información actualizada:

---

[89] Corte Suprema (2017a), considerando 11.º.

[90] Cordero (2017), p. 247.

[91] Corte Suprema (2017d).

> "Si bien el acto del municipio goza de un debido sustento, tal fundamentación no resulta adecuada para el cobro que a futuro se haga de derechos municipales por concepto del aseo periódico especial dispuesto por el plan de descontaminación. En efecto, tratándose de un acto que afecta los derechos de particulares, se encuentra obligada la autoridad administrativa a proveerse de antecedentes actualizados al momento de calcular el cobro que regirá para el semestre respectivo"[92].

Al respecto, coincidimos con Luis Cordero Vega en el sentido de que la Corte Suprema, al resolver de esta manera utilizó la regla del art. 37 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo como un mandato de consulta obligatoria, que de omitirse afectaría la validez del acto administrativo[93].

Más allá de la consulta entre órganos de la Administración, en materia de solicitudes de visa y permanencia en el país, la Corte Suprema ha resuelto que un acto administrativo que rechace aquellas peticiones no es motivado si la autoridad no ha requerido al solicitante, durante la tramitación de la solicitud, antecedentes complementarios, según lo posibilita expresamente el art. 135 del decreto 597 de 1984, que contiene el Reglamento de Extranjería. Así, en sentencia de 8 de julio de 2021, tras destacar la importancia de la motivación como es un elemento fundamental del acto administrativo[94], la Corte dejó sin efecto la resolución del Consulado de Chile en Argelia por la cual se había rechazado la solicitud de visa de residencia temporaria del recurrente, en tanto:

> "La recurrida incumplió la normativa referida precedentemente, puesto que habiéndose acogido a tramitación la solicitud de visa del recurrente, la que cumplía con los requisitos, fue definitiva rechazada por no haberse acreditado solvencia económica suficiente, no obstante que en el prolongado tiempo de tramitación, no se le requirió algún antecedente complementario que, considerando los documentos acompañados con el recurso, resultaba razonable solicitar, teniendo además presente el vínculo familiar con el que cuenta el actor"[95, 96].

### *9. Una motivación suficiente requiere dar cumplimiento al principio de coordinación*

El art. 5.° de la LOCBGAE establece, en su inciso 2.°, el deber de los órganos de la Administración del Estado de actuar coordinadamente y propender a la

[92] Corte Suprema (2017d), considerando 13.°.
[93] Véase Cordero (2017), p. 249.
[94] Corte Suprema (2021a), considerando 3.°.
[95] *Op. cit.*, considerando 6.°.
[96] En igual sentido, véase Corte Suprema (2021b).

unidad de acción. Aquel deber ha sido particularizado con la incorporación del art. 37 bis a la LBPA, por la Ley n.º 21000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero. El referido artículo, que entró en vigencia el 26 de mayo de 2018[97], dispone un mecanismo de coordinación regulatoria entre órganos de la Administración del Estado, conforme al cual:

> "Cuando un órgano de la Administración del Estado deba evacuar un acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano, le remitirá todos los antecedentes y requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver conflictos de normas, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación".

Teniendo presente lo anterior, y, como anticipó en su momento José Francisco García, aquella disposición es, en definitiva, una contribución al aumento del estándar de motivación respecto de órganos de la Administración que dicten actos administrativos de alcance general, en tanto incorpora "el mandato legislativo de valoración de la opinión del órgano requerido" de informe[98].

En este sentido, en sentencia de 30 de noviembre de 2020, causa rol 127435, la Corte Suprema estimó carente de motivación e irrazonable una conducta omisiva de efectos particulares por parte del Banco del Estado de Chile, sobre la base de la falta de cumplimiento del deber de coordinación, citando al efecto el art. 37 bis de la LBPA como directriz procesal, en los siguientes términos:

> "A mayor abundamiento, en el ámbito procesal administrativo, todo procedimiento administrativo es aquel que ordena la coordinación entre los diversos órganos que intervienen en el mismo, cada uno en el ejercicio de sus propias competencias sobre diversos aspectos que integran un asunto que debe ser resuelto por la Administración del Estado. En efecto, tal directriz encuentra consagración legal en el artículo 37 bis de la Ley Nº 19.880 [...]"[99].

En la especie, en el contexto de un programa de subsidio habitacional, el Banco del Estado de Chile se había rehusado a suscribir una escritura de compraventa de un inmueble, la se pagaría, junto a una deuda por crédito

[97] Fecha de la publicación en el *Diario Oficial de la República de Chile* del decreto 20 de 2017 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que reglamenta el art. 37 bis de la Ley n.º 19880.

[98] García (2017).

[99] Corte Suprema (2020f), considerando 7.º.

hipotecario adeudada al Banco, con instrumentos financieros custodiados por el Servicio de Vivienda y Urbanismo (en adelante Serviu). Al respecto, y en lo que a este trabajo interesa, la Corte estimó:

> "De la lectura de estas justificaciones se aprecia un proceder arbitrio e ilegal, porque no sólo excluye los hechos que ella misma dice reconocer –depósitos en custodia de Serviu y que sólo pueden ser destinados al pago de la nueva vivienda–, sino que dicha decisión carece de toda motivación, desde que no explica las razones por las cuales no considera al Serviu Metropolitano un garante real y eficaz de la solución de la hipoteca que mantiene la vendedora con su institución"[100].

Sobre la base de lo anterior, la Corte sostuvo:

> "Por tanto, la negativa de las actoras a suscribir el contrato de compraventa y, en especial del Banco, fundado en la 'falta de certeza' del pago del saldo de lo adeudado por la vendedora, es contrario al ordenamiento legal y carece de toda razonabilidad, lo cual se traduce en dilaciones indebidas a las contratantes, que no tenían la obligación jurídica de soportar, puesto que se trata de dos instituciones de la Administración pública, que como se dijo tienen el deber de coordinarse para el ejercicio de sus funciones y propender a la unidad de acción [...]"[101].

### 10. *Es aplicable un estándar más estricto de motivación si el acto administrativo contiene un cambio de criterio*

La Corte Suprema ha estimado que la Administración, en aquellos casos en que modifica un criterio previamente aplicado, se encuentra en la necesidad de explicitar las razones que justificarían ese cambio de criterio; en caso contrario, el acto administrativo carecerá de motivación suficiente[102].

Este criterio ha sido, asimismo, aplicado por la Corte al controlar la legalidad del ejercicio de la función dictaminadora por parte de la Contraloría General de la República, en aquellos casos en que se introduce un cambio de precedente, teniendo en cuenta el impacto de dichos dictámenes, dotados de obligatoriedad y fuerza vinculante respecto de la Administración activa y de la propia Contraloría.

Así, en sentencia de 6 de octubre de 2020, causa rol 20701-2020, la máxima judicatura dejó sin efecto el dictamen n.° 14951 del ente contralor,

[100] Corte Suprema (2020f), considerando 8.°.
[101] *Op. cit.*, considerando 9.°.
[102] Corte Suprema (2020a), considerando 4.°.

que había instruido sobre el privilegio de que gozarían los créditos otorgados por las Cajas de Compensación de Asignación Familiar. Reconociendo la posibilidad de la Contraloría de modificar su jurisprudencia administrativa, la Corte –citando un informe en derecho de Luis Cordero Vega– estimó:

> "Los criterios interpretativos contenidos en los precedentes y jurisprudencia vigente de Contraloría obligan tanto a la Administración activa como al propio órgano contralor, quien si bien puede modificar un criterio mantenido en dictámenes anteriores –esto es, modificar un precedente administrativo–; ello requiere necesariamente de una adecuada motivación que justifique el cambio interpretativo, especialmente tratándose de hipótesis en que se verifican los mismos o similares supuestos de hecho que en el precedente cuya modificación se pretende. La falta de motivación del cambio interpretativo por parte de Contraloría implica un actuar ilegal y arbitrario, en tanto la no expresión de las razones, motivos o fundamentos por los cuales el órgano contralor se aleja de su propia jurisprudencia infringe el principio de interdicción en la arbitrariedad"[103].

En definitiva, la Corte Suprema resolvió:

> "Del modo en que se reflexiona, aparece que el acto impugnado adolece de falta de fundamentación, infringiendo los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, por lo que resulta ser ilegal y, además, arbitrario en tanto queda desprovisto de motivación, existiendo saltos lógicos imposibles de soslayar [...]"[104].

## IV. Conclusiones

1. La motivación es un elemento esencial del acto administrativo, que permite el control judicial de la actuación de la Administración y –en definitiva– garantiza la vigencia real y efectiva del principio de legalidad.
2. La Corte Suprema, en años recientes, ha avanzado en el control del acto administrativo dictado en ejercicio de una potestad discrecional, precisando diversos criterios para determinar si la obligación de motivación suficiente se cumple o no en el caso concreto.
3. Más allá del perfeccionamiento de criterios ya asentados, la Corte

[103] Corte Suprema (2020c), considerando 12.°.
[104] *Op. cit.*, considerando 16.°.

ha innovado con la formulación de otros, tales como la exigencia de un estándar particular en el caso de actos administrativos con contenido ambiental; la exigencia a la Administración de procurarse de antecedentes complementarios y actualizados que incidan en su decisión, y la necesidad de dar cumplimiento al principio de coordinación entre órganos de la Administración, apoyado en la directriz procesal consagrada art. 37 bis de la Ley n.° 19880.

4. Este avance jurisprudencial en torno al control del acto administrativo sobre la base de su motivación –-a nuestro parecer, positivo– no está exento de riesgos, siendo el principal de ellos la sustitución de la Administración por parte del juez, quebrantando el límite dado por el principio de separación de poderes. Si bien los fallos analizados revelan que la Corte Suprema está consciente de aquel deslinde[105], al mismo tiempo la Corte se ha acercado al control de mérito del ejercicio potestades discrecionales, particularmente al aplicar en su examen el criterio de adecuación del acto a la finalidad que se persigue con su dictación.

## Bibliografía

Aróstica Maldonado, Iván (1986). "La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 10.

Bermúdez Soto, Jorge (1996). "El control de la discrecionalidad administrativa". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 17.

Bermúdez Soto, Jorge (2014). *Derecho administrativo general.* 3ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Legal Publishing.

Camacho Cepeda, Gladys (2010). *Tratado de derecho administrativo*. Santiago: Editorial Legal Publishing, tomo IV.

Cordero Vega, Luis (2017). "La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema". *Revista de Estudios Judiciales,* n.° 4.

Costa Cordella, Ezio (2015). "Mejora regulatoria, legitimación y principio de no regresión: el fallo de la Corte Suprema en el caso MP 10". *Revista de Derecho Ambiental*, año VII, n.° 7.

Encina Brevis, Andrés (2017). *Motivación de los actos administrativos. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Librotecnia.

[105] Véase, a modo de ejemplo, Corte Suprema (2017c), considerando 14.°.

Fermandois Vöhringer, Arturo y Jorge Baraona González (2003). "La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿constituye un vicio de nulidad?". *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año vii, n.º 7.

García García, José Francisco (2017). "Ley 21.000 y fortalecimiento de principios de coordinación y motivación del acto administrativo". *El Mercurio Legal*. Disponible en www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/09/21/Ley-21000-y-fortalecimiento-de-principios-de-coordinacion-y-motivacion-del-acto-administrativo.aspx [fecha de consulta: 18 de agosto de 2021].

González Vergara, Paulina (2005). "El principio de motivación de los actos administrativos en el Derecho Nacional". *Actas de la XXXIV Jornadas de Derecho Público*. Santiago: Lexis Nexis.

Gordillo, Agustín (2011). *Tratado de derecho administrativo*. 10ª ed. Buenos Aires, tomo iii.

Helfmann Martini, Carolina (2016). "La motivación como elemento esencial de los actos administrativos y su relación con el Principio de Razonabilidad". *El Mercurio Legal*. Disponible en www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/07/22/la-motivacion-como-elemento-esencial-de-los-actos-administrativos-y-su-relacion-con-el-principio-de-razonabilidad.aspx .[fecha de consulta: 18 de agosto de 2021].

Huepe Artigas, Fabián (2018). *Discrecionalidad administrativa y razonabilidad*. Santiago: Legal Publishing Chile.

Mendoza Zúñiga, Ramiro (2004). "Costos de explotación y motivación. Doctrina, jurisprudencia y Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos". *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 12.

Osorio Vargas, Cristóbal y Leonardo Vilches Yáñez (2020). *Derecho administrativo*. Santiago: DER Ediciones, tomo ii.

Poblete Ortúzar, Domingo (2018). "Caso 'Rectora de la Universidad de Aysén': controlando la discrecionalidad presidencial". *Sentencias Destacadas 2017*. Santiago: Ediciones L y D.

Rocha Fajardo, Esteban (2018). "Estudio sobre la motivación del acto administrativo". *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n.º 65.

Soto Kloss, Eduardo (2001): "La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial". *Actualidad Jurídica*, n.º 3.

Tapia, Javier y Luis Cordero Vega (2015). "La revisión judicial de las acciones regulatorias". *Revista de Políticas Públicas del Centro de Estudio Públicos*, n.° 139.

Vergara Blanco, Alejandro (2002). "La motivación de los actos administrativos", en Contraloría General de la República. *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° Aniversario de vida institucional*. Santiago: Contraloría General de la República.

## *Jurisprudencia*

Contraloría General de la República (2008). Dictamen n.º 56391, de 28 de noviembre.

Corte de Apelaciones de Concepción (2014). Durán García contra Superintendencia de Seguridad Social, rol 780-2014 9 de mayo.

Corte Suprema (2014a). Durán contra Superintendencia de Seguridad Social, Región del Biobío, rol 11709-2014, 3 de junio.

Corte Suprema (2014b). C.H.J. con Comisión de Libertad Condicional, rol 27467-2014, 21 de octubre.

Corte Suprema (2015). Dougnac y otros con Ministerio del Medio Ambiente, rol 1119-2015, 30 de septiembre.

Corte Suprema (2016a). Santander S.A. Corredores de Bolsa con Unidad de Análisis Financiero, rol 5120-2016, 5 de mayo.

Corte Suprema (2016b). Murath Mansilla Maximiliano con Comisión de Libertad Condicional de la Ilustrisima Corte de Apelaciones de Santiago, rol 16042-2016, 7 de junio.

Corte Suprema (2016c). Fuentes y otros con I. Municipalidad de Antofagasta, rol 21192-2015, 6 de julio.

Corte Suprema (2016d). Murath Mansilla Maximiliano con Comisión de Libertad Condicional de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, rol 20.456-2016, 19 de julio.

Corte Suprema (2016e). Ramos Espinoza Mónica Alejandra con Comisión de Libertad Condicional de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y otros, rol 20.455-2016, 9 de agosto.

Corte Suprema (2017a). Junta de Vigilancia del Río Huasco con Servicio Nacional de Geología y Minería, rol 58971-2016, 13 de marzo.

Corte Suprema (2017b). Moraga con Superintendencia de Pensiones, rol 95016-2016, 22 de marzo.

Corte Suprema (2017c). Pey con Mario Fernández Vicepresidente de la República y otro, rol 3598-2017, 19 de junio.

Corte Suprema (2017d). AES Gener S.A. con I. Municipalidad de Tocopilla, rol 7025-2017, 21 de septiembre.

Corte Suprema (2017e). José Manuel Venegas Toro con I. Municipalidad de Antofagasta, rol 34536-17, 27 de diciembre.

Corte Suprema (2018). Ignacio Javier Fernández Astete contra Superintendencia de Pensiones, rol 9016-2018, 25 de julio.

Corte Suprema (2019a). Claros con Dirección General de Obras Públicas, rol 20768-18, 8 de enero.

Corte Suprema (2019b). Claudio Vigueras Falcón en favor de Evan Salomón Cifuentes Saldaña con Municipalidad de San Rosendo, rol 20772-2018, , 22 de enero.

Corte Suprema (2019c). Centro General de Apoderados del Internado Nacional Barros Arana con I. Municipalidad de Santiago, rol 7635-2019, 14 de agosto.

Corte Suprema (2020a). Opko Chile S.A. con Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana, rol 19182-2019, 29 de enero.

Corte Suprema (2020b). Bustos con Fisco de Chile con Ministerio de Bienes Nacionales, rol 12430-2019, 4 de marzo.

Corte Suprema (2020c). Cruz con Cortez, rol 153-2020, 5 de junio.

Corte Suprema (2020d). Institución Financiera Cooperativa Coopeuch Cooperativa de Ahorro y Crédito con Contraloría General de la República, rol 20701-2020, 7 de octubre.

Corte Suprema (2020e). Julio Martin Sanhueza Gonzalez con Ilustre Municipalidad de Talcahuano, rol 62904-20, 9 de noviembre.

Corte Suprema (2020f). García Casanueva y otra con Servicio de Vivienda y Urbanismo y otra, rol 127435-2020, 30 de noviembre.

Corte Suprema (2021a). Fedjekhi Hassane con Consulado de Chile en Argelia, rol 33844-2021, 8 de julio.

Corte Suprema (2021b). Jaspe Garcés, Henry y otros con Departamento de Extranjería y Migración, rol 19243-2021, 2 de agosto.

# LAS INDICACIONES LEGISLATIVAS EN EL PROCESO DE FORMACIÓN DE LA LEY: CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS ENMIENDAS QUE REEMPLAZAN ÍNTEGRAMENTE UNA INICIATIVA LEGAL

# LEGISLATIVE INDICATIONS IN THE PROCESS OF FORMING THE LAW: CONFLICT OF CONSTITUTIONALITY OF THE AMENDMENTS THAT ENTIRELY REPLACE A LEGAL INITIATIVE

*Felipe Hermosilla Torres*[*]
*Alberto Jara Ahumada*[**]

Resumen: El texto examina la constitucionalidad de las indicaciones que reemplazan íntegramente el texto de un proyecto de ley que se encuentra en segundo trámite constitucional. La indefinición del legislador sobre esta materia suele producir incerteza jurídica respecto de su admisibilidad en el Congreso Nacional, por lo que determinar la naturaleza y alcances de este tipo de indicaciones contribuirá a garantizar una tramitación ordenada sobre la base de reglas claras y con pleno respeto al debido proceso aplicable a la formación de la ley.

[*] Máster en Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Director del Diplomado en Derecho de la Construcción, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Contratación Pública, LLM UC. Abogado asociado senior, Dentons Larraín Rencoret. Excoordinador legislativo, Ministerio de Obras Públicas. Exjefe de gabinete, Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño. Correo electrónico: afhermosilla@uc.cl

[**] Máster © en Economía, Universitat de Barcelona. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado de la División Jurídica, Subsecretaría de Telecomunicaciones. Excoordinador legislativo, Ministerio de Defensa Nacional. Exasesor legislativo, Senado de la República. Correo electrónico: lbjara@uc.cl

Palabras claves: Función legislativa, formación de la ley, indicaciones globales sustitutivas, derecho parlamentario, derecho político.

Abstract: This work examines the constitutionality of the indications that entirely replace the text of a bill that is in the second constitutional process. The indefiniteness of the legislator on this matter usually produces legal uncertainty regarding its admissibility in the National Congress, so determining the nature and scope of this type of indications will help to guarantee orderly processing on the basis of clear rules and with full respect for due process applicable to the formation of the law.

Keywords: Legislative function, formation of the law, global substitutes indications, parliamentary law, political law.

## I. Introducción

### *1. La problemática asociada a las indicaciones globales sustitutivas*

Las indicaciones legislativas son el instrumento mediante el cual los diputados, los senadores y el Presidente de la República, como actores colegisladores, materializan de manera formal sus planteamientos en el debate de una iniciativa de ley. La doctrina nacional las define como:

> "Las adiciones o correcciones que constan por escrito y que contienen una propuesta de modificación específica a un proyecto de ley en tramitación"[1]

y que, en términos generales, deben ajustarse a las ideas matrices o fundamentales del mensaje o moción.

En este contexto, se ha cuestionado la legitimidad constitucional de las indicaciones que sustituyen íntegramente un proyecto de ley cuando son formuladas durante el segundo trámite constitucional, pese a que son una práctica relativamente habitual en la actividad parlamentaria. El conflicto jurídico durante el segundo trámite constitucional radica en que las indicaciones sustitutivas globales modifican íntegramente la propuesta primitiva remitida por la Cámara de origen, lo cual podría ser entendido como una

[1] Soto (2015), p. 110.

extralimitación de las atribuciones que tiene la cámara revisora al momento de reexaminar una iniciativa legal en trámite.

Las indicaciones sustitutivas integrales han protagonizado interesantes debates en el último tiempo, como ha ocurrido con aquellas enmiendas globales recaídas en el proyecto de ley que modifica el sistema privado de salud para incorporar un plan garantizado (*Boletín* n.º 8105-11) y en el proyecto de ley que reforma el *Código de Aguas* (*Boletín* n.º 7543-12). En ambos casos el Poder Ejecutivo ingresó indicaciones sustitutivas de carácter global sobre las respectivas iniciativas legales, durante el segundo trámite constitucional, originándose un debate acerca de la constitucionalidad de esa técnica legislativa que, incluso, suspendió por un tiempo su estudio y derivó en un debate de varias sesiones. En el caso del proyecto de ley sobre el *Código de Aguas*, la indicación sustitutiva fue aceptada por la comisión en un formato de indicación parcial, es decir, se consideraron solo las indicaciones que modificaban el texto en discusión, sin entender que suprimía todos los artículos del proyecto que no eran objeto de modificación.

En el último tiempo se ha observado una tendencia por parte del Congreso Nacional a resistir este tipo de indicaciones legislativas o, en su defecto, admitirlas a discusión como simples proposiciones parciales y específicas al proyecto de ley.

## *2. El tratamiento histórico de las indicaciones legislativas*

En el ámbito de textos constitucionales, el tratamiento de las indicaciones legislativas como parte del proceso de formación de la ley es abordado recién en la Constitución Política de 1833. El código político inmediatamente precedente –la Constitución de 1828– solo alude al "proyecto de ley adicionado o corregido" (art. 52), sin especificar que este hubiera o no recibido en su tramitación "adiciones o correcciones" u otra terminología semejante.

En cambio, la Constitución Política de 1833 precisa en su art. 51:

> "El proyecto de ley que fuere adicionado o corregido por la Cámara revisora, volverá a la de su origen: y si en ésta fueren aprobadas las adiciones o correcciones por la mayoría absoluta de sus miembros presentes, pasará al Presidente de la República. Pero si las adiciones o correcciones fuesen reprobadas, volverá el proyecto por segunda vez a la Cámara revisora, donde, si fuesen nuevamente aprobadas las adiciones o correcciones por una mayoría de las dos terceras partes de sus miembros presentes, volverá el proyecto a la otra Cámara, y no se entenderá que ésta reprueba las adiciones o correcciones, si no concurre para ello el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes".

Posteriormente, la Constitución Política de 1925 y el primitivo texto constitucional de 1980 continúan el trazado iniciado por la Carta Fundamental de 1833 en orden a considerar las indicaciones legislativas bajo fórmulas verbales homólogas. La primera las considera como "adiciones o correcciones" (art. 50), mientras que la segunda utiliza indistintamente las expresiones "indicación o corrección" (art. 66, inc. segundo), "adiciones o correcciones" (art. 66, inc. primero), "adiciones y enmiendas" (art. 68, inc. primero) y "adiciones o modificaciones" (art. 68, inc. segundo). Por último, el texto de la Constitución Política hoy vigente denomina a las indicaciones indistintamente como "adiciones o correcciones" (art. 69, inc. primero), "adiciones o enmiendas" (art. 71, incisos primero y segundo) y "adiciones o modificaciones" (art. 71, inc. segundo).

Las indicaciones legislativas han sido históricamente protagonistas de un doble debate constitucional. Por un lado, la conformidad que estas indicaciones deben guardar con las ideas matrices o fundamentales del proyecto de ley y, por el otro, el límite material que deben respetar las indicaciones de iniciativa parlamentaria en orden a no invadir el pliego de materias que son de resorte legislativo exclusivo del Presidente de la República. Sin embargo, creemos que frente a estas dos problemáticas se erige una tercera, relacionada, esta vez, con las indicaciones legislativas que buscan sustituir íntegramente el texto de un proyecto de ley por otro totalmente nuevo. A primera vista resulta un tema de escasa importancia, pero lo cierto es que ellas pueden dar origen a una interesante querella de competencias.

## II. Régimen jurídico de las indicaciones legislativas

### *1. El concepto nuclear*

En nuestra opinión, la indicación legislativa es aquella proposición que, suscrita por el órgano competente, tiene como finalidad adicionar, modificar o suprimir parte del texto de un proyecto de ley que se encuentra en tramitación en alguna de las ramas del Congreso Nacional.

Las indicaciones legislativas buscan materializar los diferentes puntos de vista que sobre una iniciativa de ley pueden adoptar los colegisladores, permitiendo una deliberación conjunta acerca de las adiciones, cambios o supresiones propuestos a la moción o mensaje. La presentación de indicaciones cobra vital importancia durante la discusión particular, puesto que ellas fijan el "rayado de cancha" o términos del debate. Las adiciones o modificaciones se examinarán al revisar cada artículo en detalle, votando cada una de las indicaciones para definir el texto definitivo que informará la comisión respectiva.

Asimismo, las indicaciones legislativas permiten ordenar y conducir el debate durante las sesiones de comisión y de sala, facilitando la adopción de acuerdos de manera eficiente, efectiva y transparente. Cada uno de los parlamentarios y el Poder Ejecutivo pueden presentar las enmiendas que consideren idóneas y oportunas para generar una mejor propuesta de ley.

## *2. La regulación positiva*

Las indicaciones legislativas, en el ámbito constitucional, se encuentran enunciadas en los arts. 69 y 71 de la Carta fundamental. El inciso primero del art. 69 preceptúa:

> "Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto".

Por su parte, el art. 71 de la Constitución Política dispone que el proyecto que fuere adicionado o enmendado por la cámara revisora tendrá que volver a la cámara de origen, instancia en la que:

> "Se entenderán aprobadas las adiciones y enmiendas con el voto de la mayoría de los miembros presentes. Si las adiciones o enmiendas fueren reprobadas, se formará una comisión mixta".

La Ley n.º 18918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, trata de las indicaciones legislativas en los arts. 25 y 26 a propósito de la conformidad que deben guardar con las ideas matrices o fundamentales del proyecto de ley, así como la prohibición de presentar adiciones o enmiendas que sean de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, entre otras materias. Asimismo, la Ley n.º 18918 se encarga de fijar en el art. 25 un procedimiento reglado para atender justamente a la controversia de admisibilidad sobre una determinada indicación. Conforme a ello, si bien el presidente de la instancia (comisión o sala) donde se discuta la indicación se encuentra facultado para declarar admisible o inadmisible una adición o enmienda, cualquier parlamentario puede solicitar una reconsideración de la calificación efectuada. Pero cuando es la sala quien soberanamente se pronuncia sobre el carácter admisible o inadmisible de una indicación legislativa, se produce una prohibición legal para las comisiones de revisar luego esa calificación.

En el ámbito reglamentario, por su parte, la tramitación de esta figura procesal del derecho parlamentario se aborda en los reglamentos de ambas

cámaras. Así, el reglamento de la Cámara de Diputadas y Diputados dispone que las indicaciones deben decir:

> "Relación con las ideas matrices o fundamentales del proyecto, y deberán presentarse por escrito, debidamente redactadas y firmadas, especificando el lugar que corresponde al artículo o inciso nuevo que se propone agregar, o indicando la modificación o modificaciones que se pretende introducir" (art. 129, inc. final).

Por su parte, el reglamento del Senado también sujeta expresamente su admisibilidad a la conformidad que exhiban con las ideas matrices o fundamentales del mensaje o moción que haya iniciado el proyecto de ley (art. 118), entre otros aspectos.

Cabe tan solo mencionar que las indicaciones legislativas guardan cierto parecido con otros tres institutos procesales del ciclo formativo de la ley, pero que difieren en su naturaleza, finalidad y regulación positiva: las observaciones o vetos que el Presidente de la República formula a un proyecto de ley o de reforma constitucional (art. 73 de la CPR); las reservas o declaraciones interpretativas que se pueden realizar a un tratado internacional (art. 54 n.º 1 de la CPR) y las proposiciones que los diputados y senadores efectúan en el marco de una comisión mixta (arts. 70 y 71 de la CPR).

### 3. *Algunos alcances de la doctrina*

La conceptualización de las indicaciones legislativas es un esfuerzo que ha hecho parte de la dogmática nacional con el fin de delimitar los contornos y precisar los alcances de este instituto procesal parlamentario. Así, Alejandro Silva Bascuñán sostiene:

> "El uso de la palabra [indicación] da a entender que se refiere al texto en el cual se formaliza cualquier tipo de proposición que parte del supuesto de un documento anterior, mediante la cual se insta por una adición, supresión, modificación o corrección de cualquiera naturaleza"[2].

Por su parte, Gonzalo García Pino, Pablo Contreras Vásquez y Victoria Martínez Placencia sostienen que la indicación es el:

> "Acto jurídico legislativo en virtud del cual el Presidente de la República, diputados o senadores efectúan 'adiciones o correcciones' y, en general, modificaciones a un proyecto de ley durante su tramitación ante el Congreso Nacional, siempre y cuando tengan una relación directa con las

[2] Silva (2000), p. 122.

> ideas matrices o fundamentales del proyecto en cuestión. La indicación se formaliza por medio de un documento presentado ante el secretario de la Corporación respectiva"[3].

Asimismo, Alan Bronffman ha señalado que la indicación es la:

> "Proposición escrita formulada por el Presidente de la República o por uno o más parlamentarios con el objeto de agregar, modificar o suprimir, total o parcialmente, el contenido de un proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional"[4].

De igual modo, Pablo Urquízar Muñoz y Cristóbal Aguilera Medina definen las indicaciones como aquellos: "

> Actos mediante los cuales el Presidente de la República o los parlamentarios buscan crear, modificar o suprimir una expresión, inciso o artículo en un proyecto de ley que se encuentra en tramitación ya sea en la Cámara de Diputados o en el Senado"[5].

En un sentido similar, Arturo Fermandois Vöhringer y José Francisco García han comprendido las indicaciones como "propuestas de cambios que se presentan durante la tramitación de los proyectos para modificarlos"[6]. Por último, Sebastián Soto Velasco señala que las indicaciones son aquellas "adiciones o correcciones que constan por escrito y que contienen una propuesta de modificación específica de un proyecto de ley en tramitación"[7].

En síntesis, el conjunto de todas estas definiciones del campo de la doctrina nacional muestran tres elementos comunes o notas distintivas que caracterizan a las indicaciones legislativas: son actos o propuestas emanados de un órgano competente; tienen como finalidad modificar los términos de un proyecto de ley y el texto a modificar debe encontrarse en fase de tramitación en el Congreso Nacional.

### *4. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional de Chile, la mayoría de las veces cimentando el camino de la doctrina, ha contribuido con diversas sentencias a precisar el significado, naturaleza y fines de las indicaciones legislativas. En efecto, ha dicho en lo medular:

---

[3] García (2016), pp. 571-572.
[4] Bronfman (2013), pp. 225-226.
[5] Urquízar y Aguilera (2019), p. 68.
[6] Fermandois y García (2009), p. 284.
[7] Soto (2015), p. 110.

> "La voz indicación referida a un proyecto de ley, comprende para la técnica legislativa, toda proposición tendiente a corregir o adicionar un proyecto durante la etapa de su discusión y aprobación"[8].

Asimismo, en una aproximación más descriptiva del fenómeno, esa corte constitucional ha planteado que una indicación:

> "Es una propuesta de cambio a la normativa contenida en un proyecto de ley con objeto de perfeccionarla, motivo por el que, necesariamente, ha de tener una vinculación próxima con la materia especifica del proyecto, lo que la Constitución llama sus ideas matrices o fundamentales. De ahí que las indicaciones del todo ajenas al proyecto o cuya vinculación con el mismo sea remota, lejana, no resultan constitucionalmente admisibles"[9].

Ahora bien, la voz 'indicación' puede emplearse en algunos casos en un sentido amplio del término, esto es, un uso genérico y no circunscrito al ámbito legislativo y, en otros, en un sentido restrictivo. En efecto, el Tribunal Constitucional se lamenta que el *Diccionario de la lengua española* no contemple ninguna acepción técnicamente adecuada para el uso legislativo, por lo que:

> "Puede decirse que la expresión 'indicación' se utiliza en ciertos casos con un significado restrictivo, referido únicamente a la proposición escrita que se formula por el Presidente de la República o por parlamentarios para introducir determinada 'adición o corrección' al texto de un actual proyecto de ley en actual tramitación, y en otros en un sentido amplio, como sinónimo de 'proposición', 'ponencia' o 'sugerencia', y tal vez se entronizó su uso por haberse reservado el término más apropiado de 'moción' para la iniciativa de nuevos proyectos de ley (la expresión 'moción' en su cuarta acepción [de la RAE] es 'proposición que se hace o sugiere en una junta que delibera')"[10].

Por consiguiente, el presente trabajo analiza justamente las indicaciones legislativas en su sentido restringido, como lo ha concebido el Tribunal Constitucional y ciertamente la legislación positiva, para descender metodológicamente a continuación hacia una modalidad o especie de estas enmiendas: las indicaciones sustitutivas integrales.

No obstante, el panorama se complejiza cuando se advierte que no solo existen las acepciones amplias y restringidas del vocablo 'indicación',

[8] Tribunal Constitucional (2011), considerando 58. También véase la sentencia n.º 259, c. 16 y la sentencia n.º 719, c. 21, ambas del mismo origen.

[9] Tribunal Constitucional (2007b), considerando 10.

[10] Tribunal Constitucional (2011), considerando 57.

sino que, también, una acepción especialísima y de escasa ocurrencia, pero no menos importante. Se trata de la indicación entendida como solicitud de división de una determinada votación en la sesión de sala o de comisión. En efecto, puede también recibir la denominación de 'indicación' aquella solicitud de votación separada que puede realizar un parlamentario durante la discusión y votación de un artículo, inciso o, incluso, una indicación en sentido restringido. El Tribunal Constitucional ha planteado a este respecto:

> "La expresión 'indicación' es utilizada indistintamente con el sentido restringido o el sentido amplio que se han referido, por lo cual podría, sin mayor dificultad, atribuirse el carácter de 'indicación' a la petición de dividir una proposición antes de empezar su votación, establecida en el artículo 164 del Reglamento del Senado"[11].

Esto configuraría un tercer sentido de la palabra, minoritario y poco frecuente, pero que conviene tener presente en las distinciones metodológicas.

Debido a estas complejidades semánticas, Alejandro Silva Bascuñán fue consciente de la diversidad de acepciones que admiten las voces 'indicación', 'adición', 'corrección', 'enmienda' o 'modificación'. Por ello, en un esfuerzo simplificador planteó que tales expresiones pueden aludir a cualquier cambio que experimente el texto legislativo en discusión, con independencia si la palabra se predica del mensaje, la moción, un guarismo, un término o, incluso, de alguna indicación. En efecto, tratando de la fórmula "adiciones o correcciones" utilizada por el constituyente para designar las indicaciones en el art. 69 de la Carta Fundamental, Alejandro Silva manifiesta:

> "Pudieron llamarse posiblemente, de modo más comprensivo, adecuado y con alcance genérico 'enmiendas' o 'modificaciones', vocablos también muy exactos que se usan luego, respectivamente, en los incisos 1º y 2º del artículo 68 [actual 71], para significar la amplia voluntad del constituyente de permitir todo cambio que persiga alterar el texto de la iniciativa, que agregue o suprima un elemento, sustituya o varíe en cualquier forma el que figura en el mensaje, moción o texto en curso de aprobación"[12].

A esta altura del análisis, cualquiera podría creer que la distinción excesivamente minuciosa de la palabra 'indicación' obedece a una disputa escolástica o bizantina. Sin embargo, ella tiene la mayor actualidad y ha sido materia de pronunciamiento por parte de la judicatura constitucional, por ejemplo, en el año 2011, a propósito del proyecto de ley que incorporaba al *Código del*

[11] Tribunal Constitucional (2011), considerando 59.
[12] Silva (2000), p. 120.

*Trabajo* un art. 197 bis, nuevo. Este proyecto de ley creó el permiso posnatal parental con un tope de subsidio de 30 UF, cuyo financiamiento corre con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares. Una vez que el Congreso Nacional hubo despachado el proyecto de ley, el Poder Ejecutivo presentó un requerimiento de inconstitucionalidad del mensaje aprobado, toda vez que al haber dividido el Senado la votación del art. 197 bis, nuevo, a solicitud del ex-senador Fulvio Rossi, esa Cámara había vulnerado por medio de esa actuación el ámbito de materias reservado a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República[13]. En efecto, al aprobarse la parte del artículo referente a la creación del permiso posnatal parental, pero rechazando el tope de 30 UF, se aumentó en la práctica el monto del subsidio. Este cambio hacía incrementar el gasto fiscal en treinta y cinco millones de dólares por año, comprometiendo las reglas de administración financiera y presupuestaria del Estado cuya definición compete en exclusiva al Jefe de Estado[14]. Como se ve, en este caso la petición de votación separada también cabe dentro del concepto de indicación, por lo que no queda eximida de dar cumplimiento, entre otras reglas constitucionales, a la iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República.

## *5. Los diferentes tipos de indicaciones legislativas*

Las indicaciones legislativas pueden clasificarse desde diferentes puntos de vista: por el objeto, la iniciativa, la extensión, el tipo de norma sobre la cual recaen y por los efectos. Sin duda la categorización más conocida tiene relación con su objeto, según el cual pueden dividirse en indicaciones aditivas, sustitutivas y supresivas.

Las adiciones o enmiendas de carácter aditivo son aquellas que tienen por finalidad incorporar al proyecto de ley uno o más elementos adicionales, tales como: palabras, números, frases, parágrafos, incisos o artículos. A su vez, las indicaciones sustitutivas tienen por finalidad reemplazar, corregir o enmendar algún aspecto determinado de la iniciativa legal, como: palabras, números, frases, parágrafos, incisos o artículos. A este respecto, un autor ha definido las indicaciones sustitutivas como:

> "Aquellas que reemplazan íntegramente un proyecto de ley, sea éste mensaje o moción. Son utilizadas comúnmente cuando una determinada iniciativa es objeto de numerosas propuestas alternativas que, para efectos de facilitar el debate, exigen reemplazar completamente el proyecto de ley"[15].

[13] Tribunal Constitucional (2011), considerandos 65 y 66.
[14] Véase Soto (2008), p. 228.
[15] Soto (2015), p. 111.

Esto nos resulta impreciso toda vez que una indicación sustitutiva puede tener perfectamente un alcance o extensión parcial respecto del proyecto de ley, no una pretensión necesariamente global o integral, como se verá luego en la tercera clasificación de las adiciones o enmiendas. Por último, las adiciones o enmiendas supresivas tienen por finalidad eliminar o suprimir del proyecto legislativo elementos tales como: palabras, números, frases, parágrafos, incisos o artículos.

Desde el punto de vista de su iniciativa, las indicaciones pueden ser parlamentarias o presidenciales. Las adiciones o enmiendas parlamentarias son aquellas que presentan los diputados y senadores en ejercicio de su función legisladora. En cambio, las indicaciones presidenciales son aquellas que formula el Presidente de la República en su papel de colegislador. La regla general es que las adiciones o enmiendas pueden presentarse tanto por los parlamentarios como por el Poder Ejecutivo, pues ambos concurren por mandato constitucional a la formación de las leyes. Sin embargo, existe un conjunto de materias que el art. 65 de la Constitución Política reserva a la iniciativa legislativa exclusiva del Presidente de la República, por lo que existe una prohibición para que los diputados y senadores adicionen, modifiquen o supriman elementos de un proyecto de ley en tales asuntos.

Desde el punto de vista de su extensión, las indicaciones legislativas pueden ser parciales o, bien, globales o integrales. Las adiciones o enmiendas parciales persiguen adicionar, modificar o suprimir la iniciativa legal en un determinado elemento o aspecto específico y concreto, sin comprometer la globalidad del proyecto. En cambio, las indicaciones globales o integrales buscan modificar el proyecto de ley en su totalidad, siendo esa enmienda una propuesta de reemplazo absoluto de la iniciativa legal en discusión. Como puede advertirse, las indicaciones globales tienen naturaleza eminentemente sustitutiva (reemplazan el texto legislativo completo), aunque también podrían ser supresiva si la indicación propone la eliminación íntegra del texto. Por último, la indicación global no podría ser nunca aditiva, puesto que una adición a un proyecto de ley, solo puede ser parcial al agregar nuevo articulado sobre un texto existente.

Desde el punto de vista del tipo de norma sobre el cual recaen, las adiciones o enmiendas pueden ser indicaciones legislativas propiamente tales o indicaciones constitucionales. Las primeras son aquellas que recaen en un proyecto de ley en tramitación, pudiendo dicha propuesta de ley tener una naturaleza de interpretativa constitucional, orgánica constitucional, de quórum calificado o de ley simple, conforme a la distinción establecida en el art. 66 de la Carta fundamental. En cambio, las indicaciones constitucionales son aquellas que recaen sobre un proyecto de reforma constitucional, cuya tramitación se rige por los arts. 127 a 129 de la Constitución Política,

así como subsidiariamente por las demás normas previstas para la formación de la ley.

Desde el punto de vista de sus efectos, las indicaciones legislativas pueden ser enmiendas puras y simples o, bien, enmiendas *ad referendum*. Las indicaciones puras y simples son aquellas que, cumpliendo con las formalidades legales y reglamentarias, tienen como efecto inmediato en el proyecto de ley generar una adición, sustitución o supresión de un aspecto suyo desde el instante en que son aprobadas. En cambio, las indicaciones *ad referendum* son aquellas.

> "Modificaciones específicas a un proyecto de ley, pero que no presentan las características formales de una indicación, sea porque no están firmadas o porque están contenidas en verdaderas minutas que son objeto de diversas modificaciones en el debate de la comisión"[16],

de manera que su aprobación no tiene efecto alguno sobre la iniciativa legal en tramitación mientras no se dé cumplimiento posterior a una determinada solemnidad. Estas indicaciones carecen de una consagración legal o reglamentaria, pero como han nacido de la costumbre parlamentaria gozan de una aplicación excepcional. Ellas son normalmente presentadas por los diputados y senadores respecto de temas en los que no tienen iniciativa legislativa, por lo que se aprueban *sub conditione*, esto es, bajo la condición de que el Presidente de la República decida otorgarles su "patrocinio". Este patrocinio significa, en la práctica, que el Poder Ejecutivo asume el compromiso político de recoger ese planteamiento normativo previamente acordado en una indicación de su autoría para someterlo válidamente a votación durante el proceso formativo de la ley.

## 6. *Los efectos de las indicaciones*

Las indicaciones legislativas presentadas válidamente tienen como principal efecto impedir el cierre del debate durante la discusión parlamentaria y con ello evitan la clausura del trámite constitucional. De este modo, las adiciones o enmiendas deberán ser consideradas por la comisión y por la sala, en su caso, procediendo a la aprobación, rechazo o declaración de inadmisibilidad. Cabe señalar que la costumbre parlamentaria acepta la figura del retiro de una indicación válidamente presentada, siempre que lo haga su propio autor y no se haya verificado una votación sobre la misma.

Por el contrario, el proyecto de ley que no hubiere recibido indicaciones se entenderá aprobado y seguirá su curso regular de tramitación. Pero

[16] Soto (2015), p. 113.

si las indicaciones válidamente presentadas han recaído sobre un aspecto parcial del proyecto:

> "Los preceptos respecto de los cuales ellas no se hubieren formulado se entenderán aprobados, y el resto debe ser considerado nuevamente por la Comisión"[17].

## *7. Los requisitos de las indicaciones*

La regulación constitucional y legal vigente establece un conjunto de requisitos que deben cumplir las indicaciones legislativas, los cuales refieren a aspectos tanto de fondo como de forma. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha precisado los alcances de tales exigencias con ocasión de los requerimientos de inconstitucionalidad que, respecto de ciertos proyectos de ley, han planteado parlamentarios o el Poder Ejecutivo. A partir de estas consideraciones, se puede afirmar que las indicaciones legislativas deben cumplir una serie de requisitos, la mayoría de ellos copulativos entre sí:

a) Las indicaciones deben ajustarse al marco axiológico y también formal que ha fijado la C*onstitución Política de la República*. La Ley n.º 18918 establece: "no podrán admitirse indicaciones contrarias a la Constitución Política" (art. 24, inc. segundo), lo cual busca preservar la jerarquía y consistencia normativa interna del ordenamiento jurídico.

   Ahora bien, en la práctica parlamentaria el análisis de admisibilidad de las indicaciones busca en los hechos ponderar su correspondencia meramente formal con las normas de iniciativa exclusiva del Presidente de la República. La adecuación sustantiva a las ideas matrices o fundamentales del proyecto de ley, así como su ajuste a la preceptiva dogmática o axiológica que se contiene en las bases de la institucionalidad y en el catálogo de garantías fundamentales, queda usualmente entregado a la labor de las comisiones técnicas.

   En ese contexto, una interpretación adecuada implica que en materias regidas por el derecho publico solo procede una interpretación restrictiva y ajustada a sus propios términos[18], que respete la supremacía constitucional[19] y el principio de legalidad que constituye un límite al poder público al servicio de la libertad

[17] García (2016), p. 572.
[18] Contraloría General de la República (1986).
[19] Celis (2019), p. 42.

del ciudadano[20]. En definitiva, los parlamentarios no se encuentran eximidos de "someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República" (art. 6, inc. primero de la CPR), ni tampoco se encuentran exentos de "actuar dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley" (art. 7, inc. primero de la CPR).

Por otro lado, cabe destacar que la ausencia de contradictoriedad que deben tener las indicaciones respecto de la Constitución Política no tiene aplicación en aquellas indicaciones que se formulen a un proyecto de reforma constitucional. Como este persigue, ciertamente, modificar la Carta fundamental, se deben aplicar a tales indicaciones las normas del proceso de formación de la ley tan solo en lo que resulte aplicable, sujetándose en lo demás a las disposiciones de los arts. 127 a 129 de la Carta fundamental.

b) Las indicaciones legislativas deben tener relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto de ley. La Constitución Política es categórica en señalar:

"en ningún caso se admitirán las [adiciones o correcciones] que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto" (art. 69, inc. primero).

Por su parte, la Ley n.º 18918 reitera el mismo postulado cuando dispone:

"sólo serán admitidas las indicaciones que digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto" (art. 24, inc. primero).

La conformidad de una enmienda con las ideas matrices de la iniciativa legal en trámite es generalmente una cuestión de interpretación jurídica compleja de solucionar, pues requiere de un trabajo hermenéutico acerca de cuáles han sido las motivaciones del autor del mensaje o moción para abrir una discusión legislativa en ese ámbito, lo que no siempre es declarado de manera expresa.

El problema de fondo que el régimen de las ideas matrices busca resolver, según Arturo Fermandois y José Francisco García, es poner fin a las llamadas "leyes misceláneas", es decir, leyes que contienen regulaciones sobre los más variados campos sin que exista una relación, ni aún lejana entre ellas[21]. Un caso paradigmático de una

[20] Valdivia (2018), p. 153.
[21] Fermandois y García (2009), p. 285.

ley miscelánea, comentado por Sebastián Soto, fue aquel proyecto de ley que, con anterioridad a la reforma constitucional de 1970, buscaba establecer determinados delitos contra la salud, pero cuyo trámite legislativo fue aprovechado por los parlamentarios para aumentar la cuantía de los delitos en general y aumentar las multas, así como también para conceder la excarcelación bajo fianza a los reos que estaban presos más de seis meses[22].

c) Las indicaciones legislativas deben ser presentadas por quienes se encuentran procesalmente legitimados para ello. Esta atribución en nuestro esquema constitucional radica en forma exclusiva en el Presidente de la República y en el Congreso Nacional, a quienes la Carta fundamental confiere la calidad de legitimados activos para concurrir a la formación de las leyes, conforme disponen respectivamente el art. 32 n.º 1 y el art. 46 de la Constitución Política. En el ordenamiento jurídico nacional no existe la iniciativa ciudadana para proponer un proyecto ley, lo cual, si bien es una característica del tipo eminentemente representativo de nuestro sistema democrático, previene Alejandro Silva Bascuñán:

> "no es excusa para la ausencia de vías jurídicas que contemplen no sólo la facultad de los particulares de hacerse escuchar [...], sino, a un mismo tiempo, la obligación de estos de tomar en cuenta y aquilatar las representaciones se les haya formulado"[23].

Ahora bien, la exclusividad de la función legisladora no quiere decir que existan otros actores públicos que intervienen circunstancialmente en el proceso de formación de la leyes. Emilio Pfeffer Urquiaga[24] ilustra a este respecto que la Contraloría General de la República debe tomar razón de los decretos con fuerza de ley o, bien, representarlos cuando excedan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución (art. 99, inc. segundo de la CPR). Por su parte, el Tribunal Constitucional tiene que pronunciarse sobre las leyes interpretativas de la Carta fundamental, las leyes orgánicas constitucionales y las normas de un tratado internacional que recaen sobre este último tipo de leyes, así como resolver el requerimiento de inconstitucionalidad de un proyecto de ley que haya planteado el Poder Ejecutivo o un número determinado de parlamentarios (art. 93 de la CPR). A su vez, la Corte Suprema debe ser oída

[22] Soto (2009), p. 55.
[23] Silva (1997), pp. 317-318.
[24] Pfeffer (2013), pp. 294-295.

acerca de las materias relativas a la organización y atribuciones de los tribunales de justicia (art. 77 de la CPR). De este modo, la Contraloría General de la República, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema intervienen en el proceso formativo de la ley en los casos expresamente determinados por el constituyente, pero en ningún caso cumplen un papel colegislador.

Cabe mencionar que hasta el año 1973 era costumbre que los ministros de Estado podían suscribir las indicaciones[25]. Sobre esta materia, el Tribunal Constitucional se pronunció en el año 1991 y declaró inconstitucional el proyecto de ley que modificaba la Ley n.° 18918 para permitir la suscripción de indicaciones por los ministros de Estado (*Boletín* n.° 89-07), sosteniendo que, de conformidad con el art. 37 de la Carta fundamental,

> "cuando el constituyente ha querido que los Ministros de Estado intervengan en la función legislativa en representación del Presidente de la República lo ha señalado expresamente"[26].

Por otro lado, un exministro de Estado, José Maza Fernández, sugirió sin éxito en 1925 dotar de iniciativa legislativa a la Corte Suprema en materias referidas a su organización y remuneraciones, legitimando consecuentemente su accionar para presentar indicaciones en tales asuntos. Luego, el proyecto de reforma constitucional de 1964 patrocinado por el expresidente Jorge Alessandri contempló la misma idea. Más tarde, durante las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), el comisionado Juan de Dios Carmona planteó incorporar a la nueva Carta fundamental la idea del proyecto de reforma de Jorge Alessandri, pero fue desestimada por la argumentación de sus pares Sergio Díez y Raúl Bertelsen[27].

d) Las indicaciones legislativas de iniciativa parlamentaria deben respetar las materias de ley reservadas a la iniciativa exclusiva del Presidente de la República. Si bien esta prohibición de invadir el ámbito reservado al Poder Ejecutivo por medio de adiciones o enmiendas no se encuentra establecido expresamente en la Constitución Política, ello se desprende inequívocamente de esta cuando el art. 65, inciso cuarto, previene:

[25] Soto (2015), p. 111.
[26] Tribunal Constitucional (1991), fs. 13 vta. y 14.
[27] Pfeffer (2013), pp. 294-295.

"corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para: 1°.- Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos [...]; 2°.- Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados [...]; 3°.- Contratar empréstitos o celebrar cualquiera otra clase de operaciones [...]".

Como se aprecia, la iniciativa legislativa de exclusivo resorte presidencial no se reduce solamente a proyectos de ley, sino que se extiende a todo aquello que tenga por finalidad imponer tributos, crear servicios públicos, contratar empréstitos o afectar cualquier asunto enunciado en el inciso cuarto del art. 65 de la Carta fundamental, dentro cuya potestad excluyente se entiende incorporado lo relativo a indicaciones legislativas.

Con todo, conviene tener claro que las materias de iniciativa legislativa presidencial carecen de un carácter absoluto, pues se aceptan como admisibles y válidas las indicaciones parlamentarias que busquen disminuir o rechazar una proposición normativa iniciada por el Poder Ejecutivo. Efectivamente, el art. 24, inciso tercero, de la Ley n.° 18918 precisa:

"en la tramitación de proyectos de ley los miembros del Congreso Nacional no podrán formular indicación que afecte en ninguna forma materias cuya iniciativa legal corresponda exclusivamente al Presidente de la República, ni siquiera para el mero efecto de ponerlas en su conocimiento. No obstante, se admitirán las indicaciones que tengan por objeto aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que haya propuesto el Presidente de la República".

e) Las indicaciones legislativas que irroguen gasto fiscal deben señalar las fuentes para su financiamiento. A este respecto el art. 24, inciso segundo, de la Ley n.° 18918 establece:

"no podrán admitirse indicaciones [...] que importen nuevos gastos con cargo a los fondos del Estado o de sus organismos, o de empresas de que sea dueño o en que tenga participación, sin crear o indicar, al mismo tiempo, las fuentes de recursos necesarios para atender a tales gastos".

Como puede apreciarse, indudablemente esta disposición legal se aplica solamente al Poder Ejecutivo, a quien compete, según el art. 65 de la Constitución Política, la administración financiera y presupuestaria del fisco, quedando prohibido a los parlamentarios invadir estos asuntos por medio de una indicación. En consecuencia, las indicaciones presidenciales que demanden nuevos gastos deberán

ser rechazadas *in limine* por el Congreso Nacional, en sede de admisibilidad, si es que no son acompañadas de un informe financiero. Sobre la base de esta exigencia se encuentra la responsabilidad fiscal que debe asumir el Presidente de la República, al abrir una discusión sobre una materia reservada a su competencia, en orden a ilustrar a diputados y senadores sobre cuáles serán las fuentes de financiamiento con que va a subvenir la implementación de una determinada política pública. De acuerdo con esto, el informe financiero que se exige al Poder Ejecutivo no solo se hace respecto de un proyecto de ley, sino que, también, de una indicación de su autoría.

f) Las indicaciones legislativas de iniciativa parlamentaria deben cumplir con el número máximo de patrocinantes fijado en la Carta fundamental para el origen de las leyes. En el caso de un proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados, el art. 65 de la Constitución Política establece que debe estar suscrito por no más de diez diputados, mientras que si ese proyecto es presentado en el Senado, pueden firmarlo hasta un máximo de cinco senadores. Sin embargo, ni la Carta fundamental ni la Ley n.° 18918 se pronuncian sobre el número de patrocinantes que debe suscribir una adición o enmienda.

Esta regla parlamentaria se encuentra solamente en el reglamento del Senado, cuyo art. 118, inciso segundo, prescribe:

> "las indicaciones podrán ser presentadas por el Presidente de la República o por un máximo de cinco Senadores y sólo serán admitidas cuando digan relación directa con las ideas matrices o fundamentales contenidas en el mensaje o moción con que se haya iniciado el proyecto".

En cambio, el reglamento de la Cámara de Diputados no fija un umbral de patrocinantes para las indicaciones, por lo que una determinada adición o enmienda podría ser suscrita por los 155 miembros que conforman esa corporación.

g) Las indicaciones legislativas deben ser presentadas por escrito –y por medio de un oficio, en el caso del Presidente de la República, señala Alan Bronfman[28]–, sin perjuicio que esta materia no ha recibido un tratamiento uniforme en las dos ramas del Congreso Nacional. El reglamento del Senado exige la escrituración de las adiciones o enmiendas cuando señala que uno de los objetivos de la discusión general es:

[28] Bronfman (2013), p. 226.

"Recibir las indicaciones que por escrito se formulen a su respecto durante la discusión o dentro del plazo que la Sala acuerde. Bastará que un Comité solicite plazo para formular indicaciones, para que proceda dicho acuerdo, no pudiendo la Sala fijar un plazo inferior a un día" (art. 118, literal b).

En cambio, el reglamento de la Cámara de Diputados no exige expresamente que las indicaciones sean presentadas por escrito, por lo que razonablemente y en forma válida un diputado podría formular una adición o enmienda de forma verbal, incluso pudiendo presentarla en un archivo de audio o video.

h) Las indicaciones legislativas que se presentan en el segundo trámite constitucional deben ser formuladas como proposiciones parciales y específicas respecto del proyecto de ley en discusión. Excepcionalmente se han admitido las indicaciones formuladas como una proposición global o integral, situación no exenta de controversia jurídica, recibiendo en estos casos el nombre de indicación sustitutiva de carácter global o integral.

La exigencia de las indicaciones legislativas referida a su presentación, como proposiciones parciales y específicas, no tiene sustento expreso en el ordenamiento positivo chileno. Más bien, este requisito ha sido extraído a partir de una interpretación de la normativa constitucional acerca de las formación de las leyes, pero que no es del todo pacífico entre los operadores del derecho parlamentario. Por ello, precisamente en las páginas siguientes nos abocaremos a analizar este tipo especial de indicaciones legislativas y si pueden considerarse o no un requisito de las adiciones o enmiendas.

No obstante, resulta oportuno destacar el caso del ordenamiento parlamentario español donde se admiten ambos tipos de indicaciones: enmiendas a la totalidad o al articulado. Respecto de las enmiendas a la totalidad, el Reglamento del Congreso de los Diputados señala en su art. 110.3:

"Serán enmiendas a la totalidad las que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto de ley y postulen la devolución de aquél al Gobierno o las que propongan un texto completo alternativo al del proyecto". En cambio, las enmiendas al articulado "podrán ser de supresión, modificación o adición. En los dos últimos supuestos, la enmienda deberá contener el texto concreto que se proponga" (art. 110.4 del citado Reglamento).

En el régimen hispano se establece claramente la oportunidad para presentar las enmiendas y se fija una importante restricción para aquellas que se formulan a la totalidad del proyecto:

"Publicado un proyecto de ley o después de la toma en consideración de las proposiciones de ley, se abre un plazo de quince días para que diputados y Grupos parlamentarios puedan presentar enmiendas (art. 110.1 RC) que pueden ser de totalidad o al articulado (art. 110.2 RC), siendo las primeras únicamente presentadas por los Grupos parlamentarios (110.3 RC)"[29].

Con todo, Fernando Santaolalla reconoce la complejidad que generan estas enmiendas totales, por estimarlas un instrumento de obstrucción que emplean las bancadas parlamentarias de composición minoritaria. En efecto, afirma Fernando Santaolalla:

"Obsérvese la complicación que supone este sistema. Una proposición de ley puede sufrir dos lecturas seguidas en sesión plenaria: una primera, para la toma en consideración, y otra segunda, para el debate y votación de una eventual enmienda a la totalidad con texto alternativo. Por su parte, un proyecto del Gobierno puede someterse a este primer debate, con la consiguiente demora, por el simple hecho de presentarse cualquier enmienda a la totalidad, que normalmente procederá de alguna minoría en la oposición, y que, por tanto, estará condenada al rechazo. En este caso, tras el Pleno deberá intervenir la Comisión dictaminadora y, una vez finalizado el trabajo de ésta, de nuevo el Pleno, a menos que resulte de aplicación la tramitación especial de competencia legislativa plena. En un procedimiento legislativo tan expedito como el que ha establecido el nuevo R.C. [Reglamento del Congreso], a veces con momentos de excesivo rigor, contrasta esta vía con del artículo 112, favorecedora de movimientos obstruccionistas"[30].

Por último, tan solo mencionar que no es un requisito de las indicaciones legislativas la necesidad de expresar las razones o fundamentos que tuvo su autor para promoverla en el marco del debate parlamentario. La motivación, exigible en una gran cantidad de actos administrativos y jurisdiccionales, no es un requisito que exijan la Constitución, la ley, los reglamentos de ambas Cámaras ni la praxis habitual del Congreso Nacional. Sí es frecuente que los proyectos de ley sean precedidos de una exposición de motivos, pero no las adiciones o enmiendas legislativas. Sobre esto último, una

[29] Alonso de Antonio y Alonso de Antonio (2000), p. 179.
[30] Santaolalla (1990), p. 272.

modificación a la institucionalidad procesal podría considerar conveniente exigir su motivación, es decir, el requisito formal de "exteriorizar las razones"[31] que se tuvo en cuenta para la adopción de una decisión, como ocurre con los actos administrativos en los que su motivación permite conocer su justificación (motivo) y facilitar su control de legalidad[32].

## III. Algunos aspectos problemáticos de las indicaciones sustitutivas de carácter integral presentadas en segundo trámite constitucional

Las indicaciones sustitutivas de carácter global o integral, como se ha dicho, son aquellas que tienen por finalidad reemplazar íntegramente un proyecto de ley en discusión por un texto completamente nuevo. Este tipo de indicaciones ha sido objeto de una serie de críticas de fondo y de forma, las que ponen en evidencia algunos aspectos problemáticos que ellas ofrecen de cara a su conformidad con la preceptiva constitucional y frente a la legitimidad del proceso deliberativo.

Los detractores de las indicaciones sustitutivas integrales argumentan que ellas contravienen la Carta Fundamental, entorpecen la progresividad del debate parlamentario y debilitan las potestades del Congreso Nacional. En apoyo de esta posición se encuentra un informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 17 de diciembre de 1991, recaído en:

> "La consulta de la Sala acerca de los aspectos relativos a la normativa constitucional aplicable a la tramitación de las leyes a que hace referencia la Cámara de Diputados al solicitar que se especifiquen las modificaciones introducidas por el Senado, en segundo trámite constitucional, al proyecto que modifica la ley Nº 18.838, sobre Consejo Nacional de Televisión (*Boletín* n.º S 68-10)" (en adelante el Informe de la Comisión).

Este fue votado unánimemente por los senadores miembros: Hernán Vodanovic, Sergio Diez, Sergio Fernández, Ricardo Hormazábal y Carlos Letelier.

Por el contrario, quienes defienden las indicaciones sustitutivas integrales fundamentan su posición en la ausencia de una norma constitucional o legal expresa que las prohíba, así como en la legitimación de hecho que

[31] Bermúdez (2011), p. 120.
[32] Valdivia (2018), p. 222.

ellas han ganado en la costumbre parlamentaria, entre otras consideraciones. A continuación, se recogen los argumentos centrales que permiten trabar la *litis* sobre esta materia.

*1. Necesidad de una formulación parcial y específica*

Un primer argumento manifiesta que las indicaciones sustitutivas integrales serían inconstitucionales porque los términos en que las adiciones o correcciones se encuentran redactadas en el art. 71 de la Carta Fundamental dan a entender que se trata de proposiciones parciales y específicas introducidas al texto legal. El informe de la Comisión hace presente que:

> "Las expresiones 'adiciones', 'correcciones' o 'enmiendas' que emplea la Ley Fundamental tienen en común la particularidad de expresar claramente la idea de efectuar modificaciones parciales y específicas a algo ya hecho –el proyecto de la Cámara de origen– y no parecen admitir, en una correcta inteligencia, el procedimiento de reemplazarlo en forma global".

Sin embargo, este alegato es desestimado por sus contradictores en atención a que no existe hoy alguna disposición constitucional que prohíba la presentación de una indicación sustitutiva integral. La escasa regulación que la Carta Fundamental entrega a este respecto no alcanza a considerar tales pormenores. Por ende, el Presidente de la República, los diputados y los senadores pueden conducirse como mejor les parezca dentro de la amplia atribución legislativa que les ha conferido la Constitución en los arts. 32 n.° 1 y 46, respectivamente, sobre todo cuando la presentación de una indicación sustitutiva integral puede destrabar un proyecto de ley que adolece de severos defectos de diseño y redacción. La experiencia demuestra que la indicación sustitutiva integral permite simplificar y ordenar un mensaje o moción que ha sido objeto tanto de sucesivos como de variados cambios.

*2. Interrupción de la progresividad del debate*

Un segundo argumento señala que las indicaciones sustitutivas globales o integrales podrían interrumpir la progresividad del debate sobre un determinado proyecto de ley cuando se presentan en el marco del segundo trámite constitucional. Las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputadas y Diputados o en el Senado, indistintamente –salvo las excepciones que enumera el inciso segundo del art. 65 de la Constitución–, por lo que la cámara revisora se extralimita en su función de tal si es que aprueba una indicación que reemplaza completamente el texto despachado por la cámara de origen.

El informe de la Comisión sostiene sobre el particular:

> "la Constitución Política en parte alguna faculta a la cámara revisora para sustituir íntegramente el proyecto aprobado por la cámara de origen y tampoco para prescindir de él, como en la práctica lo ha hecho, sin emitir un pronunciamiento sobre el mismo, en orden a aprobarlo, desecharlo o hacerlo objeto de adiciones o correcciones".

En el mismo sentido asevera el informe:

> "Para el adecuado funcionamiento del sistema bicameral es indispensable que cada Cámara, en cada una de las etapas del proceso legislativo, se pronuncie sobre los acuerdos adoptados por la otra en el trámite anterior, única forma de determinar de manera clara y precisa los puntos en que ha habido acuerdo, aquéllos en que ha habido discrepancias y, en este último caso, en qué consisten éstas".

La idea aparece reforzada en el Informe de la Comisión cuando se consideran las facultades que corresponden al Senado o a la Cámara de Diputadas y Diputados, en el segundo trámite constitucional de un proyecto, toda vez que:

> "En el propio concepto de Cámara revisora está implícita la idea de que su función primordial es revisar lo hecho por la de origen, esto es analizar cada una de las disposiciones aprobadas en el primer trámite constitucional, con el objeto de pronunciarse sobre ellas".

En otras palabras, la indicación sustitutiva integral durante el segundo trámite constitucional produce como efecto directo, siempre que así lo acuerden los parlamentarios de la comisión, que la cámara revisora iniciará la discusión sobre un nuevo texto legal, interrumpiendo la progresividad del debate previsto a desarrollarse en dos instancias. Como resultado de esta interrupción, el proyecto de ley deberá pasar a un tercer trámite constitucional para que la cámara de origen se pronuncie sobre las adiciones o enmiendas introducidas en el segundo trámite. El problema es que no existirán las adiciones o enmiendas al proyecto de ley que conoció la cámara de origen, sino que será un proyecto totalmente nuevo. Por lo tanto, como durante el tercer trámite constitucional no está permitido introducir adiciones o enmiendas a la iniciativa legal, necesariamente se forzará una comisión mixta en caso que la cámara de origen decida rechazar tal enmienda integral.

Frente a este problema, se puede argumentar que la aprobación en segundo trámite de un conjunto de indicaciones sustitutivas, de carácter parcial y específico, pueden cambiar a tal punto la fisonomía de un determinado proyecto de ley que resulte uno completamente distinto al que despachó la cámara de origen. La cámara de origen, entonces, estaría en el mismo

problema: el texto que vuelve a su revisión en tercer trámite es un texto que verá por primera vez. Entonces, dicen los partidarios de las indicaciones sustitutivas integrales, el argumento de la interrupción de la progresividad del debate es sumamente relativo. En otras palabras, los parlamentarios pueden presentar indicaciones sustitutivas globales sin dejar de lado necesariamente el texto original, ya que puede utilizar esa enmienda global para tener un baremo de comparación en la redacción final a que se aspira. El único escenario en que el proyecto primitivo quedaría de lado es en el evento que exista acuerdo de los parlamentarios por discutir únicamente la indicación sustitutiva integral, desechando el primero. En definitiva, si bien la presentación de indicaciones sustitutivas integrales reviste cierta complejidad en facilitar la generación de proyectos paralelos, ello enriquece la discusión en pos de la confección de un mejor producto legislativo. Como se señaló, el mismo resultado del reemplazo integral de un proyecto de ley aprobado en primer trámite podría lograrse por medio de múltiples indicaciones parciales, por lo que carecería de sentido prohibir por razones formales la presentación de un proyecto nuevo –bajo el formato de indicación sustitutiva integral–, que puede ofrecer una mejor solución legislativa que su predecesor. La confección de un nuevo proyecto de ley puede nacer del propio análisis de la iniciativa primitiva, exigiendo su modificación global.

### *3. Ruptura de la deferencia parlamentaria*

Un tercer argumento sostiene que la interposición de una indicación sustitutiva integral podría generar problemas de forma durante la tramitación que afecten gravemente las potestades del órgano colegislador institucionalmente menos reforzado. Lo habitual es que el Poder Ejecutivo haga uso de la herramienta de la indicación sustitutiva global recaída en un determinado proyecto de ley. Ocurre que las demás indicaciones de iniciativa parlamentaria perderán su pertinencia, ya que la comisión se abocará al estudio y eventual aprobación de la enmienda global, respecto de la cual aquellas no tendrán precisión técnica. Esto debilitaría las potestades de los parlamentarios frente al Ejecutivo y rompería el principio de deferencia por parte del Presidente de la República hacia las prerrogativas de los diputados y senadores.

Frente a esta objeción, se ha planteado que pese a estas innegables dificultades formales, igualmente los parlamentarios pueden considerar todas las indicaciones, tanto parciales como globales, hasta llegar a la convicción del mejor texto posible para continuar el trámite de formación de la ley, dando por aprobadas con modificaciones todas ellas. En definitiva, parecería, entonces, que lo fundamental no es determinar si existe o no una modificación integral de un proyecto aprobado durante el primer trámite constitucional,

sino la adecuada consideración, estudio y debate del proyecto primitivo durante el segundo trámite, cuya revisión podrá dar lugar o no a una iniciativa completamente diferente si así se acuerda en la deliberación parlamentaria.

### *4. Precedente legislativo desfavorable hacia las indicaciones sustitutivas globales*

Un cuarto argumento manifiesta que las indicaciones sustitutivas integrales habrían sido miradas con desconfianza en la praxis parlamentaria, prueba de lo cual es que justamente el Congreso Nacional ha sido vacilante en aceptarlas a tramitación. En algunos casos este tipo de indicaciones han sido admitidas, pero en muchos otros han sido rechazadas por las corporaciones, exigiendo que la indicación sustitutiva integral se desagregue para efectos de su presentación válida en tantas indicaciones parciales como sea necesario.

En contra de esta argumentación, se ha planteado que praxis parlamentaria ha demostrado que muchas veces una indicación sustitutiva integral ha sido la manera de destrabar un proyecto de ley sobre variados puntos en que ha sido imposible conseguir un acuerdo. Por ello, una indicación de tales características, cuando recoge el parecer de los miembros de la comisión, es bien recibida para los efectos de dar celeridad y eficiencia a la discusión legislativa. Sobre este punto cabe manifestar que, si bien el precedente legislativo no constituye una fuente de derecho positivo en nuestro sistema jurídico, ha sido un criterio importante en sede parlamentaria a la hora de efectuar la interpretación de sus normas.

### *5. Apreciación final sobre el debate*

En un intento por superar ambas posiciones, tanto a favor como en contra de las indicaciones sustitutivas integrales, sostenemos que la tramitación legislativa podría ser más sencilla si todas las formulaciones de indicaciones son parciales, aun cuando se tenga claro que la presentación de una indicación sustitutiva no obliga a su aceptación, pero sí posibilita ampliar las perspectivas del debate con diversas posiciones. El papel de revisor que debe tener la Cámara que actúa en el segundo trámite constitucional se ve satisfecho por consideraciones de fondo, es decir, por la apreciación y estudio riguroso de la iniciativa planteada por la cámara de origen y no por el hecho formal de que el texto primitivo haya sido modificado íntegramente, ya sea por una o múltiples indicaciones de parlamentarios o del Poder Ejecutivo.

En este contexto, una propuesta o indicación sustitutiva integral siempre podrá realizarse o presentarse como correcciones parciales y específicas, de manera que la forma de una indicación no pueda llevar aparejada su even-

tual declaración de inconstitucionalidad. En definitiva, es el adecuado ejercicio de la función legislativa y el papel revisor lo que permite determinar la constitucionalidad y legalidad del proceso de formación de la ley en esta materia específica.

## IV. Conclusiones

Las indicaciones legislativas que componen el proceso formativo de la ley carecen de una regulación sistemática y suficiente en nuestro ordenamiento jurídico. El estatuto normativo de esta figura procesal parlamentaria se encuentra disperso en la Constitución Política, en la Ley n.º 18918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, y en los reglamentos de la Cámara de Diputadas y Diputados y del Senado, así como también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en los aportes desarrollados por la doctrina nacional.

Enseguida, la presentación de indicaciones sustitutivas integrales, cuya finalidad es reemplazar completamente el contenido de un proyecto de ley en discusión, no se encuentra expresamente prohibida en el ordenamiento jurídico vigente. Sin embargo, hay voces que reclaman su inconstitucionalidad fundamentalmente cuando este tipo de indicaciones se presentan ante la cámara revisora. Sin embargo, lo cierto es que la constitucionalidad de una indicación no está determinada por la cantidad de modificaciones que realiza, más aún cuando dichos cambios solo constituyen características accesorias, puesto que un proyecto en segundo trámite puede cambiar sustancialmente y ser coincidente en suficientes aspectos de fondo como para ser aprobado en el tercer trámite constitucional por parte de la cámara de origen.

De igual modo, el efecto de sustituir íntegramente un proyecto de ley durante el segundo trámite constitucional puede lograrse a través de diversas formas, donde una alternativa directa consiste en la presentación de una indicación sustitutiva integral. El mismo efecto puede lograrse por medio de múltiples indicaciones parciales realizadas por diversos parlamentarios. Esta hipótesis no reviste una crítica de constitucionalidad en la praxis parlamentaria. Por el contrario, una limitación de las modificaciones que puede hacer un diputado o senador por medio de indicaciones sí podría atentar contra la función legislativa y las potestades de rango constitucional que se han otorgado a nuestros parlamentarios.

Por último, y descartando que existan limitaciones expresas en el ordenamiento jurídico positivo que prohíben las indicaciones sustitutivas integrales, es posible destacar que ellas en la costumbre parlamentaria han permitido facilitar la deliberación ciudadana representada en el Congreso Nacional, aunque por cuestiones de forma, en ocasiones pudiesen afectar la

tramitación de los proyectos. Esto último, es debido a que la presentación de indicaciones sustitutivas integrales no es compatible formalmente con las indicaciones parciales sobre el proyecto primitivo, lo que exige el estudio de las diversas propuestas presentadas durante el debate legislativo para conciliar la tramitación del proyecto de ley con las distintas propuestas de los parlamentarios.

## Bibliografía

Alonso de Antonio, José Antonio y Ángel Luis Alonso de Antonio (2000). *Derecho parlamentario*. Barcelona: José María Bosch Editor.

Bermúdez, Jorge (2011). *Derecho administrativo general*. 2ª ed. Santiago: Legal Publishing.

Bronfman, Alan *et al*. (2013). *Derecho parlamentario chileno. Funciones y atribuciones del Congreso Nacional*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Celis Danzinger, Gabriel (2019). "La interpretación jurídica en el derecho administrativo contemporáneo". *Revista Universidad Viña del Mar (UVM)*, n.º 3.

Fermandois, Arturo y José Francisco García (2009). "Origen del presidencialismo chileno: reforma constitucional de 1970, ideas matrices e iniciativa legislativa exclusiva". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 n.º 2. Santiago.

García Pino, Gonzalo *et al*. (2016). *Diccionario constitucional chileno*. Santiago: Editorial Hueders.

Pfeffer Urquiaga, Emilio (2013). "Iniciativa legislativa de la Corte Suprema en materias que digan relación directa con la organización y atribuciones de los tribunales", en Emilio Pfeffer Urquiaga (ed.). *Libro homenaje al profesor Alejandro Silva Bascuñán*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Santaolalla, Fernando (1990). *Derecho parlamentario español*. Madrid: Editorial Espasa-Calpe S.A.

Silva Bascuñán, Alejandro (1997). "La elaboración de la ley." *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24 n.º 2.

Silva Bascuñán, Alejandro (2000). *Tratado de derecho constitucional*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo vii.

Soto Velasco, Sebastián (2008). "Iniciativa exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC para su interpretación", en *Sentencias destacadas. Una mirada desde las políticas públicas*. Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo.

Soto Velasco, Sebastián (2009). "Iniciativa exclusiva e ideas matrices: los aportes del Tribunal Constitucional". *Revista de Estudios Parlamentarios HEMICICLO*, año 1 n.º 1.

Soto Velasco, Sebastián (2015). *Congreso Nacional y proceso legislativo. Teoría y práctica*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

Urquízar, Pablo y Cristóbal Aguilera (2019). *La formación de la ley*. Santiago: Editorial Metropolitana.

Valdivia, José Miguel (2018). *Manual de derecho administrativo*. Santiago: Editorial Tirant lo Blanch.

## *Jurisprudencia*

Contraloría General de la República (1986). Dictamen n.° 440, 8 de enero.

Senado de la República. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 17 de diciembre de 1991, recaído en la consulta de la Sala acerca de los aspectos relativos a la normativa constitucional aplicable a la tramitación de las leyes a que hace referencia la Cámara de Diputados al solicitar que se especifiquen las modificaciones introducidas por el Senado, en segundo trámite constitucional, al proyecto que modifica la ley Nº 18.838, sobre Consejo Nacional de Televisión. Boletín n.os 68-10. Tribunal Constitucional (1991). Rol n.° 122, 16 de abril.

Tribunal Constitucional (1997). Rol n.° 259, 5 de septiembre.

Tribunal Constitucional (2007a). Rol n.° 719, 25 de enero.

Tribunal Constitucional (2007b). Rol n.° 1005, 17 de noviembre.

Tribunal Constitucional (2011). Rol n.° 2025, 20 de julio.

# LA CONSAGRACIÓN DEL DERECHO DE IMAGEN –Y SUS VERTIENTES– EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y LA SITUACIÓN ACTUAL EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

# THE CONSECRATION OF THE IMAGE RIGHT –AND ITS RELATIONSHIPS– IN SPANISH LEGISLATION AND THE CURRENT SITUATION IN CHILEAN LEGISLATION

*Cristóbal Cerliani Torres*[*]

Resumen: El presente artículo pretende informar al lector que el derecho de imagen cuenta con dos vertientes: La primera, denominada "positiva", que consiste en la comercialización del derecho y la segunda, denominada "negativa", que consiste en la prohibición de intromisiones ilegitimas de la imagen de las personas. Ambas vertientes recaen sobre la persona, pero sus alcances y efectos son diversos; se analizarán a través de conocidas jurisprudencias que serán ilustrativas –y entretenidas– para el lector. Junto con lo anterior, se analizará la completa reglamentación que actualmente existe de este derecho en la legislación española con la precaria reglamentación en la legislación chilena.

Palabras claves: Derecho de imagen, vertiente positiva, vertiente negativa, ley orgánica, derecho civil, mercantil.

[*] Abogado. Profesor de Derecho Civil Universidad del Desarrollo y Universidad de las Américas. Magíster en Derecho Patrimonial Privado Universidad de Salamanca y pública de Navarra (España). Correo electrónico: ccerliani@udd.cl

Abstract: This article aims to inform the reader that the Image Right has two aspects, the first, called "positive" which consists of the commercialization of the right and the second, called "negative" which consists of the prohibition of illegitimate interference of the image of people. Both aspects fall on the person, but their scope and effects are diverse; The slopes will be analyzed through well-known jurisprudence that will be illustrative –and entertaining– for the reader. Along with the above, the complete regulation that currently exists of this right in Spanish legislation with the precarious regulation in Chilean legislation will be analyzed.

Keywords: Image Law, positive aspect, negative aspect, Organic Law, civil and commercial law.

## I. Introducción

Lo que abarcaremos en este estudio es la forma de comercialización de la imagen del punto de vista jurídico; lo que se denomina *personality merchandising* en doctrina –y del punto de vista legal es la vertiente positiva del derecho de imagen– que se encuentra consagrado en el art 2.2 de la Ley orgánica 1/82 del 5 de mayo (en adelante LO 1/1982). Junto con ellos se hará referencia al el concepto de *right of publicity*[1],acepción que se traduce en el valor comercial de la identidad personal, ya no bajo una mirada de protección por la violación de la propia imagen, sino que enfocado desde un punto de vista comercial, acerca del valor económico que tienen las personas denominadas "conocidas" con la explotación de su identidad personal y como ellos podrían ver afectado sus intereses económicos si terceros explotan dicha imagen sin su consentimiento.

El derecho de imagen en la legislación española reposa sobre una base de preeminencia civilista en vez de una concepción mercantilista, en el sentido que se encuentra consagrado y reglamentado en la situación que se vulnere el derecho de imagen de una persona y sus eventuales consecuencias. No obstante, de ello se acepta el uso de la imagen de la persona, pero no en el ámbito de la legislación de Estados Unidos, ya que, desde el siglo pasado, especialmente con la evolución del cinematógrafo comienzan a nacer las principales "celebridades" y son ellos los que empiezan a lucrar con su propia imagen. Este artículo pretende enfocar que el derecho de imagen de cada

[1] Es el nombre con el que se ha desarrollado desde mediados del siglo XX en Estados Unidos, el derecho de propiedad sobre la identidad personal.

persona existe un derecho de propiedad, por lo que se puede realizar todo acto dentro del ámbito jurídico y, así, excluir la concepción que existe en la mayoría de las legislaciones acerca de que la imagen es un atributo de la personalidad y, por tanto, no podría quedar dentro del tráfico jurídico. Junto con ello se hará una pequeña reseña de la legislación chilena, donde el derecho de imagen es reconocido por parte de los tribunales, pero desconocido desde el punto de vista legal, pues no se encuentra plasmado en la legislación y ni mucho menos en la Constitución, como sucede en la legislación española. La situación en Chile es ambigua, puesto que el derecho existe, pero de manera implícita dentro de la garantía constitucional de la vida privada y no como un derecho fundamental autónomo como sucede en España.

## II. El derecho de imagen: Concepto, consagración en la legislación española y chilena; y vertientes del derecho de imagen

### *2.1 Concepto*[2]

La "imagen" no es un concepto unívoco, ya que puede tener múltiples significados; para comenzar este trabajo podemos tomar dos acepciones de "imagen", primero como "figura" y segundo, como "reproducción de dicha figura" por cualquier procedimiento gráfico, técnico o artístico que la haga perceptible por el sentido de la vista: fotografía, dibujo, pintura, grabado, escultura, televisión, proyección cinematográfica, etcétera[3]

La imagen como figura constituye un atributo de la personalidad[4] y la imagen como reproducción es un objeto ajeno a la propia persona, mecanismo que se representa la figura humana frente a la sociedad, y es la acepción mercantilista de imagen, ya que se cosifica la imagen para poder entrar en el ámbito jurídico y así poder disponer de la reproducción de la imagen.

La "imagen pública" puede ser entendida de diversas maneras. El *Diccionario de la lengua española* la define como: "Conjunto de rasgos que caracterizan ante la sociedad a una persona o entidad". Para Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón:

[2] En el presente trabajo, cuando se haga referencia a "imagen" se entenderá como sinónimo de derecho de imagen y viceversa.

[3] Verda y Beamonte (2007).

[4] Se entiende en parte de nuestra legislación que la imagen estría inserto dentro del "nombre"; pero no nos parece adecuado y sostenemos que la imagen es un atributo de la personalidad autónomo.

> "El derecho a la propia imagen consiste, en última esencia, en el poder de decidir –consentir o impedir– la reproducción de la imagen de nuestra persona por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, etc.), así como su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento"[5].

Para Pablo Nogueira Muñoz es:

> "La facultad que posee toda persona para oponerse a que terceros a quienes no se ha autorizado expresamente capten, reproduzcan o publiquen la figura física de la persona retratada"[6],

concepto que no encontramos del todo acertado, ya que hace alusión a la vertiente negativa de derecho de imagen y no a su concepción positiva. En cambio, el concepto otorgado por Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón nos amplía el concepto, incluyendo la vertiente positiva, la cual está ligada a un uso comercial de la imagen, mediante el consentimiento del titular. Para efectos de estudio de este artículo, pretendemos ofrecer un concepto mercantilista de del derecho de imagen, para el cual lo podemos definir como :

> "La facultad que emana del titular, mediante su consentimiento expreso, de poder disponer de su imagen por cualquier medio, con tal que no quepa duda acerca de la identidad del titular y obtener a cambio una retribución por ello".

### *2.2 Consagración en la legislación española y problemática de su consagración civilista. Situación en la legislación chilena*

#### 2.2.1 Consagración constitucional

El derecho de imagen en la legislación española es un derecho fundamental[7], por lo que aparece reconocido expresamente en la Constitución de 1978 por primera vez en su art. 18.1 junto con el honor e intimidad y, además, aparece regulado y desarrollado en la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen[8]. A pesar de su estrecha relación (honor, intimidad e imagen), estos derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidas a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio

[5] Díez-Picazo y Gullón (1992), p. 356

[6] Nogueira (2010), p. 58.

[7] Aquellos derechos que, con eficacia directa, se contienen en la Constitución española.

[8] Fue publicada por primera vez en *BOE* de 14 de mayo de 1982 y entra en vigor el 3 de junio de 1982. Cuenta con dos capítulos divididos en nueve artículos.

y específico. Esto significa, a los efectos que aquí interesan, que mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en que mediante las mismas se invada la intimidad, pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos; en segundo lugar, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto este que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los casos en los que revele la intimidad personal y familiar, y permita identificar a la persona fotografiada[9].

La sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 81/2001 de 26 marzo de 2001 define el derecho de imagen en su dimensión constitucional como:

> "Un Derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humanada y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en la esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad, informativa, comercial, científica, cultural, etc. –perseguida por quien la capta o difunde"[10].

Dentro del ámbito europeo, también aparece reconocido en la Constitución de Portugal en su art. 26.1. En la legislación italiana aparece en el art. 10 del *Código Civil*. Además, en el ámbito sudamericano aparece incorporado en las respectivas Constituciones; en Bolivia en su art. 21.2, Brasil en su art. 5x, Ecuador art. 66.18 y Perú en su art. 2 número 7. En la legislación argentina aparece mencionado en el reciente *Código Civil* en su art. 53. Tanto en Chile, Francia, Alemania, Estados Unidos e Inglaterra no aparece expresamente en sus respectivas Constituciones, pero se entienden implícitamente comprendidos dentro del derecho de intimidad o a la vida privada y, en otras legislaciones, no existe ninguna referencia ni a la propia imagen ni a la vida privada, como es el caso de las Constituciones de Dinamarca, República Popular de China y la de Cuba.

[9] Tribunal Constitucional de España (2001b).
[10] Tribunal Constitucional de España (2001a).

Como se ha dicho, en España tiene un rango constitucional, ya que es el art. 18.1 que lo reconoce: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" además así es mencionado en la STC de 2 de diciembre de 1988:

> "Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18.1 de la Constitución española aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona"[11].

Hasta antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, no existía ningún régimen específico del derecho de imagen en España. La protección del derecho de imagen se plasmaba en el art. 1902 del *Código Civil*, y a través de la legislación penalista, entre las injurias y calumnias.

El derecho de imagen desde el enfoque constitucional queda enmarcado dentro de los derechos fundamentales, por cuanto se enmarca en un ámbito privilegiado en cuanto a sus garantías legales y su tutela por los órganos jurisdiccionales[12].

Ahora, tanto la tesis constitucionalista como civilista logran encasillar el derecho de imagen, ya sea como derecho fundamental para la postura constitucional o derecho de la personalidad para la postura civilista, que, a nuestro parecer, del punto de vista mercantil es anacrónico, ya que existen mecanismos de disposición de la imagen personal.

### 2.2.2 Consagración legal

Este derecho aparece desarrollado y regulado en la LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, el respeto de tales derechos constituye un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales.

Se puede comenzar hablando de derecho de imagen en la legislación española por dos grandes categorías:

1. Desde el punto de vista constitucional, el derecho a la imagen es un derecho fundamental y
2. Desde el punto de vista del derecho civil es un derecho fundamental de la personalidad,

expresión que tiene el apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con el fin de superar la discusión entre derechos fundamentales y derechos de

[11] Tribunal Constitucional de España (1988b).

[12] Higueras (2001), pp. 174-175.

la personalidad[13] por lo que toma el carácter de irrenunciable, personalísimo, absoluto, imprescriptible, inalienable y, por regla general, extrapatrimonial; no obstante a la fuerza incomerciable que impera este derecho, constituye una excepción a la regla, ya que es susceptible de una valoración económica e, incluso, de transacciones en el mundo de los negocios.

Debe quedar claro que el derecho de imagen es inalienable, es inseparable del titular, cuando el sujeto comercialice su propia imagen habrá una disposición "aparente", ya que una persona no puede separarse de su propio derecho de imagen; lo que realmente ocurre en la cesión de alguna facultad por un intercambio económico.

La LO 1/1982 protege civilmente el derecho a la imagen frente a todo tipo de intromisión ilegítima. Así, se considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo que se trate de un cargo público y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, cuando se trate de una caricatura del mismo, de acuerdo con el uso social o la imagen captada sea accesoria a una información gráfica sobre un acontecimiento público. Tiene la consideración de intromisión ilegítima, a efectos de la presente ley, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga, siempre y cuando no haya mediado el consentimiento del titular. Este último apartado es lo que la doctrina ha denominado derecho patrimonial de la imagen y el cual el presente trabajo pretende desarrollar especialmente sus mecanismos de disposición al ser una de las excepciones por excelencia del derecho de la personalidad.

Por otro lado, aparece reglamentado este derecho en el *Código Penal* español, en sus arts. 197, 198 y 201. A través de tipos penales que protege a la persona contra los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio.

### 2.2.3 Consagración civilista del derecho de imagen

A diferencia de la legislación estadounidense, la reglamentación sobre derecho de imagen en España tiene una marcada connotación civilista. Es cosa de leer rápidamente la LO 1/1982 para ver su ámbito de protección. Si bien el art. 2.2[14]

[13] Derecho de la Personalidad: "Titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma" [...] que tienen un "contenido ideal, inmaterializado". Concepto de Beltrán de Heredia.

[14] Art. 2.2 "No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso".

de la respectiva ley permite comercializar la imagen, ya que dicho artículo nos permite que el acto ilegitimo sea legitimo si existiera la autorización de la ley **y/o** el consentimiento del titular. La legislación española pretende dar protección al derecho de imagen, adquiriendo una actitud activa en los casos de su vulneración, pero no se logra apreciar una intención del legislador español de poder introducir el derecho de imagen dentro del comercio, ya que entraría en juego múltiples derechos en colisión. Por eso es la doctrina y la reciente jurisprudencia que comienza a hablar sobre la comercialización de la imagen de las personas, que no tienen por qué ser personas famosas, ya que a modo de ejemplo un estudiante que obtiene un buen puntaje para ingresar a una carrera universitaria podría ser utilizada su imagen como medio de publicidad en favor de la universidad. La única diferencia entre darle un papel comercial a la imagen entre una persona famosa y una persona no conocida es el valor económico que se le atribuye al agente, ahora, de un punto de vista negativo la consideración de que el sujeto sea o no famoso solo incidirá a los efectos de valorar la indemnización.

España es un país donde viven personas de renombre mundial, ya sea del ámbito deportivo, artístico, músico, literario, etc., donde solo el art 2.2 de la LO 1/1982 nos abre la posibilidad de otorgar un matiz comercial a la imagen. Y es un precepto que al parecer lo único que hace es eliminar la antijuricidad de una conducta, por medio de la ley **y/o** el consentimiento, en vez de ser una norma permisiva de disposición derecho de imagen. Es por esto por lo que en España se recurre a contratos atípicos nominados u a otras figuras legales, como la cesión, para la disposición del derecho de imagen, en virtud de una legislación marcadamente civilista.

Como consecuencia de la marcada concepción civilista en el derecho de imagen en la legislación española es que se le atribuye como un derecho fundamental de la personalidad, por lo que queda demostrado su carácter de incomerciable, pero del punto de vista del derecho mercantil sí existe una capacidad de disposición de la identidad personal de cada persona y eso tiene su origen en Estados Unidos, que desde 1953 toma el nombre de *right of publicity*, que no es más que el derecho de propiedad sobre la identidad personal.

Señala Post, el *right of publicity* reconoce un derecho de propiedad sobre la identidad que puede ser legalmente separado de la persona de una forma que los derechos de la privacidad no pueden:

> "La personalidad se 'cosifica' y se convierte en algo en el mundo externo, separado de uno mismo. Por esta razón, la personalidad 'cosificada' puede prolongarse más allá de la propia existencia del individuo que la crea y puede también ser poseída y usada por personas distintas de su creador"[15].

[15] Post (1991), p. 647, en p. 668.

Lo que existe en la legislación española es una marcada legislación protectora de la imagen ante una vulneración, y es cosa de revisar la jurisprudencia para percibir que la gran mayoría de las causas son por vulneración del derecho de imagen. Del punto de vista del derecho mercantil no se produce un daño moral por la exhibición no autorizada de la imagen, ya que bajo el alero de esta rama del derecho la mayoría de los casos los titulares ya son personas "famosas" y difícilmente puede producirse un daño moral equivalente al que sufre una persona que no es conocida cuya identidad es difundida. En estos casos, más que daño moral sobre la divulgación de la imagen de personas, que ya son conocidas, se habla sobre lucro cesante que les afecta, ya que es un daño patrimonial que sufren porque al ser explotada su imagen, sabiendo que esta trae patrimonio, sin su consentimiento, están perdiendo una ganancia esperada con la difusión no autorizada por parte del titular.

### 2.2.4 Situación en la legislación chilena

A diferencia de la legislación española, el ordenamiento jurídico chileno carece de normas que protejan el derecho de imagen, por lo que no se encuentra reconocido en el ámbito constitucional y con menor razón aparece regulado ni menos desarrollado en una ley especial como es el caso de la LO 1/1982[16]. Por lo que se recurre a la jurisprudencia, a la doctrina autorizada y ordenamientos extranjeros para solucionar los principales inconvenientes relativos al derecho de imagen. Los ordenamientos españoles e italianos al tener una legislación similar a la chilena nos permiten obtener algunas respuestas a los problemas cuando el derecho de imagen está en conflicto, ya que en dichos ordenamientos se encuentra reglamentado expresamente.

Llama la atención la referencia de la legislación francesa en este punto, ya que el derecho privado chileno deriva del *Código Civil* de Napoleón. En ámbito de derecho de imagen es casi idéntico, ya que no tienen una legislación especial sobre el tema, pero sí se diferencian en que existe una notoria

[16] En materia laboral y penal del ordenamiento jurídico chileno se pueden encontrar normas que hacen referencia al derecho de imagen, pero en ningún caso constituye una regulación. En materia laboral son los arts. 145 I y 152 bis F emanados del *Código del Trabajo* chileno que señalan que los empleadores requerirán autorización expresa para utilizar y explotar la imagen de los trabajadores de artes y espectáculos y de los deportistas, para fines distintos del objeto principal de la prestación de servicios. En materia penal el *Código Penal* chileno en su art. 161. A que nos habla del derecho de imagen; pero no es una protección a la imagen personal propiamente tal, ya que el bien protegido es la vida privada, donde se tipifica el delito de la obtención y difusión de imágenes de carácter privado, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso público. Excluyendo ambos *Códigos* difícilmente podemos encontrar normas que hagan alusión al derecho de imagen.

cantidad de jurisprudencia desarrollada. Hoy, en el derecho francés el derecho de imagen es autónomo y no forma parte del derecho de intimidad, por lo que se puede vulnerar la intimidad y no la imagen, y viceversa.

En la legislación chilena el problema radica principalmente que el derecho de imagen no aparece mencionado expresamente en la C*onstitución Política de Chile* de 1980, especialmente dentro del capítulo III donde hace referencia a los derechos y deberes constitucionales[17].

Ante esta carencia legislativa, las partes han buscado protección en la vulneración del derecho de imagen a través del recurso de protección[18] y han invocado las garantías fundamentales del derecho a la vida privada o al honor, los cuales poseen una estrecha correlación con el derecho de imagen, pero son totalmente independientes uno de otros.

El art. 19 n.° 4 comienza: "La Constitución asegura a todas las personas" y el numeral número cuatro: "El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia"[19]. Es la doctrina y jurisprudencia que establece que el derecho de imagen se encuentra implícitamente reconocido[20] en la Constitución, para luego solucionar la discusión si el derecho de

[17] Capitulo que cuenta con cinco artículos, comenzando con el art. 19 donde enumera los derechos y deberes constitucionales, que son veintiséis, y donde continua con el art. 20, que hace referencia al recurso de protección, que es una acción jurisdiccional de la Constitución Política de la República de Chile y que busca obtener que la Corte de Apelaciones respectiva (tribunal de segunda instancia por regla general) tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado frente a hechos u omisiones ilegales o arbitrarias que vulneren algunos derechos constitucionales.

[18] Acción jurisdiccional de la Constitución Política de la República de Chile y que busca obtener que la Corte de Apelaciones respectiva (tribunal de segunda instancia por regla general) tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado frente a hechos u omisiones ilegales o arbitrarias que vulneren algunos derechos constitucionales.

[19] La expresidenta de la República de Chile Michelle Bachelet, a cinco días de terminar su mandato (11 de marzo de 2018) firmó el proyecto de ley de reforma constitucional que establece los contenidos de una nueva Carta Fundamental para Chile, en el cual el nuevo proyecto no incluye al derecho de imagen, manteniendo la Constitución en este ámbito. El nuevo ministro del Interior el 15 de marzo de 2018 anuncio que el nuevo gobierno no pretende avanzar en el proyecto.

[20] Cabe destacar el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile causa rol n.° 32-1982 y 34-1982, en el que es el primer caso resuelto por los tribunales chilenos sobre el derecho a la propia imagen, al poco tiempo de la entrada en vigor de la Constitución de 1980. Se deduce recurso de protección interpuesto por determinados futbolistas de la selección nacional de futbol en contra de la empresa Salo Ltda., ya que no autorizaron la reproducción de sus imágenes en un álbum titulado *España 82*, *Mundial de Futbol*. En su considerando 40 de la sentencia se establece: "Obtener y utilizar la propia imagen es un derecho sobre la persona o de la personalidad; algo esencial, natural e innato a todo individuo por el solo hecho de serlo

imagen es un derecho autónomo al derecho de la vida privada o es accesorio[21]. La tendencia jurisprudencial chilena antes del año 1997 rechazaba recursos de protección por vulneración del derecho de imagen simplemente porque este derecho no se encontraba plasmado expresamente en la Carta Fundamental, si bien el derecho fue reconocido ya en sentencias de años anteriores, pero al no estar plasmado el derecho se veían en la situación de no acoger los recursos por falta de texto expreso. Luego del año 1997 la jurisprudencia tuvo un vuelco, ya que comenzó a acoger recursos de protección por vulneración del derecho de imagen por dos numerados distintos del art. 19:

1. Como una extensión a la vida privada (numerando cuarto del art. 19).
2. Como un derecho de propiedad de cada persona (numerando 24 del art. 19)[22].

Por lo que en la legislación chilena se puede recurrir por dos vías, ya sea por estar implícitamente introducido en el derecho de la vida privada o cuando se vulnera el derecho de propiedad que cada titular detenta de su propia imagen por su uso no consentido dentro del ámbito de la publicidad. En los casos en que se han rechazado recursos fundados en el derecho de imagen no es porque se desconozca el derecho, sino que es por otros motivos, como, por ejemplo, falta de legitimación del recurso o porque el plazo para interponer el recurso ha caducado, etcétera.

---

y que, como tal, no necesita de un reconocimiento explícito de la ley". En la misma línea jurisprudencial se encuentran las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 31-1997, Rol N°6348-2002, rol n.º 127-2008.

[21] Somos partidarios de la doctrina ya unificada sobre que el derecho de imagen es un derecho autónomo al derecho de honor y a la vida privada. Con respecto a este último por ningún motivo es accesorio, ya que se puede atentar contra la vida privada y no contra la imagen o viceversa.

[22] Se acogen recursos de protección fundados en vulneración del numeral n.º 24 de la Constitución Política de Chile "El Derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales"; el año 2003 se interponen dos recursos de protección por parte de dos deportistas destacados chilenos, Fernando González (tenista) e Iván Zamorano (futbolista) en contra de VTR, que es una operadora televisiva, por la utilización no consentida de su imagen en publicidad, ya que ven menoscabado su patrimonio al ser personas famosas. Por lo que deducen recurso de protección por vulneración del derecho de propiedad en su imagen personal.

Aunque una parte de la doctrina nacional chilena establece que no es que se vulnere el derecho de propiedad, sino que se vulnera el numeral n.º 21 de la Constitución chilena, que hace referencia al "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".

Somos de la opinión que la legislación constitucional chilena debe evolucionar al igual que sus pares donde el derecho de imagen aparece consagrado legalmente y elevados a rango de derecho fundamental. Al no encontrar su consagración en la Carta Fundamental lleva a los abogados a incluirlo dentro del derecho a la vida privada, para fundamentar sus demandas, siendo derechos totalmente diferentes y cada uno con sus matices claros. Si bien el problema ya se encuentra soslayado por los tribunales chilenos a través de sus pronunciamientos que no cabe duda de que es un derecho autónomo y que, si bien no encuentra su reglamentación expresa se desprende que existe.

### *2.3 Vertientes positivas/negativas del derecho de imagen*

El derecho de imagen presenta dos vertientes, la primera de un punto de vista positivo, y la segunda de un punto de vista negativo. Se puede dilucidar ambas vertientes en la LO 1/1982, el primero hace referencia a que se pueda acceder a la imagen personal de cada persona mediante el consentimiento que la propia ley establece, que debe ser expreso y podrá ser revocado en cualquier momento; ese consentimiento no implica la absoluta renuncia de los mismos sino tan solo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran o también puede ser entendido como consentir en la reproducción de la imagen, derecho que emana de cada persona sobre su propia imagen lo que no debe confundirse con su imagen física. Luego encontramos en la misma ley la vertiente negativa, que es la se desprende del art. 1.1. de la ley LO 1/1982 cuando establece:

> "El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica".

En lo que se traduce en erradicar toda conducta que suponga intromisiones ilegitimas en el sujeto, las cuales se encuentran especificadas en el art. 7.

#### 2.3.1 Vertiente positiva

Sería el derecho a obtener, reproducir y publicar la propia imagen, y a facultar a terceros que lo hagan, ya sea por el consentimiento expreso del titular o por autorización expresa de la ley[23], como lo establece el art. 2.2 de la LO

[23] No se ve problema en que el consentimiento lo otorgue un tercero debidamente facultado para ello, ya que estando en el ámbito del derecho privado en que se puede hacer todo

1/1982. Hay que hacer una distinción del punto de vista práctico, ya que recordemos que para la rama del derecho civil el derecho de imagen es un atributo de la personalidad, por lo que el titular no puede desprenderse de él.

Desde la rama del derecho mercantil español, tenemos que mencionar que el consentimiento por parte del titular sobre la reproducción de su imagen no solo impone un intercambio que consiste en la promoción de bienes o servicios con carácter comercial, sino, que, también, el aprovechamiento económico de la imagen con compañas sin fines de lucro sean estos de carácter filantrópicos o de beneficencia [24], a cambio de una retribución, ya sea en dinero o en bienes lo que esto último se denomina "canje" en el mundo de los espectáculos o gratuitamente. Para esta rama del derecho, el titular detenta de un verdadero derecho de propiedad sobre la reproducción de su imagen, por lo que está inmerso en el océano jurídico del derecho; no es que se desprenda de su imagen en su totalidad, ya que eso no se podría sino que cede su derecho de explotar la reproducción su imagen[25].

Ya está resuelto por la doctrina especializada, que todas las personas pueden lucrar con su imagen, independiente de cuanto sea el monto económico que puedan percibir por su utilización.

En esta vertiente positiva-mercantilista de la imagen se incluye, asimismo, la voz y el nombre de la persona. El aspecto positivo no es más que el *right of publicity*.

### 2.3.2 Vertiente negativa

Se desprende acerca de la prohibición de intromisiones ilegitimas de la imagen de las personas, ya que es la LOC 1/1982 que comienza en su art. 1.1 El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente ley orgánica, dicho artículo presenta varias características importantes; primero, hace referencia expresa

aquello que la ley no prohíba y, no existiendo tal prohibición, no vemos el inconveniente en que un tercero consienta por el titular.

[24] Anguita (2006), p. 378.

[25] Tribunal Constitucional de España (2001b), aquí que se establece: "el derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica general, generada por los rasgos físicos que la hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado".

que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental; segundo, que se encuentra protegido civilmente, específicamente a través del art. 1902 del *Código Civil* español, especialmente a través de las normas de la responsabilidad extracontractual, puesto que existirá una intromisión ilegítima lo que se traduce que no existe consentimiento para la difusión de la imagen y en la gran mayoría de los casos ni siquiera existe consentimiento por parte del titular de la imagen de que está siendo captado; tercero, intromisiones ilegitimas, lo que nos permite hacer dos precisiones:

A. Que las captaciones y posterior difusión de la imagen deben ser al margen de la ley, contrarias a ellas y
B. Que, existen intromisiones legítimas, que por lo tanto no quedaría bajo la protección de esta ley,

como son aquellos casos que la imagen es divulgada por el interés público, por la libertad de expresión o simplemente aquellos casos en que la captación y posterior difusión es consentida por el titular.

La mayoría de la jurisprudencia sobre el derecho de imagen se centra en el aspecto negativo, por intromisiones ilegítimas sin el consentimiento del titular. Como, por ejemplo, la STS 746/2016 de 21 de diciembre, donde la demandante solicita indemnización por la intromisión en su derecho de imagen por su uso no consentido en un video montaje en un programa de televisión como también en la página web de este programa. Solicita la actora que se condene al daño moral fundado en el art. 9.3 de la LOC 1/1982, puesto que mostraban a la actora tomando sol en topless en una playa de España, en lo que no cabía duda de que era ella en virtud del criterio de la reconocibilidad y, acto seguido, se inserta un video de obispos "aplaudiendo" dando a entender que les gustaba lo que estaban viendo. Misma postura que adopta la STS 529/2014 de 14 de octubre, donde se toman fotos a una persona durante una capea privada y que se desarrolla en una finca particular, donde las imágenes son difundidas en un programa de televisión. Ante la falta del consentimiento, que actúa como un legitimador de la intromisión del derecho de imagen del afectado, se establece que existe una intromisión ilegítima en la imagen del actor.

También se puede apreciar un importante ejemplo en relación con las fotografías extraídas de redes sociales y que tiene relación con la vertiente negativa del derecho de imagen, especialmente su legalidad, ya que nos permite dilucidar si existe intromisión ilegítima al utilizar imágenes que provienen de un perfil donde existe la posibilidad de tener un perfil "público" o "privado".

Son las vertientes del derecho de imagen las que nos permiten ya sea disponer del aspecto físico de la imagen (mediante el consentimiento) o, bien, prohibir la reproducción, captación u obtención de las imágenes.

Es del estilo, que los medios de información extraen información de las redes sociales de los investigados para fundamentar sus investigaciones, las que pueden extraer fecha de nacimiento, estado civil, estudios y también imágenes, etc., las que resultan bastante ilustrativas al momento de informar.

Este tema fue tratado en una STS 91/2017 de 15 de febrero, en la que se condena al periódico *La Opinión de Zamora* a indemnizar con quince mil euros a un hombre del que se publicó en la portada de su edición de papel una foto obtenida de su perfil de Facebook para ilustrar un suceso en el que el hombre había resultado herido por su hermano con un arma de fuego y que luego este último se suicidó. El medio informático no captó la foto en el momento exacto en que se produjeron los hechos, sino que obtuvo una fotografía de los involucrados del perfil de uno de ellos, perteneciente a una red social. Uno de los argumentos de la parte demandada (periódico *La Opinión de Zamora*) fue que el perfil del demandante era "público", por ende, no existía intromisión ilegítima, ya que se desprende de que, si una persona tiene un perfil público en que de cierta forma consciente de que cualquier usuario pueda acceder a dicho perfil y, como el perfil era de libre acceso se presumía un consentimiento tácito por parte del actor. Esta sentencia constituye un precedente, ya que los perfiles "públicos" de las redes sociales constituyen una buena fuente de información para los medios de comunicación[26].

El Tribunal Supremo en dicha sentencia expone en fojas quinto lo siguiente:

> "Que en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya 'subido' una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar

[26] Tribunal Supremo de España (2017a), fj. 6: "Por tanto, la publicación en el periódico de una fotografía del demandante, acompañando a la información sobre el hecho noticioso y a otras fotografías que ilustraban tal información, por más que el demandante tuviera una momentánea relevancia pública involuntaria en tanto que víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico, obtenida de su cuenta de Facebook , sin recabar el consentimiento expreso del afectado para realizar tal publicación, no puede considerarse autorizada y constituye por tanto una intromisión en tal derecho fundamental que no está justificada del modo previsto en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982" .

con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación".

Que una persona consienta en tener en web un perfil de acceso público no conlleva a que terceros utilicen las imágenes para un fin distinto de que el propio usuario pretende y menos su reproducción, ya que como se explicará más adelante el consentimiento[27] debe ser expreso (como se establece del art. 2.2 de la LO 1/1982), entendido que debe ser para un acto concreto y determinado y no uno ajeno de la voluntad del usuario. Existe una diferencia significativa en tener un acceso a un perfil "publico" que permite que cualquier persona pueda acceder a la web, ya que al propio usuario se le da la opción de privacidad, pero esto no significa que se autorice la reproducción de la imagen por un tercero, ya que debe mediar el consentimiento del usuario y este además debe ser expreso.

### *2.4 Límites al derecho de imagen*

La tutela jurídica del derecho de imagen no es absoluta, lo que contradice con el espíritu de la LO 1/1982, puesto que en aquellos casos donde existe una visión constitucionalista existan intereses generales superiores que justifiquen una intromisión. En determinadas situaciones existen intereses superiores que conducen a justificar una intromisión en la imagen, como es la libertad de expresión y la libertad de información, donde la problemática se valora y se concluye que para que exista una determinada información o expresión se debe vulnerar el derecho de imagen. Los casos se analizan detalladamente y en concreto y, es la solución a la problemática cuando dos derechos fundamentales están en juego, como sería el derecho de imagen con la libertad de información y esta es la postura que acepta intromisión en la imagen que adopta la LO 1/1982.

La regla general en materia de imagen consiste en prohibir la obtención, reproducción o publicación de la imagen personal por parte de un tercero sin que haya mediado el consentimiento previo del sujeto, sea cual sea la finalidad: informativa, comercial, científica, cultural, etcétera.

Cuando se habla de límites tenemos que entender que constituye el fin o el término de una cosa y, en este caso, la cosa inmaterial es el derecho de imagen.

Cierta parte de la doctrina denomina a los límites del derecho de imagen como verdadera causal de justificación de su intromisión.

[27] El consentimiento en derecho de imagen obra como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona.

Desde un punto practico haremos una distinción de los límites al derecho de imagen:

1. El consentimiento,
2. Limites generales (art. 8.1 de la LOC 1/1982) y
3. Limites particulares (art. 8.2 de la LOC 1/1982).

### 2.4.1 El consentimiento

No es pacífica la idea de que el consentimiento constituya un límite al derecho de imagen, pues como establece Olga de Lamo Merlini, los límites son circunstancias que provienen de un tercero y de otro modo supone una restricción del señorío propio de su dueño[28].

En este trabajo queremos mantener el orden que nos presenta la LOC 1/1982 en lo relativo a los límites y el consentimiento aparece dentro la LOC 1/1982 en su art. 2.2:

> "No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley[29] o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso".

El consentimiento aparece como una manifestación de voluntad por parte del titular en la cual acepta la reproducción de su imagen, por lo que estaría eliminando la conducta ilegitima o como una causal de exoneración de una eventual conducta reprochable. La misma ley entiende que el consentimiento debe ser expreso, en el sentido de que no quepa la posibilidad de una conducta tácita de voluntad que lleve a concluir o creer que se estaría consintiendo. Al ser expreso se debe entender que debe ser inequívoco, por lo que no quepa duda de la intención del titular, por lo que no existe problema alguno que sea oral o escrito, solo se exige que sea legitimador de captación, reproducción y publicación de la imagen. Si bien no lo dice expresamente la ley, el consentimiento no debe ser general, sino que debe ser para un acto concreto, como se desprende de los arts. 2.2 y 8.1 de la LOC 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho, como prevé el art. 1.3 de dicha LO y es propio de su carácter de derecho fundamental. Son reiteradas las sentencias de Tribunal Supremo, que

[28] Lamo (2010).

[29] Las limitaciones provenientes de la ley se abordarán dentro de los limites generales, ya que a nuestro parecer se encuentran consagradas textualmente en el art. 8.1 de la LOC 1/1982 cuando hace referencia "No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley".

establecen que el consentimiento dado para publicar una imagen con una finalidad determinada no legítima su publicación con otra finalidad distinta[30].

El consentimiento de un punto de vista permisivo constituye la puerta para permitir la vertiente positiva del derecho de imagen, ya que otorga al titular la facultad de decidir si consiente la captación, reproducción y divulgación de su aspecto físico o la impide. Ahora bien, desde un punto de vista negativo, el consentimiento en impedir la reproducción constituye un derecho fundamental, puesto que nadie puede ser expuesto de su imagen sin que medie su consentimiento, a menos que medie alguna limitación.

A modo de ejemplo, de la gran cantidad de jurisprudencia que versa sobre el consentimiento en el ámbito del derecho de imagen; una actriz de renombre se encontraba tomando sol en una playa de Ibiza en topless, la que fue capturada por una cámara de una revista denominada *Interviú* y posterior reproducción de las fotografías en la revista, fotos que fueron capturadas en un lugar público, en ámbito de la vida privada y sin el consentimiento de la actora. El hecho determinante para el Tribunal Constitucional para acoger el recurso de amparo por parte de la actora fue que no mediaba su consentimiento en las fotos[31].

Por lo tanto, el consentimiento puede obrar de un punto de vista positivo, que al consentir el titular la reproducción de su imagen constituya un límite al derecho de imagen o, bien, de un punto de vista negativo, que impida la reproducción y que, no obstante que esta se haya realizado, el titular dispone de los medios constitucionales, legales y penales para su protección.

Otra característica del consentimiento en el derecho de imagen es su revocabilidad, que el art. 2.3[32] establece que el consentimiento será revocable en cualquier momento y que traerá aparejado una eventual indemnización de daños.

Revocación es una causal de ineficacia de los actos jurídicos, significa dejar sin efecto un acto emanado de la voluntad de su titular, por lo que el consentimiento prestado para la reproducción de la imagen puede quedar sin efecto alguno. Este precepto podría colisionar con el art. 1256 del *Código Civil*, el cual establece: "La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes", por lo que los contratos siguen el adagio de que "los actos se deshacen de la misma manera como se hacen", por lo que lleva a concluir que si una persona consiente en

[30] Tribunal Constitucional de España (2003b); Tribunal Supremo de España (2004c); Tribunal Supremo de España (2008); Tribunal Supremo de España (2010a).

[31] Tribunal Supremo de España (2014a).

[32] Art. 2.3 "El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas".

la reproducción de su imagen, ya sea por licencia, contrato, cesión, etc., debe mediar el consentimiento tanto del titular de la imagen como de la contraparte, que podría ser un agente comercial, publicitario, informativo, etcétera.

Pero ¿por qué en el derecho de imagen la sola voluntad del titular puede dejar sin efecto una relación contractual? La respuesta se encuentra en una STS de 1 de diciembre de 2010[33], a raíz de una fotografía tomada a un personaje público español en una fiesta privada de un restaurante con su novia y sin que haya mediado consentimiento, donde establece esta sentencia que el derecho de la personalidad (derecho de imagen) prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado.

La sentencia más ilustrativa de la jurisprudencia española con respecto a la revocación del consentimiento en materia de derecho de imagen es la STC de 25 de abril de 1994[34], ya que la revocación es solo mencionada en el art. 2.3 de la LO 1/1982 y no se establece el medio de hacerla valer, hasta qué punto se extiende y hasta dónde se producen sus efectos. El caso es el siguiente, la actora por documento privado suscrito en Roma en el año 1985 otorga a un fotógrafo "el pleno derecho de distribuir en todo el mundo, con fines periodísticos las fotografías". El año siguiente el fotógrafo contractualmente cede a Editorial Origen S.A.", editora de la revista *Playboy España* los derechos de reproducción del reportaje fotográfico para su publicación en la revista antes citada, percibiendo por ello la cantidad de un millón de pesetas. Cuando la actora se percata de dicha cesión interpone dos requerimientos: el primero a la Editorial y el segundo al fotógrafo, con la finalidad de revocar el consentimiento. El problema radica en que la propia ley establece que el consentimiento se puede revocar "en cualquier momento" por lo que genera problemas, ya que la actora cedió voluntariamente las imágenes a un fotógrafo que después las cedió nuevamente a un tercero a cambio de una retribución económica. En cuanto al alcance de la revocación esta sentencia establece que la expresión "en cualquier momento" viene a hacer referencia al tempo que puede ejercitarse la facultad y no a sus efectos, negándole eficacia retroactiva, como es lo que sucede en el caso comentado, que los efectos ya se estaban vigentes. Junto con esto, esta sentencia establece los requisitos que debe reunir la revocación y establece:

1. Habrá que acreditar alguna circunstancia, como la de proceder del propio titular del derecho;
2. Expresar de modo concreto e indubitado la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por parte de las personas a las que se dirige y

[33] Tribunal Supremo de España (2010b).

[34] Tribunal Constitucional de España (1994).

3. Tener lugar en momento en que el derecho cedido todavía pueda ejercitarse, no atribuirle carácter retroactivo.

2.4.2 Límites generales (art. 8.1 de la LOC 1/1982)

Se encuentra consagrado expresamente en la LO 1/1982 en su art. 8.1 donde establece: "No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante", lo que nos lleva a concluir, en virtud de la redacción de este artículo, que serían dos los limites generales:

1 Existencia de una autorización previa por parte de la autoridad

Este límite requiere dos requisitos copulativos,

i) actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente (que a nuestro parecer serán los órganos de la administración) y
ii) de acuerdo con la ley; todo amparado dentro de la legalidad de las actuaciones.

La LO 1/1982 no solo reglamenta el derecho de imagen, sino que, también, reglamenta conjuntamente el derecho de intimidad y el derecho a la honra. Por lo que seguimos la postura de José Ramón de Verda y Beamonte, que el art. 8.1 parte primera estaría haciendo referencia al derecho de intimidad y que tampoco se pueda interpretar de modo literal la norma, ya que solo bastaría con cumplir los requisitos de que al acto emane de la autoridad y esté previsto por la ley para que la intromisión fuera legitima, por lo que conllevaría a que el derecho de imagen quedara menoscabado a límites ridículos.

Olga de Lamo Merlini establece, sobre la base de una STC del 28 de enero de 2003[35], que, a su vez, el Tribunal Constitucional toma de doctrina ya consolidada del Tribunal de Derechos Humanos que, para que los actos de la autoridad administrativa atenten contra el derecho de imagen, deben reunir, además, tres criterios: proporcionalidad, necesidad y adecuación[36].

En esta sentencia el gabinete de prensa de la jefatura superior de policía de Valladolid difunde una fotografía en dos periódicos de una persona detenida eventualmente vinculada a una riña con resultado de muerte, en la que posteriormente el detenido fue absuelto en el juicio penal seguido en su contra, en el que fueron condenados su hermano y un amigo de este. El afectado interpone recurso de amparo contra el Ministerio del Interior en el

[35] Tribunal Constitucional de España (2003a).
[36] Lamo (2010).

cual el Tribunal Constitucional establece, sobre la base de los tres criterios (proporcionalidad, necesidad y adecuación) que había constituido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del detenido.

Asimismo, el derecho de imagen está relacionado con aquellas problemáticas donde existe conflicto entre dos derechos fundamentales, como sería el caso de la libertad de información con el derecho de imagen, donde son usuales los casos de seguridad ciudadana y la prevención represión de la delincuencia, donde el derecho de información debe prevalecer sobre el derecho de imagen de cada persona, como a modo de ejemplo la STS de 26 de enero de 2018[37], donde el director general de la policía del Departament D' Interior de la Generalitat de Catalunya dicta resolución que autorizó en página web de los Mossos d' Escuadra las fotografías de personas no identificadas en acto que dieron lugar a disturbios. El objetivo de la publicación era obtener colaboración ciudadana; por lo que el actor de los disturbios aparecería identificado por lo que deduce acción de protección jurisdiccional civil del derecho al honor a la intimidad y a la propia imagen.

En el caso del derecho a la propia imagen, no está prevista la necesidad de autorización judicial previa para las actuaciones que supongan una afectación o limitación de tal derecho, sin perjuicio de que el afectado pueda solicitar la tutela judicial del mismo frente a las vulneraciones ilegítima, es más la STC de 6 de febrero[38], ha declarado que el reconocimiento fotográfico es un medio legítimo de investigación en manos de la policía para el correcto cometer de sus funciones, y esto, amparado por Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos.

2. Interés histórico, científico
   o cultural relevante:

Si bien la ley en ningún caso utiliza la expresión "interés general", creemos que la referencia que alude el art. 8.1 "...ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, no es más que el interés general". Además, traemos a colación las precisiones antes expuestas de que el art. 8 estaría referido fundamentalmente al derecho de intimidad más que el derecho de imagen propiamente, donde el art 8.2 sí hace referencia a limitaciones a la imagen.

En similar como se expuso, para que haya una intromisión ilegítima no solo bastara que predominen estos intereses (históricos, científicos o culturales) sino que conjuntamente deben concurrir los tres criterios antes

[37] Tribunal Supremo de España (2018).
[38] Tribunal Constitucional de España (1995a).

mencionados; necesaria, para alcanzar dichos intereses, proporcional, para lograrlos y adecuación, que se utilicen los medios para procurar una mínima afectación como expone el profesor José Ramón de Verda y Beamonte[39].

Una STS 28 de enero 2004 (RJ 2004,568), donde se considera legitima la publicación de un libro sobre la historia de un pueblo, donde se alude la participación del padre de la actora en el asesinato de un sacerdote durante la guerra civil. Se establece la legalidad de la publicación no obstante del daño que pudiera ocasionar la referencia del padre de la actora en el crimen, ya que tal obra tenía interés histórico donde no podía haber silencio en tal suceso.

### 2.4.3 Límites particulares (art. 8.2 de la LOC 1/1982)

Estos límites particulares se encuentran consagrados legalmente en el art. 8.2 de la LOC 1/1982, donde dicho artículo establece:

> "El derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social, c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.
>
> Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza".

Se desprende de este artículo que la ley permite la vulneración legitima de la imagen de personas que por las características que invisten y del lugar donde ocurren los sucesos se puede desprender del consentimiento de ellos. La razón de esta intromisión del derecho de imagen según José Ramón de Verda y Beamonte es porque predomina el interés general sobre el interés particular del sujeto[40].

Los casos son los siguientes:

1. Personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público:

Antes de analizar en detalle esta causal de justificación debemos realizar un par de precisiones sobre este precepto, ya que queremos comprender la idea

[39] Verda y Beamonte (2007), pp. 257-259.

[40] *Op. cit.*, p. 258.

del legislador sobre la distinción acerca de personas que ejerzan un cargo público de aquellas que ejerzan una profesión pública y, además, de que se entiende por actos públicos y lugares abiertos al público.

Tanto las personas públicas como las personas que carecen de notoriedad pública son titulares del derecho a la propia imagen. Esto encuentra fundamento, ya que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental, lo que se traduce en la característica de la "universalidad", que abarca a todas las personas, sin discriminación alguna, donde la única diferencia entre personajes públicos de los que no, será el monto de la indemnización en caso de intromisión. Las personas que ejerzan un cargo público son aquellas que trabajan para la administración, donde muchas de ellas no tienen por qué ser conocidas por la mayoría de las personas, pero al estar trabajando para la administración pública su imagen pasa a ser importante para el interés público, ya que sobre ellos siempre pesara una responsabilidad extra por el hecho de trabajar para la comunidad, donde la libertad de información y expresión, art. 20.1 de la CE, de los ciudadanos estará en muchos casos justificado.

En cuanto a la noción de personaje público las STS de 1 julio 2004 (RJ 2004, 4844) y 17 de diciembre 1997 (RJ 1997, 9100) realizan una precisión bastante aclaradora, puesto que la primera establece:

> "La referencia legal a personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio"

y la segunda complementa:

> "La proyección pública se reconoce por razones diversas: por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante del suceso, por su trascendencia económica, por su relación social, etc."[41].

La mayoría de las defensas de los demandados, por no decir todas, cuando existe una intromisión en el derecho de imagen es que predomina la garantía constitucional del derecho de información **y/o** expresión y como es interés general deberá prevalecer por sobre el particular de cada persona, como lo que sucedió en la STS de 8 julio de 2004 (RJ, 2004/5112), en la que estima un recurso de casación interpuesto por un fotógrafo y el director del diario *El País*, donde se publica una fotografía de un conocido abogado, empresario y financiero catalán, mientras comía un bocadillo detrás de las rejas de una celda de la Cárcel Modelo de Barcelona, establecimiento penitenciario en el que cumplía prisión preventiva acusado de sendos delitos de

[41] Verda y Beamonte (2007), p. 260.

estafa, apropiación indebida y falsedad. El principal argumento de la parte demandada era que el actor era un personaje de relevancia pública y que sus actos eran de interés general, por lo que debía primar la libertad de información hacia la comunidad por sobre el derecho de imagen del actor.

En cuanto a la siguiente interrogante el art. 8.2 continua así: "...y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público". Por lo que nos da a entender que la expresión "y" es un requisito copulativo a las personas públicas, por lo que resultaría una intromisión ilegítima a la imagen de una persona publica durante un acto privado o dentro de un lugar cerrado al público[42], ya que no por ser personas públicas no tienen intimidad y, además, que todo acto privado de estas personas carece del interés público, por ende, cualquier intromisión sin su consentimiento y dentro de un ámbito privado es ilegítima[43].

En este mismo sentido lo expone la STS 11 de noviembre de 2015 (RJ 2015,5499), en la que se divulgan imágenes clandestinamente de una persona de notoriedad social en su vida privada en los programas de televisión: Salsa Rosa, TNT y Aquí hay Tomate, en lo que el Tribunal Supremo concluye:

> "[...] en cuanto al derecho a la propia imagen, que el mismo había sido vulnerado pese a que el demandante fuese una persona de notoriedad social, ya que esta no justificaba la captación clandestina de imágenes de su persona para su posterior emisión en programas televisivos 'cuya única finalidad consistía en divulgar escenas referidas al ámbito personal y privado» además expone «son los terceros quienes vienen constitucionalmente obligados a respetar el derecho fundamental cuando se trata, como ocurre en el presente caso, de la captación de imágenes que se refieren al ámbito personal y privado'. Además, el contenido de la información revelada a través de dichas imágenes quedaba 'fuera de los asuntos de relevancia pública en los términos establecidos por la doctrina constitucional'. También apreció la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad personal razonando que la obtención y difusión de imágenes también es susceptible de afectar a la intimidad en casos como el presente en que la imagen difundida no solo permite identificar a una persona determinada por sus rasgos físicos sino que, además, revela aspectos de su vida privada y familiar que se quisieron reservar del público conocimiento,

[42] Entiéndase ya sea cargos o personas de notoriedad pública, es decir, que sean conocidos por la gran mayoría.

[43] La jurisprudencia italiana, que es la que más sentencias presenta con personajes públicos, tiene unificado el criterio que es ilícito la utilización de la imagen de una persona pública para dar publicidad sin que medie su consentimiento.

> sin que constituyeran óbices para alcanzar esta conclusión ni el hecho de que las imágenes se obtuvieran en lugares de acceso público ni el hecho de que la relación afectiva entre el Sr. xxx y Doña. xxx fuera conocida, como tampoco que el interesado hubiera podido favorecer la publicidad de ciertos aspectos de su vida privada, insistiéndose de nuevo en que la información ofrecida a través de dichas imágenes carecía de relevancia pública en los términos establecidos por la doctrina constitucional".

La función pública que desarrolla una persona solamente legitima la utilización de la imagen con finalidades meramente informativas, pero jamás cuando se realice con propósitos comerciales. Para ello es necesario siempre el consentimiento, incluso si es una persona de notoriedad pública.

2. La caricatura de dichas personas,
de acuerdo con el uso social:

Creemos que la caricatura se incluye dentro de las limitaciones al derecho de imagen por ser lo más parecido a una imagen, aunque no necesariamente una caricatura sea un "dibujo"[44].

Las caricaturas deben ser de personas de notoriedad pública (*a contrario sensu* no alcanza a las personas que no son conocidas), ya que si la reproducción de sus imágenes está amparada por el legislador con mayor razón la caricatura de ellos, atendiendo el adagio: de quien puede lo más puede lo menos. La razón porque se permite la reproducción legitima de la imagen a través de la caricatura es por la libertad de expresión, siempre y cuando dicha caricaturización no atente contra la honra, ya que podría suceder casos que una caricatura ridiculice al sujeto por lo que estaríamos dentro del ámbito del derecho de honor y no el de imagen.

La STS 7 de marzo de 2006 (RJ, 2006,1579)[45], no considera al fotomontaje como caricatura, ya que no aparecen deformados los rasgos de las personas fotografiadas.

Llama profundamente la atención la expresión "de acuerdo con el uso social", creemos que esta expresión hace referencia al interés general, por lo que una caricatura sobre una persona de proyección pública que no interese a la sociedad no queda amparada por esta limitación. En la misma sentencia antes mencionada, el Tribunal Supremo expone que "la proyección de la

[44] El *Diccionario de la lengua española* entiende por caricatura: "dibujo satírico en que se deforman las facciones y el aspecto de alguien" como también "obra de arte que ridiculiza o toma en broma el modelo que tiene por objeto".

[45] Se mostraba a la actora en un concurso en que se pretendía valorar el tamaño de los pechos donde la afectada aparecía con el cuerpo de una mujer diversa.

imagen de una persona conocida para 'excitar' la curiosidad malsana de los lectores de la revista" carece de cualquier tipo de interés general.

Finalmente, como se ha dicho, el fundamento de la utilización de la caricatura descansa sobre la libertad de expresión, por lo que creemos que cuando la utilización de la caricatura reposa sobre intereses económicos no puede quedar amparado por esta norma. Ahora, que pasa con los periódicos y revistas, que es del estilo que en sus ediciones caricaturizan a personajes públicos para sus publicaciones y netamente tienen una económica, en estas situaciones José Ramón Verda y Beamonde expone:

> "A través de la caricatura, se ejercitan en ellos la libertad de expresión, que contribuye a la formación de una opinión publica libre, por lo que , desde el punto de vista del interés general, no se puede decir que se trate de una actividad puramente comercial"[46].

3. La utilización de imágenes accesorias de un reportaje de interés público:

Un ejemplo delimitado es el que nos confiere la STS de 30 de marzo de 2017 (RJ, 2017,1324), en el que una madre en representación de su hija, de aquel entonces de dieciséis años, estudiante de bachillerato de una escuela de Cantabria, en la que se difunde, en un periódico sin el consentimiento de la menor, la imagen accesoria de la menor en un artículo de carácter puramente informativo sobre la publicación anual del informe del programa internacional para evaluación de estudiantes que publica la OCDE, sin identificación ni en la foto ni en el reportaje y ni siquiera referido a ella o a su centro escolar. La madre demanda de juicio ordinario, contra la entidad mercantil Editorial Cantabria, S.A. y contra don Lucas (representante del diario), que se declare que los demandados han cometido intromisión ilegítima en la imagen de la hija de la actora y se les condene a indemnizar conjunta y solidariamente a la perjudicada a través de la actora en su condición de progenitora, en la cantidad de 16 000, proceder a la retirada de la fotografía litigiosa del medio eldiariomontañes.es y al pago de las costas del presente procedimiento. El recurso es desestimado por el Tribal Supremo, ya que

> "No ha sido vulnerado puesto que existe causa de exclusión legal del artículo 8.2, que comprende la accesoriedad [...] existiendo accesoriedad cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección [...] La imagen de varias alumnas enriquece sin duda el

[46] Verda y Beamonte (2007).

> contenido de la información que el periódico dirige a la opinión pública sobre la situación en la enseñanza en Cantabria y lo que no es posible es que se censure la imagen cuando es reproducida de manera neutral o inocua en el periódico, sin desmerecer o vulnerar el interés superior de la menor, como la sentencia deja constancia".

Las características que debe reunir la imagen difundida para que no constituya una intromisión son: primero, que la imagen sea incluida en un reportaje con interés público y segundo, que la imagen sea accesoria. Lo que nos permite establecer que la representación debe ser realizada en un sentido que no convierta a una persona determinada en el objeto principal de la información y que la intromisión se justifique en el ejercicio de la libertad de información. José Ramón Verda y Beamonde concluye:

> "La accesoriedad de la imagen significa que esta debe estar siempre en relación de subordinación, con el suceso o acontecimiento público que ilustra, el cual debe ser "el objeto principal de la noticia o reportaje"[47].

Finalmente existen criterios en la doctrina que acompañan a la accesoriedad que debe presentar la imagen en el reportaje de interés público, los cuales son: el tamaño de la imagen, el plano de donde se capta y su carácter fugaz y repetitivo. Dichos criterios son objeto de un análisis separado de esta investigación.

## III. Conclusiones

1. La legislación española reconoce taxativamente el derecho de imagen en el art. 18.1 de la Constitución, junto con el derecho a la intimidad y a la honra. En la legislación chilena no tiene una consagración legal ni mucho menos constitucional. Pero esto no impide que sea reconocido en el ámbito jurisprudencial y doctrinal.
2. Para introducir el derecho de imagen en la legislación chilena se recurre a la garantía constitucional del derecho a la vida privada, si bien son garantías diferentes entre sí el legislador chileno optó como una solución rápida y necesaria por la gran cantidad de causas que existían y existen con respecto del derecho de imagen. Existe una acción destinada a proteger las garantías constitucionales en Chile, que se llama recurso de protección y, para proceder con este, es necesario que la garantía debatida se encuentre taxativamente

[47] Verda y Beamonte (2007), p. 273.

mencionada dentro de los numerales del art. 19 de la Constitución chilena, pero como el derecho de imagen no se encuentra el letrado chileno introduce de manera implícita el derecho de imagen dentro del derecho a la vida privada, por lo que este mecanismo de protección de la imagen indirecto en Chile es el que procede hasta hoy.

3. El legislador reglamenta el derecho de imagen en la LO 1/82 del 5 de mayo donde encontramos una vertiente negativa como positiva. La negativa consiste en erradicar toda conducta que suponga intromisiones ilegitimas en el sujeto, las cuales se encuentran especificadas en el art. 7 de la LO 1/82. Es el art 2.2 de la LO que nos permite comercializar la imagen, lo que se traduce en jerga mercantil *personality merchandising*, que es la vertiente positiva.
4. Es el derecho estadounidense que nos permite elaborar una teoría acerca del *personality merchandising* a través del *right of publicity* y el *right of privacy*; la diferencia fundamental entre el *right of publicity* estadounidense y el español radica en la cantidad de jurisprudencia que existe en el país americano y el tratamiento legal (aceptado en casi todos los estados), por lo que en el caso que se origine un conflicto en esta materia siempre habrá jurisprudencia que nos permita saber cómo proceder. La industria comercial de los personajes de "renombre" en España cada día aumenta por lo que cada vez es más típico encontrar sentencias sobre la comercialización de la imagen de personas famosas.
5. El poco conocimiento de este derecho y su constante vulneración nos obliga a instruir sobre su importancia y sus mecanismos de defensas. Una reglamentación detallada nos permitiría proteger este derecho. La libertad de expresión **y/o** información será –en la mayoría de los casos– la justificante de su vulneración en un país que no cuenta con una jurisprudencia acabada de lo que debiese ser.
6. El recurso de protección fundamentado en los numerales 4 y 24 del art. 19 de la Constitución de la Política puede ser la forma más rápida de evitar una divulgación no consentida del derecho de imagen. Si la intención del actor es obtener un resarcimiento, la vía de la responsabilidad extracontractual es la recomendada.

## Bibliografía

Anguita, Pedro (2006). *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile*. Santiago: Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho.

Antequera Parilli, R. (2012). *Derechos intelectuales y derecho a la imagen en la jurisprudencia comparada*. Madrid: Editorial Reus S.A.

Barbieri, P.C. (2012). *Derecho de imagen en el deporte*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Cueste Rute, José María de la (1985). *Lecciones de derecho de la publicidad*. Madrid: Editorial Universidad Complutense.

Cueste Rute, José María de la (2002). *Curso de derecho de la publicidad*. Navarra: Editorial Ediciones Universidad de Navarra, S.A.

Díez-Picazo, Luis y Antonio Gullón (1992). *Sistema de derecho civil*. Madrid, Tecnos, ,

Fernández-Nóvoa, Carlos (2001). *Tratado sobre derecho de marcas*. Madrid: Marcial Pons.

Franquet Sugrañez, María Teresa (2005). *El contrato de personality Merchandising*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Garrigues, Joaquin (1976). *Curso de derecho mercantil I*, 7ª ed. Madrid: Editorial.

Higueras Inmaculada (2001). *Valor comercial de la imagen, aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen*. Navarra: Eunsa.

Iglesia Prados, E.de la (2016). *Derecho patrimonial privado y deporte*. Madrid: Editorial Reus.

Kotler, Philip (1998). *Fundamentos de mercadotecnia*. Ciudad de México: Prentice-Hall Hispanoamericana.

Lamo, Merlini Olga de (2010). "Consideraciones sobre la configuración del derecho a la propia imagen en el ordenamiento español". Disponible en http://eprints.ucm.es/10972/1/Lamo_Merlini_derecho_a_la_propia_imagen.pdf [fecha de consulta: 13 de marzo de 2018].

Larrain Paez, Cristian (2016). "Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 26, julio.

Miquel, Salvador, Alejandro Mollá y J. Enrique Bigné (1994). *Introducción al Marketing*. Madrid: McGraw-Hill.

Mccarthy, J. Thomas (1995). "Horace S.Manages Lecture-The Human Persona as Commercial Property: The right of publicity". *VLA Journal of Law & the Arts*. Columbia.

Navas Navarro, Susana (2002). *Contrato de merchandising y propiedad intelectual*. Madrid: Editorial Reus S.A.

Nogueira Muñoz, Pablo (2010). *El derecho a la propia imagen*. Santiago: Librotecnia.

Peréz Triviño, J.L.y E. Cañizares Rivas (2017). *Deporte y derechos*. Madrid: Editorial Reus S.A.

Post (1991), Rereading Warren & Brandeis: Privacy, Property and Appropiation, 41 "Case Western Law Review".

Verda y Beamonte, José Ramón de (2007). "El derecho a la propia imagen" en José Ramón de Verda y Beamonte (coord.). *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Navarra: Thomson Aranzadi.

Vicent Chuliá, Francisco (20039. *Introducción al derecho mercantil*. 16ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.

*Sentencias*

Tribunal Constitucional de España (1988a). STC de 2 febrero (RTC 1988, 232).

Tribunal Constitucional de España (1988b). STC de 2 diciembre (RTC 1988/231).

Tribunal Constitucional de España (1994). STC de 25 de abril (RTC 1994/117.

Tribunal Constitucional de España (1995a). STC de 6 de febrero (RTC 1995/36).

Tribunal Constitucional de España (1995b). STC de 26 de septiembre de 1995 (RTC 1995/139).

Tribunal Constitucional de España (1997). STS de 17 de diciembre (RJ 1997/ 9100).

Tribunal Constitucional de España (2001a). STC de 26 de marzo de (RTC 2001/81).

Tribunal Constitucional de España (2001b). STC de 2 de julio (RTC 2001/156).

Tribunal Constitucional de España (2003a). STC de 28 de enero de (RTC 2003/14).

Tribunal Constitucional de España (2003b). STS 1225/2003, de 24 de diciembre (RJ 2004/138).

Tribunal Supremo de España (2003). STS de 28 de enero de 2004 (RJ 2004/568).

Tribunal Supremo de España (2004a). STS de 1 julio (RJ 2004/4844).

Tribunal Supremo de España (2004b). STS de 8 julio (RJ 2004/5112).

Tribunal Supremo de España (2004c): STS 1024/2004, de 18 de octubre (RJ 2004/ 6571).

Tribunal Supremo de España (2006). STS de 7 de marzo 2006 (RJ2006/1579).

Tribunal Supremo de España (2008). STS 1184/2008 de 3 de diciembre (RJ 2008/ 6942).

Tribunal Supremo de España (2010a). STS 311/2010 de 2 de junio (RJ 2010/2666).

Tribunal Supremo de España (2010b). STS de 1 de diciembre (RJ 1172/2011).

Tribunal Supremo de España (2014a). STC de 10 de febrero de 2014 (RTC 2014/19).

Tribunal Supremo de España (2014b). STS de 14 de octubre de 2014 (RJ 2014/5599).

Tribunal Supremo de España (2015). STS de 11 de noviembre (RJ 2015/5499).

Tribunal Supremo de España (2016). STS de 21 de diciembre de (RJ 2016/5997).

Tribunal Supremo de España (2017a). STS 91/2017, de 15 de febrero (RJ 2017/302).

Tribunal Supremo de España (2017b). STS de 30 de marzo (RJ 2017/1324).
Tribunal Supremo de España (2017c). STS de 11 de octubre de (RJ 2017/4283)
Tribunal Supremo de España (2018). STS 41/2018, de 26 de febrero (RJ 2018/131).

# LOS ACUERDOS DE REORGANIZACIÓN EN LA PRÁCTICA ACTUAL

# CURRENT PRACTICES IN REORGANIZATION AGREEMENTS

*Ricardo Reveco Urzúa*[*]
*Francisco González Munchmeyer*[**]

Resumen: En Chile, distintas empresas han enfrentado situaciones de *default* o incumplimiento que las ha llevado a utilizar distintos mecanismos legales para enfrentar dicha insolvencia y ofrecer soluciones de pago, que sean satisfactorias a sus acreedores. Asimismo, considerando que la actual ley sobre insolvencia y reemprendimiento, Ley n.º 20720, ya lleva casi siete años de vigencia, hemos podido identificar distintas propuestas de reorganización de parte de dichas empresas, sobre las cuales, haciendo un análisis descriptivo es posible ofrecer una sistematización o clasificación de éstas en atención a su objeto. De esta manera, se ofrece a la academia abogados u otros interesados una clasificación de los distintos objetos de reorganización judicial en Chile.

Palabras claves: Acuerdos de reorganización judicial, insolvencia, procedimientos concursales.

Abstract: In Chile, different companies have faced situations of default that have forced them to use different legal mechanisms to resolve said insolvency and offer payment solutions that are satisfactory to their creditors. Likewise, considering that the current insolvency and re-entrepreneurship law, Law 20.720, has been in force for almost six years, we have been able to identify different reorganization proposals on the part of these companies, on which, by making a descriptive analysis, it is possible to offer a systematization or

[*] Abogado y profesor de Derecho Privado de la Universidad de Chile y de Derecho de Insolvencia en el diplomado de la Universidad del Desarrollo. Socio de Carey y Cía; correo electrónico: rreveco@carey.cl

[**] Abogado de la Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho de los Negocios de la Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: francisco.gonzalezmunchmeyer@gmail.com

classification of these based on its content. In this way, the academy, lawyers or other interested parties it is offered a classification of the different objects of judicial reorganization in Chile.

Keywords: Judicial Reorganization Agreements, Insolvency, Bankruptcy Procedures.

## I. Introducción

### *a) La situación actual de las reorganizaciones judiciales en Chile*

En el presente artículo se revisa el contenido de los acuerdos de reorganización que se han aprobado en nuestro país a partir de la vigencia de la Ley n.º 20720 (en adelante indistintamente Ley n.º 20720 o LIR)[1], anticipando que, dependiendo de su objeto, existen múltiples categorías de acuerdos que pueden convenirse entre el deudor[2] y sus acreedores. Cada uno de ellos, incorpora cláusulas especiales destinadas a gobernar las relaciones jurídicas entre las partes en el tiempo.

Los acuerdos de reorganización (en adelante indistintamente "Acuerdo" o "Acuerdos") fueron incorporados a nuestro sistema con las características que hoy conocemos con la entrada en vigencia de la LIR, sustituyendo integralmente el régimen y procedimientos contemplados por la antigua legislación concursal.

Nuestro análisis se enfocará en el acuerdo de reorganización que, como sabemos, está definido en el art. 2 de la LIR[3]. En términos generales, el acuerdo de reorganización es un contrato colectivo y solemne por el cual el deudor y el conjunto de sus acreedores resuelven la insolvencia de aquel evitando[4] o clausurando un procedimiento concursal de liquidación[5],

[1] La Ley n.º 20720.

[2] Toda mención que se haga en el presente artículo a deudor, deudora, empresa deudora u otra análoga se refiere a la empresa deudora definida en el numeral 13) del art. 2 de la Ley n.º 20720.

[3] Art. 2, numeral 1) de la Ley n.º 20720, que dispone que es "aquel que se suscribe entre una Empresa Deudora y sus acreedores con el fin de reestructurar sus activos y pasivos, con sujeción al procedimiento establecido en los Títulos 1 y 2 del Capítulo III. Para los efectos de esta ley, se denominará indistintamente 'Acuerdo de Reorganización Judicial' o 'Acuerdo' ".

[4] Es lo usual que se evite la situación de insolvencia y, en este caso, bajo la antigua legislación se denominaban convenios judiciales preventivos.

[5] En este caso toma el nombre de acuerdo alzatorio, pues alza o pone término al procedimiento de liquidación concursal.

y cuyos derechos y obligaciones son oponibles a todos los acreedores, salvo excepciones legales[6].

Este Acuerdo podrá ser celebrado a través de un procedimiento concursal de reorganización judicial[7], en cuyo caso resulta la empresa goza de la denominada protección financiera concursal[8], que le permite generar un proceso de negociación reglada con sus distintos acreedores o, por el contrario, cuando exista alto consenso de reorganizar la deuda de la sociedad y, probablemente, acreedores no tan atomizados, suscribir acuerdo de reorganización simplificado o extrajudicial[9] y, luego, someterlo a la aprobación judicial respectiva[10].

Cualquiera sea, el Acuerdo es un instrumento jurídico financiero idóneo frente a la insolvencia o prevención de esta, que sobre la base de la implementación del principio de conservación de la empresa[11], permite resguardar a la empresa deudora con la protección financiera concursal como técnica de negociación protegida durante el proceso de la reorganización judicial[12].

A partir de nuestra experiencia, se observa que el procedimiento concursal de reorganización judicial es una herramienta jurídica que se ha utilizado sostenidamente en el tiempo, y de manera creciente (en número de procedimientos como de nivel de deuda reorganizada), para resolver situaciones de insolvencia o crisis que pueden afectar a las empresas deudoras.

El Tercer Reporte de Insolvencia Chile[13], da cuenta de la existencia de una evolución de la deuda reestructurada entre los años 2014 y 2020[14].

---

[6] Puga (2014), p. 72.

[7] Regla general conforme con el capítulo III de la Ley n.º 20720.

[8] Conforme con el art. 57 de la Ley n.º 20720.

[9] De conformidad con el art. 102 y siguiente de la Ley n.º 20720.

[10] En todo caso, y tal como se expondrá más adelante una crítica que justifica el escaso uso de los acuerdos de reorganización simplificado, es que de conformidad con el art. 112 de la LIR, basta que cualquier acreedor impugne el acuerdo para que no genere efectos sino hasta rechazada la impugnación por resolución firme y ejecutoriada, o se desista dicho acreedor, cualquiera sea el porcentaje de pasivo que dicho acreedor represente.

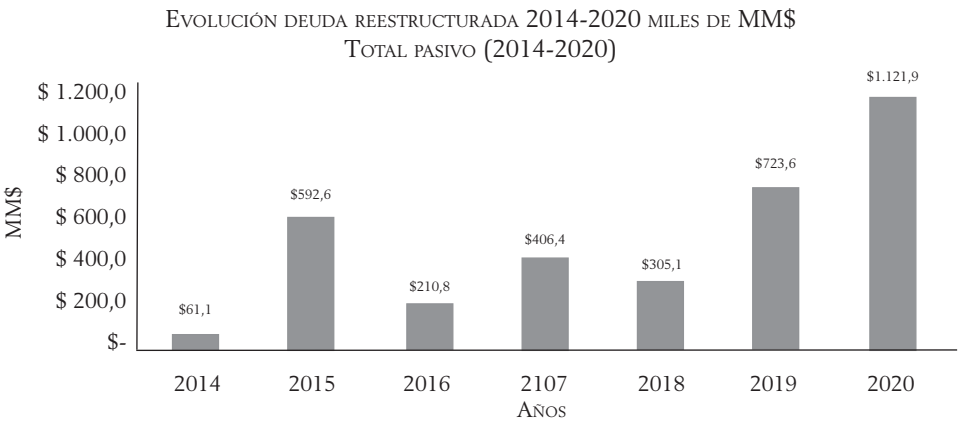
[11] Véase Cárdenas y Reveco (2018), p. 540.

[12] Goldenberg (2020), p. 33.

[13] Tercer Reporte de Insolvencia Chile (RIC), mayo 2021.

[14] El citado informe también da cuenta de que los acuerdos de reorganización son principalmente utilizado por empresas medianas o grandes, lo que ha motivado que se encuentre en plena tramitación en el Congreso que Moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley n.º 20720, y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas, (*Boletín* 13802-03 ), una modificación legal destinada a la creación de procedimientos especiales o simplificados de reorganización y de liquidación concursal para las denominadas Mypimes, que ha pretendido incorporar parcialmente algunas de las sugerencias que la CNUDMI en el

Por su parte, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, a través de su último boletín publicado[15], ha informado que este instrumento de reorganización se utiliza principalmente en la Región Metropolitana[16].




*1) Factores que indicen para que una empresa deudora inicie un procedimiento de reorganización judicial.*

Desde una perspectiva económica o financiera, el acuerdo de reorganización judicial es una herramienta que permite, en la medida que sea aprobado por sus acreedores de conformidad a las normas legales, reorganizar el patrimonio del deudor que facilite el cumplimiento de sus obligaciones[17], mediante la modificación de los plazos de amortización de capital e interés, tasa de interés, *covenants* financieros, y así permitan ajustar sus compromisos financieros a los flujos futuros esperados de la empresa. Por otro lado, permite conciliar distintos intereses[18], tales como acordar procedimientos de venta de activos o de la empresa que maximicen los precios de modo de mejorar el recupero de los acreedores. Con todo, el objetivo será hacer viable la empresa que tiene

proyecto de texto sobre un régimen simplificado de la insolvencia de fecha 25 de septiembre de 2019 disponible en https://undocs.org/es/a/cn.9/wg.v/wp.168 [fecha de consulta: Septiembre 2021].

[15] SUPERIR (2021).

[16] En el *Boletín* se concluye que el 74 % de las reorganizaciones judiciales se tramitan en la Región Metropolitana, siendo diecinueve casos distintos tramitados en el primer trimestre de 2021; sin embargo, en mayor medida son utilizadas las liquidaciones concursales de empresas deudoras, las cuales en el mismo periodo ascienden a seteciejtas, siendo 51 % tramitadas en la misma Región.

[17] Sandoval (2016), p. 42.

[18] Por ejemplo, entre la deudora, sus accionistas, controladores, acreedores u otros.

problemas de liquidez y procurar la rentabilidad esperada para sus socios **y/o** accionistas luego del pago a sus acreedores[19].

Las principales razones que determina que una empresa decida acogerse a un procedimiento concursal de reorganización, ya sea judicial o simplificado, son las siguientes:

a) Proteger activos **y/o** empresa frente a acciones de ejecución o liquidación deducidas por los acreedores

Ante un incumplimiento de la empresa cuya obligación sea dineraria, actualmente exigible, líquida, no prescrita, y que conste en un título ejecutivo, el acreedor respectivo puede iniciar un procedimiento de ejecución individual o, bien, uno colectivo de ejecución (mediante la iniciación de una demanda declaratoria de liquidación forzosa). En el primer caso, con la demanda ejecutiva también se notifica el mandamiento de ejecución y embargo. Trabado el embargo, se limitará la posibilidad de usar, gozar y disponer de los distintos activos de la empresa ejecutada, lo que podrá o no dificultar la continuidad de la operación de la citada empresa demandada. Del mismo modo, frente a una demanda de liquidación forzada, la empresa corre el riesgo de que sea declarada en liquidación, perdiendo su administración los actuales controladores y administradores, como también el negocio en curso, que será usualmente concluido y enajenado sus activos por parte del liquidador para pagar a los acreedores, conforme la prelación de créditos. Por otro lado, la mera existencia de una demanda de liquidación puede constituir un evento de incumplimiento en los contratos que haya suscrito la empresa deudora, gatillando los remedios contractuales que se hayan pactado en esos contratos (usualmente, terminación, cobro de garantías, aceleración del crédito, bajo las denominadas cláusulas *ipso facto*)[20].

Frente a ello, la iniciación de un procedimiento de reorganización concursal permitirá que entre en vigor la protección financiera concursal, que consiste en un mecanismo de protección idóneo para resguardar la empresa deudora frente a determinadas acciones judiciales (tales como las acciones ejecutivas, demandas de liquidación forzada, de restitución), y mantener así los activos y contratos vigentes, sin que se ejecuten las garantías invocando como causal el inicio de procedimientos concursales de reorganización judicial[21]. Producto de la aprobación de un acuerdo de reorganización, donde se repactarán las obligaciones del deudor, se logrará el alzamiento o cancelación de estas acciones **y/o** embargos que ejecuten los distintos acreedores.

[19] Segovia y Camacho (2017).
[20] Véase Cárdenas y Reveco (2018), p. 549.
[21] Art. 57 de la Ley n.º 20720.

b) Reestructurar pasivos
en términos globales y viables

Usualmente, las empresas pactan las condiciones de sus créditos bajo determinados escenarios de proyección de sus flujos que, en la práctica, pueden no darse. En ese sentido, se convienen y negocian esos créditos, sus plazos de vencimiento, tasas de interés, *covenants* y otros términos o condiciones, en forma bilateral, entre el deudor y cada uno de los acreedores[22]. El acuerdo de reorganización es un mecanismo que permite renegociar en forma global y vinculante para todos los acreedores del deudor, una propuesta de pago, distinguiendo por clase de acreedores bajo condiciones uniformes, que se base en los flujos proyectados de la empresa y, de esa forma, resolver una situación en que el deudor que tenía un alto nivel de apalancamiento financiero[23], con vencimientos de corto plazo, con todos sus acreedores. Del mismo modo, la LIR faculta acordar diferencias o discriminaciones a favor de algunos acreedores, de conformidad a su art. 64[24].

c) Liquidar activos de la empresa
e incluso su control

Otra alternativa por la cual las empresas se acogen a un proceso de reorganización consiste en que, junto con la reestructuración de sus pasivos, decidan enajenar ordenadamente alguno o todos sus activos, a partir de los cuales se obtendrá el producido necesario para pagar las acreencias, con estricto apego a las reglas de prelación de créditos. Este tipo de acuerdos es de especial interés cuando existen bienes hipotecados o prendados a favor de acreedores y existe una expectativa del resto de los acreedores, que una vez pagado el acreedor garantizado, se podrá amortizar al resto de los acreedores. En estos casos, es usual que se convenga un mecanismo de venta que permita maximizar el recupero producto de la venta del referido activo y, también, determinar el destino de ese mayor valor. Misma situación ocurre con los llamados "bienes

[22] Salvo que se trate de créditos sindicados, pero aun solo afectará a los acreedores que formen parte de dicho crédito en particular.

[23] Entiéndase para efectos de este artículo el apalancamiento financiero como aquella "relación entre el endeudamiento de una empresa y sus recursos propios. El apalancamiento aumenta cuando la relación entre deuda y capital de la empresa es mayor. Conocido también como leverage". Yrarrázabal (2012), p. 70.

[24] "Artículo 64.- Diferencias entre acreedores de igual clase o categoría. En las propuestas de Acuerdo de Reorganización Judicial se podrán establecer condiciones más favorables para algunos de los acreedores de una misma clase o categoría, siempre que los demás acreedores de la respectiva clase o categoría lo acuerden con Quórum Especial, el cual se calculará únicamente sobre el monto de los créditos de estos últimos".

libres" (activos que no caucionan a un acreedor en particular) para acordar un mecanismo de distribución del producto de este.

También podría ser necesario implementar un proceso de venta total o parcial del control sobre la empresa deudora para que pase a manos de otro inversionista que pueda darle mayor viabilidad o, incluso, fusionarla con otras entidades.

d) Disminuir pasivos por condonación
o por su capitalización por los acreedores.

Otra de las razones que motiva que una empresa decide acogerse un procedimiento de reorganización es la de disminuir su carga financiera de pasivos, para darle mayor solvencia y viabilidad conforme los flujos proyectados.

Frente a ello, el art. 93 creó un incentivo tributario que permite al acreedor deducir como gasto necesario, las cantidades que correspondan a la condonación o remisión de deudas, intereses, reajustes u otras cantidades que se hayan devengado en su favor[25].

Del mismo modo, existe como alternativa de disminución de los pasivos de la empresa, la capitalización de la deuda y consecuente dilución de los actuales accionistas[26].

**f)** El objeto de las reorganizaciones judiciales

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su *Guía legislativa de CNUDMI sobre Insolvencia* (2004) nos dice que la reorganización es:

> "proceso mediante el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor si se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, como, por ejemplo, la condonación de la deuda, la

[25] "Art. 93. [...] "El acreedor, contribuyente del impuesto de primera categoría de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contenida en el artículo 1º del decreto ley Nº 824, de 1974, podrá deducir como gasto necesario conforme a lo dispuesto en el número 4º del artículo 31 de dicha ley, las cantidades que correspondan a la condonación o remisión de deudas, intereses, reajustes u otras cantidades que se hayan devengado en su favor, siempre y cuando cumpla con las siguientes condiciones copulativas: 1) Que se trate de créditos otorgados o adquiridos con anterioridad al plazo de un año contado desde la celebración del Acuerdo de Reorganización Judicial; 2) Que dicha condonación o remisión conste detalladamente en el referido Acuerdo o sus modificaciones, aprobado conforme al artículo 89, y 3) Que no correspondan a créditos de Personas Relacionadas con el Deudor ni a créditos de acreedores Personas Relacionadas entre sí, cuando éstos, en su conjunto, representen el 50% o más del pasivo reconocido con derecho a voto. Lo anterior, es sin perjuicio de la obligación del Deudor de reconocer como ingreso, para efectos tributarios, aquellas cantidades que se hubieren devengado a favor del acreedor y que se condonen o remitan".

[26] Ese fue el caso de Enjoy S.A. que será analizado más adelante.

reestructuración de la deuda, la capitalización de esta y la venta de la empresa (o parte de ella) como negocio en marcha"[27].

Nuestro legislador concursal, siguiendo el esquema tradicional que ilumina a todo contrato en tanto acto jurídico y por el cual todo contrato debe tener un objeto, dispone en el art. 60, que la propuesta de reorganización podrá versar sobre cualquier objeto tendiente a reestructurar los pasivos o activos del deudor[28].

Algunos comentarios que surgen del referido precepto, es que este sigue la recomendación de la *Guía legislativa de CNUDMI* al contemplar nuestro legislador reorganizaciones que permiten la reestructuración de deuda, su capitalización y derechamente la venta total o parcial de la empresa deudora o de sus activos[29]. Por otro lado, la amplitud del precepto indicado ha permitido sostener que existe libertad y autonomía de la voluntad de las partes en cuanto al objeto de la propuesta de reorganización[30].

Recordemos que este contrato colectivo es solemne, pues debe ser solicitado, propuesto, acordado y aprobado judicialmente, conforme a las disposiciones legales reguladas en el capítulo III de la Ley n.° 20720, en caso de ser un acuerdo de reorganización judicial, o ser celebrado y luego aprobado judicialmente de conformidad al art. 102 y siguientes de la LIR de ser simplificado o extrajudicial. Del mismo modo, existen cláusulas que son esenciales, como es el nombramiento de un interventor concursal por al menos un año desde la aprobación del acuerdo de reorganización, de conformidad con el art. 69[31].

---

[27] CNUDMI (2004), p. 8.

[28] El proyecto de ley que actualmente se tramita en el Congreso, que moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley n.° 20720, y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas (*Boletín* 13802-03) excluye expresamente del alcance del acuerdo de reorganización judicial obligaciones laborales impagas u otras que emanen de contratos de trabajo.

[29] Respecto del objetivo único de venta ordenada de bienes de la empresa, se ha generado una discusión, ya que según algunos atentaría contra el espíritu de la norma, ya que no estaría destinada a conservar la empresa, sino que por el contrario únicamente a realizar los activos de manera ordenada o serían liquidatarios, tal como indica el Goldenberg (2020), p. 37. Sin embargo, esto ha sido rechazado en otros casos, tales como el de Isapre Masvida 3831-2017 ante el Primer Juzgado Civil de Concepción.

[30] Al respecto, Juan L. Goldenberg precisa: "[…] De este modo, se disponen muy escasas restricciones a la autonomía privada, por ejemplo, imponiendo el nombramiento de un interventor para el primer año de vigencia del acuerdo (art. 69 de la LRLAEP), y el establecimiento de ciertos resguardos para los acreedores minoritarios, por ejemplo, para el caso que se considerase necesario el establecimiento de condiciones más favorables para ciertos acreedores (art. 64 de la LRLAEP)". Véase Goldenberg (2020), p. 4.

[31] El interventor es un mecanismo de protección de los acreedores y su designación deberá recaer en un veedor vigente de la nómina de veedores.

## II. Sistematización de objetos de reorganizaciones judiciales en Chile

A partir de la experiencia de seis años aplicación concreta de la LIR, se observa que existen múltiples categorías o alternativas de acuerdos de reorganización que pueden convenirse entre el deudor y sus acreedores.

Cabe mencionar que estas alternativas no son excluyentes entre sí. Por el contrario, estas categorías pueden, incluso, alternarse. Ello ocurre con la modalidad de una simple reestructuración de pasivos de la empresa deudora, que luego puede devenir en una venta ordenada de sus activos[32] o, bien, de su control.

Por otro lado, cada uno de este tipo de acuerdos de reorganización incorpora cláusulas especiales destinadas a gobernar las relaciones jurídicas entre las partes en el tiempo.

A continuación, pasaremos a revisar las tradicionales categorías de objetos de acuerdos de reorganización que existen y conviven en nuestro sistema concursal nacional:

### *1. Continuación de las actividades económicas de la empresa deudora*

El principal objetivo de los acuerdos de reorganización es la continuación de actividades económicas, lo que es una manifestación del principio de conservación de la empresa para que pueda continuar con la marcha de sus negocios y pagar sus acreencias[33].

Como es el principal y común objetivo de los acuerdos, existen tantos ejemplos de cláusulas al respecto como de acuerdos de reorganización aprobados. En el caso de las empresas deudoras Agrofoods Central Valley Chile S.A.[34] y de Enjoy S.A.[35] se convino la continuación de sus actividades empresariales, además de incorporar otros objetivos, tales como reprogramar sus obligaciones, y otros distintos entre sí.

Es más, puede ocurrir que la continuación de actividades económicas sea para una finalidad específica. Por ejemplo, en el caso de que la causa de

[32] Usualmente denominada Fase 2 o Fase de venta ordenada de activos.

[33] Citar remedios.

[34] Véase 17.º Juzgado Civil de Santiago (2017a), donde se convino: "2. Continuar con las actividades económicas y productivas de Agrofoods para efectos de generar nuevos ingresos y mantener su participación en el mercado nacional y extranjero".

[35] Véase 8.º Juzgado Civil de Santiago (2020b), donde se convino: "1.- La continuación efectiva y total del giro de las actividades comerciales de Enjoy S.A., a contar de la fecha de presentación de esta Propuesta, con el objeto de dar cumplimiento a una modalidad de pagos acorde a sus flujos proyectados, recuperando el nivel operacional de la Compañía y la disposición para el pago de sus obligaciones".

cesación de pagos está en el supuesto incumplimiento de sus deudores, de manera que la expectativa de pago de la empresa deudora a sus acreedores provendrá de procedimientos judiciales de cobro de obligaciones pendientes a otras empresas. Por ejemplo, en el caso de Constructora y Montajes Industriales Ocegtel S.A.[36], iniciado en 2015 y que fue modificado por última vez en febrero de 2021, y aún no se ha logrado el pago a favor de la empresa deudora, y de esta a sus acreedores.

*2. Modificar el plazo de pago de las acreencias*

Como dijimos, el acuerdo de reorganización consiste en un mecanismo de solución frente a la insolvencia de la empresa deudora, que le permite reestructurar sus pasivos **y/o** activos. Mediante estos acuerdos, las partes pueden modificar los plazos de pago de los créditos a fin de calzar los flujos proyectados de ingresos con los flujos de egresos destinados al pago de las acreencias reorganizadas.

En general, dependiendo de los términos precisos del acuerdo, mientras no se paguen estas acreencias reorganizadas, estará operativo el acuerdo, con todas las limitaciones a la libre administración como de disposición que de el se derivan.

En ese sentido, una consecuencia de la reorganización consiste en la aplicación del art. 67 de la LIR, que prohíbe a la empresa deudora repartir sumas de dinero a los accionistas **y/o** socios, bajo ningún concepto, sean directos o indirectos, incluso por vía de reducción de capital, condonación de préstamos otorgados, ni menos repartos de dividendos, hasta que se haya pagado la totalidad de las obligaciones reorganizadas, salvo que los acreedores lo autoricen expresamente. De ahí, que debe balancearse la razonable expectativa de pago de los acreedores con la perspectiva de los accionistas o dueños de la entidad en reorganización de recibir las utilidades del negocio, poniendo incentivos adecuados a una buena administración.

En cuanto a los plazos de pago de la deuda reorganizada a convenir en los acuerdos de reorganización, cabe mencionar que estos podrán ser:

a) el otorgamiento de un plazo de gracia;
b) a un solo vencimiento (*bullet*) y

[36] Véase el proceso de reorganización judicial seguida bajo el rol 922-2015 ante el 1ER. Juzgado de Letras de Calama (2015). La cláusula de estilo usada en este caso como causa para el pago de sus acreedores fue la siguiente: "En atención al detalle de los activos descritos en el numeral 7 precedente, siendo el principal activo el resultado del juicio arbitral con Rockwood Litio Limitada, se propone que el pago del 100% de las obligaciones de Ocegtel se realice en un plazo de 2 años contados desde la aprobación de esta propuesta de convenio, prorrogables hasta por 1 año más, siempre que se cumplan las condiciones objetivas que se señalan más adelante, las que deberán ser certificadas por la Comisión de Acreedores".

c) en cuotas, las que, a su vez, pueden ser mensuales, semestrales o anuales.

La forma en que se estructure el calendario de pagos dependerá de la negociación entre las partes, de los flujos proyectados y también del tipo de negocio específico de negocio o industria en que gira la empresa deudora.

Aplicando estos criterios, por ejemplo, en el negocio inmobiliario, en que se generan ingresos conforme se vayan ejecutando las ventas de las unidades, se ha convenido un único vencimiento que luego se irá prorrogando, según la velocidad de venta de las unidades. Así fue el caso del acuerdo de reorganización de Inmobiliaria e Inversiones Puerta del Sol SpA[37], otorgándose facultades a la comisión de acreedores para prorrogar los plazos[38].

Otra alternativa, es acordar una propuesta de pago que quede inmediatamente calendarizada, según los flujos proyectados. Ello ocurrió en el acuerdo de reorganización de E-Money Chile S.A., empresa del rubro de soporte de servicios de internet y de ciberseguridad, donde se acordó un nuevo plazo de pago, que incorpora un plazo de gracia de amortización de capital de seis meses necesario para generar capital de trabajo, y luego un calendario de pago alternativo[39]. Dada la variabilidad de los flujos, también es conveniente establecer la facultad de prorrogar[40].

---

[37] Véase 7.° Juzgado Civil de Santiago (2017c), donde se convino: "Todos los créditos del presente acuerdo, se prorrogan a 180 días, desde la fecha del día en que esté aprobado el Acuerdo de Reorganización en los términos de los artículos 89 y 90 de la Ley 20.720, con una tasa de interés de 2,44% anual para obligaciones en unidades de fomento, o una tasa de interés de 0,3% mensual para obligaciones en pesos, en base a 360 días".

[38] En todo caso, se recomienda incorporar una facultad a la Comisión de Acreedores para prorrogar dicho plazo de pago, ya sea en términos amplios o con ciertas restricciones, que sea fundado en un informe favorable del Interventor Concursal. Con una cláusula del siguiente tenor: "5. Prorrogar, una o más veces por los plazos que se estimen pertinente, las obligaciones que comprende este Acuerdo de Reorganización Judicial, para lo cual se requerirá de un informe favorable del Interventor, en tal sentido, de conformidad a lo dispuesto en el numero XI de la propuesta de pago".

[39] Véase 12.° Juzgado Civil de Santiago (2019), donde se convino: "a) Se propone la amortización del 100% de la deuda en un plazo de 5 años, de acuerdo a la siguiente modalidad: - El primer año, se pagará un 10% del capital. - El segundo, tercer, cuarto y quinto año, se pagará un 22,5% de la deuda anualmente. b) Se propone que la amortización del capital más intereses, a partir del mes de Marzo de 2020, se pueda efectuar mediante el pago de cuotas mensuales o trimestrales. Para estos efectos, los acreedores tendrán un plazo de 10 días hábiles contados desde la celebración de la Junta Deliberativa para manifestar, mediante presentación escrita realizada ante el Tribunal, la alternativa por la cual van a optar. Si transcurrido el plazo algún acreedor no ha manifestado su voluntad respecto de la opción, o habiéndolo hecho el Tribunal tiene por no presentada dicha manifestación por razones de fondo o forma, se entenderá que ha optado por la opción de pago trimestral".

[40] Sin embargo, al basarse el calendario de pago en los flujos proyectados no hay certeza en estos, de manera que podrían variar en el tiempo. En este sentido, tratándose E-Money Chile S.A de una reorganización judicial que comenzó en 2019, ya ha sufrido dos modificaciones aprobadas

Del mismo modo, como los flujos proyectados pueden ser menores a las estimaciones, puede ocurrir que estos sean superiores al estimado. Para estos casos, que resulta útil incorporar cláusulas de amortización extraordinaria obligatoria o *cash sweep* en los acuerdos de reorganización como, por ejemplo, se practicó en el caso de Multitiendas Corona[41].

Finalmente, hay que considerar que existen algunos créditos que por ciertas restricciones en su regulación, no resulta posible y en otros casos no es conveniente, modificar el plazo de pago, más allá de incorporar un plazo de gracia inicial. Ello ocurre con los denominados créditos Fogape, que están regulados en el decreto 130 exento del Ministerio de Hacienda, publicado en el *Diario Oficial* el 25 de abril de 2020, actualizado por el decreto 193 exento de fecha 30 de junio de 2020 (Fogape Covid-19), o de conformidad al decreto 32 exento del Ministerio de Hacienda publicado en el *Diario Oficial* el 5 de febrero de 2021 (Fogape Reactiva), que tienen ciertas restricciones que se deben respetar para efectos de conservar la garantía estatal. Frente a estos créditos con estas restricciones, se convienen cláusulas especiales, como se hizo en Valle Nevado S.A.[42].

### *3. Modificar la tasa de interés de la deuda reorganizada*

Un aspecto relevante del costo de la deuda para la empresa deudora será el interés que pagará sobre el capital prestado, el que se calculará sobre la base de la tasa de interés aplicable, la que podrá ser mensual o anual, fija o variable, y que dependerá de lo que se haya pactado al contratar cada crédito con su respectivo acreedor[43].

al acuerdo para alterar el calendario de pago. Además, no se incorporó la facultad de modificar, aun de manera limitada, el calendario de pago, por lo que han tenido que materializarse a través de junta extraordinarias de acreedores a través del mecanismo regulado en el art. 83 de la LIR.

[41] Véase 1er Juzgado Civil de Santiago (2020c), donde se convino: "[...] En caso que exista un Excedente de EBITDA, y éste resulte mayor en un 20% al EBITDA Proyectado, Multitiendas Corona pagará una cantidad igual al 100% del excedente a más tardar el 30 de junio de cada año, siendo el primer pago el 30 de junio de 2022. Cualquier pago de Excedente de EBITDA se realizará en adición a las cantidades adeudadas en virtud del calendario de pago acordado en el presente Capítulo y se imputará a las cuotas de amortización de capital previstas, en orden cronológico inverso a su vencimiento, en una forma de proporción del 50% de dicho excedente entre los Acreedores Garantizados y los Acreedores Valistas Financieros".

[42] Véase 16.° Juzgado Civil de Santiago (2020d), donde se convino: "Calendario de pago: El capital de los créditos con garantía Fogape será pagado en 28 cuotas mensuales, iguales y sucesivas, correspondiendo la primera de ellas el 30 de septiembre de 2022 y la última el 30 de diciembre de 2024. Los pagos se efectuarán los días 30 de cada mes, salvo que el señalado día recayere en día inhábil, en cuyo caso el pago será realizado en el día siguiente hábil. La Empresa Deudora podrá prepagar todo o parte de los créditos sin costos asociados por concepto de prepago".

[43] El art. 2 de la Ley n.° 18010 dispone que el interés lo constituye toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital; y luego, precisa,

Pues bien, otra de las utilidades del acuerdo de reorganización es que permite modificar las tasas de interés convenidas originariamente, y con ello, disminuir la carga o costo financiero de la deuda reorganizada[44]. Incluso, en algunos casos se podrán capitalizar intereses, modificar fechas en las cuales este se devengue u otras modificaciones que puedan ser acordadas.

Frente a la alternativa de repactar las tasas de interés que se pagarán con ocasión del acuerdo de reorganización, es posible identificar varias cláusulas que se han aplicado en la práctica nacional. Una típica, es, junto con redenominar los créditos, proponer una tasa única, como ocurrió en la reorganización de E-Money Chile S.A.[45] o, bien, definir una tasa bajo un estándar que refleje el costo promedio a los acreedores como se aplicó en la reorganización de Agrofoods Central Valley Chile S.A.[46]; o acordar un mecanismo de aumento de tasa según el cumplimiento del mismo acuerdo, como se acordó en Aceros Chile S.A.[47].

que se entiende por tasa de interés de una operación de crédito de dinero no reajustable, la relación entre el interés y el capital, según sea reajustable o no. De manera, que al ser el interés toda suma de dinero por sobre el capital, comprende por una parte el "costo fondo" o aquel porcentaje que representa el costo al acreedor prestar dicha suma de dinero, y por otro lado el *spread* o "margen" que corresponde a la ganancia que por sobre el capital y costo de otorgar ese crédito en particular, y es así como la empresa deudora deberá cuidar que el interés sea lo suficientemente bajo como para disminuir el costo financiero, pero, por otro lado, debe ser, en todo caso, superior al costo de otorgamiento del crédito por parte del acreedor.

[44] Cabe hacer presente que actualmente se están utilizando otros mecanismos para lasa tasa de interés de créditos en moneda extranjera, tales como SOFR u otros en vez de LIBOR; al respecto se puede encontrar más información en www.bloomberg.com/latam/blog/reemplazo-estadounidense-tasa-libor-primeros-pasos/ [fecha de consulta: Septiembre 2021].

[45] Véase 12.º Juzgado Civil de Santiago (2019), donde se convino: "Se propone que la tasa de interés aplicable a los créditos materia el del presente Acuerdo sea de 5,5% base anual 360 días, equivalente a una tasa de 0,46% mensual".

[46] Véase 17.° Juzgado Civil de Santiago (2017a), donde se convino: "Intereses. A partir de la fecha de capitalización de intereses dispuesta en el capítulo VIII del presente Acuerdo, estas obligaciones devengarán intereses con tasa TAB de 90 días más 2,5 puntos porcentuales para los créditos en pesos moneda nacional, y con tasa Libor de 90 días más 2,5 puntos porcentuales para aquellas obligaciones que se encuentren denominadas en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, anual. Estos intereses se pagarán al término de cada una de la Etapas definidas en el presente Acuerdo, y en sus respectivas prórrogas. Una vez cerrada la Negociación, aprobada por la Comisión de Acreedores, los intereses se deberán pagar en forma trimestral, venciendo el primer pago de intereses a los tres meses de la fecha de cierre de la Negociación, y así sucesivamente cada tres meses hasta la extinción del Crédito Sindicado".

[47] Véase 2.° Juzgado Civil de San Bernardo (2021), donde se convino: "Los intereses serán determinados y pagados sobre el total de los créditos descritos en este Capítulo IV, aplicando una tasa de interés de 2,5% anual nominal base 360 días hasta el día 28 de julio de 2022; a partir de esa fecha, se devengará una tasa de interés de 4,0% anual nominal base 360 en adelante. Estos intereses se devengarán a partir de la fecha en que se celebre la Junta de Acreedores llamada a conocer y pronunciarse sobre esta Propuesta".

Cualquiera sea el mecanismo acordado, se deberá estipular, además, el calendario o forma de pago, salvo que sea junto con el capital.

### *4. Modificar la moneda de pago de las acreencias reorganizadas*

Otra posibilidad de modificación a los créditos es la moneda de pago de los créditos reorganizados, mediante la redenominación de las obligaciones convenidas en unidades de fomento a pesos o, bien, de pesos a unidades de fomento, o que si están pactadas en dólares pasarlas a moneda nacional.

Cualquiera sea la alternativa escogida se deberá precisar si existirá reajustabilidad para efectos de corregir la inflación. Del mismo modo, en caso de redenominar monedas extranjeras a moneda nacional (o viceversa), se debe establecer un mecanismo que permita reemplazar la moneda de pago, tal como se convino, a modo de ejemplo, en la reorganización de Aceros de Chile S.A.[48].

### *5. Obtener nuevo financiamiento para la empresa deudora*

Una de las principales razones para que una empresa deudora ingrese a un proceso concursal de reorganización es precisamente que se le ha dificultado el acceso a fuentes de financiamiento de su capital de trabajo, ya sea porque carece de bienes que otorgar en garantía, ya porque sus flujos se han deteriorado, etcétera

Para resolver lo anterior, la LIR estableció preferencias de pago a financiamientos que se otorguen durante la protección financiera concursal bajo

[48] En la referida reorganización, se convino la siguiente cláusula: "Para los efectos de expresar en pesos los créditos que se encuentren pactados en dólares, se estará al Tipo de Cambio Observado y publicado por el Banco Central, o por el Tipo de Cambio entregado por la mesa de dinero del acreedor con crédito en dólares, dentro de los cinco días hábiles bancarios después de publicada la resolución que tiene por aprobado el Acuerdo de Reorganización, por encontrarse a firme o ejecutoriada la resolución de aprobación o que ésta cause ejecutoria, con base al día específico que elija el acreedor con crédito en dólares. Al efectuarse el pago de los créditos en moneda nacional a aquellos acreedores que deban recibir el importe de éstos en dólares, la Empresa Deudora deberá hacer la conversión conforme a (i) el tipo de cambio observado - que corresponde al tipo de cambio del Dólar de los EE.UU., respecto del peso chileno, que se calcula como el promedio del precio de transacciones spot realizadas ponderadas por su monto, informadas por el M.C.F. al Banco Central de Chile hasta las 16.00 horas del día hábil anterior publicado por éste a la fecha de pago de cada amortización de capital e intereses, o bien, (ii) por el Tipo de Cambio entregado por la mesa de dinero del acreedor con crédito en dólares en la fecha del desembolso, a elección del acreedor respectivo. Todas las posibilidades antes mencionadas de pago, sea directo en la moneda de origen, o bien, en equivalente en pesos, a elección del acreedor respectivo".

ciertos requisitos establecidos en su art. 74. Lamentablemente, estos mecanismos de financiamiento han sido poco empleados dada que la norma tiene una redacción confusa, lo que ha motivado que exista un proyecto de ley que clarifique que la prioridad legal de pago de los prestamistas se aplica no solo cuando no se apruebe el acuerdo de reorganización y la empresa deudora sea declarada en liquidación concursal, sino, también, para aquellos casos cuando se apruebe el acuerdo y con posterioridad la entidad reorganizada entre a un proceso de liquidación, entre otros. Con todo, este incentivo contemplado en la actual legislación tiene ciertas restricciones respecto del destino de los fondos, como también al origen, pues para el caso que el financiamiento deba ser aportado por personas relacionadas, que sería lo natural dada las dificultades, se exige que más del 50 % de los acreedores lo aprueben, lo que es muy dificultoso en estos casos. En fin, sobre este punto, queda mucho por avanzar para crear un verdadero mercado profundo de financiamiento de nuestras reorganizaciones durante la protección financiera concursal.

Sin embargo, no existe disposición alguna de nuestra LIR de la preferencia de pago a aquellos nuevos financiamientos que se otorguen una vez terminada la protección financiera concursal.

En estos casos, tanto los acreedores como la empresa deudora, a partir de la autonomía de la voluntad, podrán acordar formas de pago preferente si se otorgan nuevos financiamientos. Si bien dichos nuevos créditos de financiamiento del capital de trabajo no están afectos al acuerdo de reorganización de conformidad al art. 66, se han implementado estructuras por medio de las cuales se crean mejores condiciones de pago de la deuda reorganizada a las que podrán optar los acreedores si facilitan tal financiamiento, estableciéndose condiciones más favorables de pago de los créditos que son reprogramados o novados de conformidad con los arts. 66 y 91 de la LIR, como el establecimiento de tramos de beneficios o de plazos más cortos de pago, todo ello, para incentivar que los acreedores proporcionen ese financiamiento. Ello se aplicó en el caso de Valle Nevado S.A.[49] y en AD Retail

[49] La cláusula en cuestión es del siguiente tenor: "Propuesta alternativa para acreedores garantizados y acreedores financieros no garantizados. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley N°20.720, se formula la siguiente propuesta alternativa a los Acreedores Garantizados y los Acreedores Financieros No Garantizados que concurran al Financiamiento del Capital de Trabajo de conformidad con la cláusula X anterior (el "Tramo Beneficiario"), podrán acceder a un beneficio en sus condiciones de pago en los términos y condiciones de esta cláusula. /1/Acceso al Tramo Beneficiario. Podrá acceder al Tramo Beneficiario la deuda reorganizada de los Acreedores Garantizados y los Acreedores Financieros No Garantizados que concurran al Financiamiento del Capital del Trabajo, hasta el equivalente al 200% de los montos efectivamente desembolsados por cada acreedor en el Financiamiento del Capital de Trabajo. Es decir, a modo de ejemplo, si un acreedor tiene créditos reorganizados por UF 1000

S.A.[50]. En el mismo sentido, y dependiendo de la necesidad del financiamiento, se ha convenido que de fallar el mismo, la empresa deudora deberá iniciar su proceso de liquidación concursal o derechamente una aceleración de las acreencias y un proceso de venta ordenada de sus activos[51].

### *6. Constituir nuevas garantías a favor de los créditos reorganizados*

La Ley de Insolvencia y Reemprendimiento protege la masa de acreedores y en razón de ello existen las denominadas acciones revocatorias que permiten

---

y participa con UF 100 en el Financiamiento del Capital de Trabajo, UF 200 de su crédito reorganizado se pagará en los términos del Tramo Beneficiario, las UF 800 restantes se pagarán en los términos de la clase a la que pertenezca tal acreedor, y las UF 100 del Financiamiento de Capital de Trabajo se pagarán según los términos de dicho financiamiento. Se entenderá que optan por regirse por esta propuesta alternativa los Acreedores Garantizados y los Acreedores Financieros No Garantizados que opten por comprometer financiamiento en sus respectivos Compromisos de Financiamiento correspondiente, y mantendrán el beneficio si efectivamente desembolsan el financiamiento comprometido. El Interventor queda facultado desde ya para calcular los porcentajes de prorrateo de los Acreedores Garantizados y los Acreedores Financieros No Garantizados que formen parte del Tramo Beneficiario tras concurrir al Financiamiento del Capital y los montos que se pagarán en los términos del Tramo Beneficiario. /2/*Condiciones del Tramo Beneficiario*. (a) Amortización extraordinaria Cash Flow Sweep Beneficiario. El Tramo Beneficiario recibirá pagos por el 50% del Cash Flow Sweep disponible posterior al servicio de la deuda y al pago de la amortización correspondiente a la deuda preferente. El monto por Cash Flow Sweep Beneficiario a ser pagado a cada uno de los acreedores del Tramo Beneficiario cada año se determinará a prorrata entre ellos, en la misma proporción que los saldos impagos que tenga cada acreedor en el Tramo Beneficiario, lo que será determinado por el Interventor. (b) En todo lo demás, el Tramo Beneficiario se regirá por las condiciones establecidas para la clase a la que pertenece el crédito. (c) Garantías. El Tramo Beneficiario gozará adicionalmente de una garantía hipotecaria específica de segundo grado sobre los inmuebles de la Deudora Lote 8 y Lote 7-A3, señalados en el Anexo 3 y de cualquier otro inmueble de ser necesario según se indica en el punto número 2 letra d) de la cláusula X precedente, las que serán constituidas en los mismos términos, proporción y condiciones señalados en el número 2, letra d) de la cláusula X".

[50] La cláusula en cuestión es del siguiente tenor: "*Opción 2: Repactación a 5 años con compromiso de financiamiento a Cofisa*. Esta opción, denominada Opción 2, será para aquellos Acreedores de LA EMPRESA DEUDORA que adhiriendo a ella, comprometan el financiamiento por $70.000 millones a Cofisa referido la Sección 4.1.2 del Anexo IV, un monto igual o mayor a la prorrata que corresponda al respectivo Acreedor de LA EMPRESA DEUDORA según su participación en el Pasivo Total y hubieren otorgado las seguridades de aporte efectivo de dichos fondos que defina el Interventor para estos efectos (los "Acreedores Financistas"), en cuyo caso, sus créditos se entenderán repactados en los siguientes términos: [...]".

[51] Un ejemplo de ello fue lo que se acordó en Valle Nevado S.A. Es más, en dicho caso, se estableció un monto mínimo necesario de nuevo financiamiento que de no lograrse se habrían acelerado todos los créditos e iniciado fase de venta ordenada de activos.

revocar en forma objetiva, la constitución de garantías a favor de acreedores cuando esas garantías aseguran obligaciones previamente contraídas (art. 287 número 3)[52].

Sin embargo, el propio art. 65 de la LIR faculta al deudor y a los acreedores en consentir en la constitución de garantías destinadas a caucionar obligaciones contraídas con anterioridad, como ocurrió en el caso de Valle Nevado S.A.[53].

## *7. Procesos de venta de bienes de la empresa*

Tal como lo dispone el art. 60 de la LIR, los acuerdos de reorganización no solo pueden reestructurar pasivos, sino, también, los activos. Los activos pueden tratarse de bienes tangibles, intangibles, contratos, filiales, etc. Esta alternativa de enajenación de activos puede justificarse por diversas razones. En algunos casos, a causa de la disminución de flujos provenientes de los ingresos operacionales o, bien, cuando la empresa desee reestructurar su unidad de negocios

[52] Véase en Cárdenas y Reveco (2018), capítulo xi.

[53] Véase la cláusula que era del siguiente tenor: Respecto de los Acreedores Financieros Garantizados: "Constitución de garantías. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Valle Nevado con los Acreedores Garantizados a las que afecte el Acuerdo, excluye xvi ndo al acreedor Kässbohrer Geländefahrzeug A.G., dentro de los 30 días hábiles siguientes a que se haya aprobado el Acuerdo, se constituirán prendas o hipotecas, según sea el caso, sobre las acciones y derechos sociales de las sociedades Filiales que se indican en la cláusula, los andariveles y derechos de agua que se individualizan en el Anexo 2 y sobre la marca "Valle Nevado", según se encuentra inscrita en diversas clases del Registro de Marcas del INAPI a favor de la Deudora . El Interventor queda facultado desde ya por los Acreedores Garantizados para concurrir en su representación a otorgar las escrituras públicas o privadas que fueren necesarias para la constitución de tales prendas o hipotecas, así como para solicitar su inscripción en el Registro de Prendas Sin Desplazamiento del Servicio de Registro Civil e Identificación o en el Conservador de Bienes Raíces en representación de los acreedores como de la Deudora. Por su parte, la Deudora y las sociedades indicadas, dentro del plazo de 30 días hábiles contados desde la aprobación del presente Acuerdo, deberán otorgar un mandato irrevocable y gratuito al Interventor que se designe, con facultades suficientes para constituir en su representación las prendas e hipotecas antes señaladas, en el evento de no haberlas constituido directamente." En cuanto a los Acreedores Financieros No Garantizados, se estipulo de la siguiente manera: "Constitución de garantías. Valle Nevado constituirá hipotecas sobre los bienes señalados en el Anexo 3 letra a), correspondiente a los lotes El Teñe, 5E-5 Villa Helipuerto y 6 Villa Tambos, que se anexan como Anexo 7,para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones para con los Acreedores Financieros No Garantizados a las que afecte el presente Acuerdo, el mismo día que se vote favorablemente el presente Acuerdo y en todo caso, en el evento de restricciones Covid 19, dentro de los diez días siguientes a dicha junta, garantizando dichos bienes los montos adeudados en una proporción de al menos 1:1 (un peso de garantía por cada peso de capital).El Interventor queda facultado desde ya para otorgar las escrituras públicas que fueren necesarias para la constitución de tales hipotecas, así como para solicitar su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces en representación de los acreedores como de la Deudora".

o giros vinculados a la misma, puede ser conveniente prescindir de algunos de aquellos bienes que son catalogados como no esenciales para generar ingresos extraordinarios destinados a amortizar a los acreedores del acuerdo.

Adicionalmente, es frecuente incorporar fases o etapas de ventas, en que en una primera etapa la misma empresa deudora sea la que está a cargo por un plazo determinado de la venta de dichos bienes, para luego facultar al interventor concursal, con un mandato irrevocable de venta de los bienes, según los términos que acuerde por la comisión de acreedores. En estos casos, se conviene la enajenación mediante licitaciones públicas **y/o** privadas o, incluso, daciones en pago a favor de los acreedores garantizados. Ello ocurrió en la reorganización de Agrofoods Central Valle Chile S.A., donde se convino una fase de venta ordenada de activos[54].

Por otro lado, la venta de activos no es exclusivo de los bienes no esenciales, sino que justamente podría ser el giro de la empresa[55], como ocurrió en la reorganización del grupo empresarial Urbana o Santa Ema, compuesto por las empresas Inmobiliaria e Inversiones Santa Ema Limitada, Urbana Inmobiliaria S.A. y Artes I SpA, en que frente a una situación de insolvencia se iniciaron tres procesos de reorganización judiciales distintos, con algunos acreedores en común y otros distintos, y en todos estos se acordó reestructurar pasivos y la venta de los activos a través de un mandatario. En todos estos procesos, tramitados en paralelo se convino un mandato de venta[56].

### *8. Proceso de venta de la empresa deudora por sus accionistas*

En la misma línea anterior, la venta de los activos y pago a los acreedores no se ha reducido exclusivamente a los activos que son de propiedad de la empresa deudora.

---

[54] Véase 17.º Juzgado Civil de Santiago (2017a).

[55] Eso ocurre en las inmobiliarias dueña de distintas unidades, ya sean departamentos, casas, oficinas, u otros, en que se otorga un mandato irrevocable al interventor concursal para la venta de estos.

[56] Véanse 2.º Juzgado de Letras de Coquimbo (2018a); 1er Juzgado Civil de La Serena (2018b) y 14.º Juzgado Civil de Santiago (2018c). La cláusula de mandato es del siguiente tenor: "Inmobiliaria e Inversiones Santa Ema Limitada, Urbana Inmobiliaria S.A. y Artes I SpA debidamente representadas, otorgan por este acto mandato mercantil e irrevocable al interventor, para encargar, exclusiva y excluyentemente, el proceso de venta ordenada de bienes de la deudora y sus relacionadas Urbana Inmobiliaria S.A. e Inmobiliaria e Inversiones Santa Ema Limitada, y el pago mediante reparto a los acreedores, quien actuará bajo la supervigilancia de una Comisión de acreedores y que será designado por la Junta de acreedores que acuerde el presente Acuerdo. Este mandato también se extenderá a las eventuales daciones en pago, que los acreedores hipotecarios opten en virtud de este acuerdo".

También ha ocurrido en los acuerdos de reorganización que sea la propia empresa la que sea enajenada por los accionistas o socios.

En estos casos, se otorga un mandato de venta irrevocable para la enajenación de las acciones o participación social de los actuales controladores a favor del interventor concursal, para que a través de un mecanismo que acuerde la comisión de acreedores venda y ceda las acciones. El pago a los acreedores de la reorganización provendrá del precio de venta de las acciones, de un aumento de capital que puedan realizar los nuevos accionistas que ingresen a la propiedad de la sociedad o, incluso, mediante un crédito que otorgue el nuevo inversionista a la sociedad en cuestión. En el caso de la reorganización de Orazul Duqueco SpA, empresa del rubro hidroeléctrico se utilizó un mecanismo como el referido en este párrafo[57].

### 9. *Disminución o capitalización de deuda*

Otra alternativa de reorganización consiste en la disminución de deuda, ya sea mediante una condonación o "quita", donde se acuerda que un porcentaje de la deuda no se pagará, la que bajo ciertos requisitos tal como se comentó con anterioridad podrá ser deducido como gasto para el acreedor, de conformidad con el art. 93 de la LIR. Este mecanismo no ha sido usado en nuestras reorganizaciones, lo que afecta la viabilidad de las compañías en reorganización y debería pensarse en mecanismos destinados a potenciarlo en el futuro.

Alternativamente, se puede implementar una disminución de la deuda reorganizada mediante su capitalización, como ocurrió en el caso de Enjoy S.A., en el que entre otros aspectos se acordó que el 80 % de la deuda valista se pagaría mediante la entrega de bonos convertibles en acciones, que según si se participaba de un nuevo financiamiento necesario de $10 000 000 000, se mejoraría la relación de conversión de deuda a acciones de la empresa[58].

---

[57] Véase 6.º Juzgado Civil de Santiago (2017d), donde se convino: "para proceder a la venta ordenada, se enajenarán las Acciones emitidas por Duqueco SpA. Los términos y condiciones en que se deberá perfeccionar la venta de las Acciones deberán ser conocidos y aprobados por la Comisión de Acreedores".

[58] Véase 8.º Juzgado Civil de Santiago (2020b), donde se convino: "Todos los Créditos Valistas reprogramados serán prepagados de forma obligatoria (tanto para la Empresa Deudora como para el respectivo Acreedor Valista), sin costo de prepago, y considerando su valor par a la Fecha de Prepago, esto es, el saldo insoluto de capital e intereses devengados y no capitalizados hasta la Fecha de Prepago los que se capitalizarán en dicha fecha (en adelante el "Monto de Prepago") de la siguiente forma: (a) un 80% del Monto de Prepago (en adelante el "Monto de Prepago Convertible") se prepagará mediante la entrega de (i) los bonos convertibles en acciones de Enjoy a que se refieren los numerales 3.a.- y 3.b.- siguientes y (ii) el dinero recibido por la suscripción de los referidos bonos convertibles durante su Período de

## *10. Distinción de clases o categorías*

El objetivo de los distintos acuerdos de reorganización podrá ser común para todos los acreedores o, bien, establecer diferencias entre los acreedores, en aplicación de lo dispuesto en el art. 64 de la LIR.

Un ejemplo interesante lo constituye la reorganización de AD Retail S.A., en el cual se propusieron y acordaron dos formas de pago distintas (una de ellas denominada Opción 1, pagadera a veintidós años, y otra denominada Opción Dos, pagadera a cinco años). Para optar a la opción de pago de corto plazo era necesario que el respectivo acreedor apoyara a la empresa deudora con financiamiento. Sin perjuicio de lo anterior, expresamente se acordó que respecto de uno de los acreedores, que era bancario, se pagaría bajo la opción dos, en la medida que mantuviera una línea de crédito de comercio exterior[59].

No obstante, otro acreedor distinto que representaba solo el 1,461 % del pasivo, impugnó el acuerdo de reorganización simplificado, que de conformidad con el art. 112 de la Ley n.º 20720, solo genera efectos una vez esté aprobado judicialmente, o de haber sido impugnado fuere rechazada la impugnación por resolución firme y ejecutoriada. Finalmente, en el caso en comento se rechazó la impugnación resolviendo el tribunal de la causa que:

> "ahora, en el caso de autos dicha discriminación, en tanto trato distinto o preferente, viene justificada en la existencia y mantención del contrato de línea de crédito multimport, de 14 de noviembre de 2013, por la suma de hasta US$7.877.700, lo que impide verificar arbitrariedad en la cláusula, único ámbito en que se puede ejercer control jurisdiccional, pues resulta impropio que el Tribunal emita pronunciamiento acerca de las consecuencias o proyecciones económicas o financieras de una cláusula como la que se analiza, se control es de los acreedores. En consecuencia no se vislumbra infracción alguna al artículo 85 N° 4 de la Ley N° 20.720"[60].

---

Oferta Preferente (según este término se define más adelante) por los accionistas de la Empresa Deudora (en adelante los "Accionistas"), según se detalla en el Capítulo X siguiente; y (b) el 20% restante del Monto de Prepago se prepagará mediante la entrega del Bono Renta Fija B a que se refiere el numeral 3 siguiente […]".

[59] Véase 11.º Juzgado Civil de Santiago (2020a). En este proceso, se sustentó la discriminación en la necesidad de ese financiamiento, y porque además ese acreedor en particular estaba caucionado por otra sociedad. Respecto de esta disposición más favorable en beneficio de banco se estipuló: "Los acreedores concurrentes al Acuerdo manifiestan su voluntad con esta proposición que es más beneficiosa para ese acreedor específico, en los términos del artículo 64 de la Ley"; y además, fue aprobado con el 76,7 % del pasivo.

[60] Véase 11.º Juzgado Civil de Santiago (2020a).

### *11. Alzar embargos*

El efecto del acuerdo de reorganización aprobado es remitir, novar o repactar los créditos reorganizados de conformidad con los arts. 66, 91 y 93 de la LIR. Si con anterioridad al acuerdo, un acreedor inició gestiones judiciales de cobro y embargó alguno de los bienes de la empresa deudora, y luego ese crédito forma parte de la nómina de créditos susceptibles al acuerdo, este será remitido, novado o repactado, según corresponda.

Por tal razón, aprobado el acuerdo corresponde implementar el alzamiento de los embargos. Ello ocurrió en la reorganización de Inmobiliaria e Inversiones Puerta del Sol SpA[61], en el que justamente se necesitó de un proceso de reorganización judicial, para que con un acuerdo se alzara un embargo sobre las inmuebles que serían objeto de las ventas.

### *12. Cambio de administración de la empresa deudora*

Por último, también existe como objetivo de un acuerdo de reorganización, la alternativa de cambiar la administración de la sociedad en reorganización, ya sea para hacer más eficiente su gestión, cuando los acreedores han perdido la confianza en los actuales controladores de la sociedad.

En el caso de la reorganización de Itelecom Holding Chile SpA[62] se acordó cambiar su administración. Recordemos que esta empresa deudora es la sociedad matriz de un grupo de empresas (nueve nacionales y ocho extranjeras) dedicadas a la comercialización de productos de iluminación pública y privada, y que se ha especializado, en particular, en la innovación tecnológica en el área de la eficiencia energética e iluminarias (LED). En este caso, se formalizó por supuestos delitos de soborno, fraude al fisco y lavado de activos al accionista mayoritario, exejecutivos y funcionarios municipales a partir de procesos de licitación en Iquique, y otras en Chillán.

[61] Véase 7.º Juzgado Civil de Santiago (2017c) y .8.º Juzgado Civil de Santiago (2020b).

[62] Véase 26.º Juzgado Civil de Santiago (2020e), donde se acordó cambiar la administración por la siguiente: "3.5.1.5. Para efectos de lo dispuesto en la sección anterior, y salvo únicamente que la Comisión de Acreedores autorice lo contrario, el Administrador llevará adelante cada vez que sea necesario, para nombrar cada una de las posiciones ejecutivas de relevancia de la Empresa y su Grupo Empresarial, procesos de selección con el apoyo de una empresa de reclutamiento (head-hunters) de prestigio en el mercado seleccionada por el Interventor, con la posterior aprobación de la Comisión de Acreedores. Como resultado de este proceso, el Administrador deberá nombrar al ejecutivo de que se trate de entre una terna propuesta por la referida empresa de reclutamiento e informar de ello a la Comisión de Acreedores".

## III. Algunas modificaciones necesarias a la LIR para mejorar su marco normativo y darle mayor aplicación

Frente a la práctica expuesta en torno al tipo o modalidades de acuerdos de reorganización se han identificado ciertas falencias o críticas a nuestra legislación actual que deberían ser objeto de modificaciones, las cuales comentaremos a continuación.

Una primera cuestión se refiere a la posibilidad de contemplar como objetivo único de los acuerdos de reorganización, la venta de activos, lo que ha sido discutido en nuestros tribunales. En efecto, existen casos en que se propuso únicamente la venta ordenada de activos a través de la comisión de acreedores y, con el producido, se realiza un pago único a los acreedores, remitiendo los saldos. Ello ocurrió en el caso de Isapre Masvida S.A.[63] y muchos más. Sin embargo, en otro caso sabemos que se han acogido impugnaciones en contra de acuerdos de venta de activos bajo el supuesto que el legislador distinguió los procesos de reorganización judicial de los procesos de liquidación, como ocurrió en el caso de Delta Ingeniería y Construcción S.A.[64]. La discusión sigue abierta, pero la posición dominante entiende que este tipo de acuerdos son perfectamente lícitos, a partir de la autonomía de la voluntad. Obviamente, este tipo de acuerdo tiene como límite, respetar el pago de los créditos de primera clase, que son privilegiados.

En segundo lugar, nuestra legislación concursal no contempla mecanismos directos que incentiven obtener nuevos financiamientos una vez aprobado el acuerdo. También vimos que durante la protección financiera concursal se contemplan algunos incentivos, pero la redacción normativa es ambigua, lo que ha generado riesgos adicionales que afectan la factibilidad de este tipo de financiamiento de la empresa deudora. Aun cuando en la práctica se han ideado ingeniosos mecanismos para obtener financiamiento, es conveniente reformar la LIR, mejorando este mecanismo para que exista un mercado profundo y atractivo de financiamiento de empresas en *financial distress*[65].

En tercer lugar, aun cuando tenemos un procedimiento simplificado para aprobar acuerdos de reorganización, su uso no ha sido el esperado. En efecto, la actual redacción del art. 112 de la LIR sobre aprobación judicial del acuerdo simplificado carece de razonabilidad desde el momento que un acuerdo simplificado aprobado por las mayorías legales tiene dificultades para producir sus

[63] Véase 1er Juzgado Civil de Concepción (2017b).

[64] Véase 21.º Juzgado Civil de Santiago (2016).

[65] Véase más información en https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/credit/debtor-in-possession-dip/ [fecha de consulta: Septiembre 2021].

efectos si se impugna por un acreedor disidente. Esta disposición requiere de modificación con carácter urgente para viabilizar este tipo de acuerdos simplificados que en el derecho comparado, tienen gran aplicación práctica al ser rápidos, y con menores costos de implementación y negociación.

En cuarto lugar, debería contemplarse un procedimiento donde se puedan reestructurar grupos empresariales. Nuestra legislación no reconoce los grupos empresariales, a diferencia de lo que ocurre con la normativa sobre mercado de valores o, incluso, legislación laboral u otros estatutos. Esto dificulta los procesos de negociación, aumentando innecesariamente los costos transaccionales y generando mayores riesgos de liquidación[66].

Por último, debería regularse la posibilidad de revisar o terminar contratos excesivamente gravosos para la empresa deudora, que en muchos casos son los causantes de la crisis de insolvencia. En la misma línea, los contratos de *leasing* no ingresan a la reorganización sino que simplemente las rentas devengadas de estos antes de la iniciación del procedimiento de reorganización respectivo que estuvieren impagas, sin regular un tratamiento especial a diferencia de lo que ocurre con los procedimientos concursales de liquidación[67]

## IV. Conclusiones

A partir de lo expuesto, podemos concluir que efectivamente el Acuerdo de Reorganización Judicial ha resultado ser un instrumento jurídico financiero idóneo para proteger a las empresas deudoras frente a una situación insolvencia.

Existen variadas razones por las cuales una empresa deudora decide acogerse a una reorganización judicial, destacando proteger activos **y/o** empresa frente a acciones de acreedores, reestructurar pasivos en términos viables, liquidar activos **y/o** empresa de manera ordenada y disminuir pasivos (capitalización de deuda).

No obstante, existen ciertas falencias en nuestro sistema concursal de reorganización, entre las cuales se destaca la falta de un mecanismo de financiamiento especialmente preferente posterior al acuerdo de reorganización, la falta de rigurosidad de exigencia de impugnación frente a los acuerdos de reorganización simplificado y la falta de incorporación de grupos empresariales como sujetos de reorganización judicial.

[66] Véase Reveco y Godoy (2020).
[67] Art. 225 de la Ley n.º 20720.

## Bibliografía

Cárdenas Villarreal, Hugo y Ricardo Reveco Urzua (2018). *Remedios contractuales*. Santiago: Legal Publishing.

CNUDMI (2004). *Guía Legislativa sobre Insolvencia*. Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf [fecha de consulta: Septiembre 2021].

CNUDMI. Proyecto de texto sobre un régimen simplificado de la insolvencia de fecha 25 de septiembre de 2019 disponible en https://undocs.org/es/a/cn.9/wg.v/wp.168 [fecha de consulta: Septiembre 2021].

Goldenberg Serrano, Juan Luis (2020). *La protección financiera concursal*. Santiago: Legal Publishing.

Puga Vial, Juan Esteban (2014). *Derecho concursal. El acuerdo de reorganización*. 4ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Reveco, Ricardo y Eduardo Godoy (2020). "Algunos problemas (sin solución) acerca del tratamiento de la insolvencia de grupos empresariales: análisis de precedentes y propuesta de reforma legal". *Actualidad Jurídica*, n.° 41. Disponible en https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/algunos-problemas-sin-solucion-acerca-del-tratamiento-de-la-insolvencia-de-grupos-empresariales-analisis-de-precedentes-y-propuestas-de-reforma-legal/[fecha de consulta: Septiembre 2021].

Sandoval, Ricardo (2016), *Derecho comercial*. 8ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo xi: Derecho concursal reorganización y liquidación de empresas y personas.

Segovia Vargas, María Jesús y Mara del Mara Camacho Miñano (2017). "Análisis de la viabilidad empresarial en el preconcurso de acreedores". *Revista de Contaduría y Administración*, vol. 63, n.° 1. Disponible en www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0186-10422018000100009&lng=es&nrm=iso [fecha de consulta: Septiembre 2021].

SUPERIR (2021). *Boletín Informativo*, mayo. Disponible en www.superir.gob.cl/wp-content/uploads/2021/06/Bolet%C3%ADn-Estad%C3%ADstico-Mensual-Mayo-2021.pdf [fecha de consulta: 24 de septiembre de 2021].

Tercer Reporte de Insolvencia Chile (RIC), Mayo 2021, Fix Partners, Universidad Adolfo Ibáñez y Castañeda Abogados.

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

### *Procesos judiciales*

1er. Juzgado de Letras de Calama (2015). Proceso de reorganización judicial, rol 922-2015, caratulado "Enrique Desmadryl Ludwig y Cia. Ltda. / Constructora y Montajes Industriales OCEGTEL S A".

21.º Juzgado Civil de Santiago (2016). Proceso de reorganización judicial, rol 28289-2016 caratulado "/Delta Ingeniería y Construcción S.A.".

17.º Juzgado Civil de Santiago (2017a). Proceso de reorganización judicial, rol 1907-2017 caratulado "/Agrofoods Central Valley Chile S.A.".

1er Juzgado Civil de Concepción (2017b). Proceso de reorganización judicial, rol 3831-2017 caratulado "/ Isapre Masvida S.A.

7.º Juzgado Civil de Santiago (2017c). Proceso de reorganización judicial, rol 5071-2017, caratulado "/Inmobiliaria e Inversiones Puerta del Sol SpA".

6.º Juzgado Civil de Santiago (2017d). Proceso de reorganización judicial, rol 26941-2017 caratulado "/Orazul Duqueco SpA.".

2.º Juzgado de Letras de Coquimbo (2018a). Proceso de reorganización judicial de la Urbana Inmobiliaria S.A., causa rol C-542-2018.

1er Juzgado Civil de La Serena (2018b). Proceso de reorganización judicial Inmobiliaria e Inversiones Santa Ema Limitada, causa rol C-1658-2018.

14.º Juzgado Civil de Santiago (2018c). Proceso de reorganización judicial de Artes I SpA, causa Rol C-12010-2018.

12° Juzgado Civil de Santiago (2019). Proceso de reorganización judicial, rol 20992-2019 caratulado "/E-Money Chile S.A".

11.º Juzgado Civil de Santiago (2020a). Proceso de reorganización simplificado. rol 6210-2020 caratulado "/AD Retail S.A.".

8.º Juzgado Civil de Santiago (2020b). Proceso de reorganización judicial, rol 6689-2020 caratulado "/ Enjoy S.A.".

1er Juzgado Civil de Santiago (2020c). Proceso de reorganización judicial, rol C-11936-2020 caratulado "/Multitiendas Corona S.A.".

16.º Juzgado Civil de Santiago (2020d). Proceso de reorganización judicial, rol 17422-2020 caratulado "/Valle Nevado S.A.".

26.º Juzgado Civil de Santiago (2020e). Proceso de reorganización judicial, rol 18003-2020 caratulado "/ Itelecom Holding Chile SpA.

2.º Juzgado Civil de San Bernardo (2021). Proceso de reorganización judicial, rol 951-2021 caratulado "/Aceros Chile S.A".

## *Normas*

Ley n.º 20720, que Sustituye el Régimen Concursal Vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y Perfecciona el Rol de la Superintendencia del Ramo. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 9 de enero de 2014.

Ley n.º 18010 "Sobre operaciones de crédito de dinero". *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, , 27 de junio de 1981.

## *Páginas web*

www.bloomberg.com/latam/blog/reemplazo-estadounidense-tasa-libor-primeros-pasos/ [fecha de consulta: Septiembre 2021].

https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/credit/debtor-in-possession-dip/ [fecha de consulta: Septiembre 2021].

# RESPONSABILIDAD POR FALTA DE SERVICIO EN MATERIA SANITARIA Y LEY RICARTE SOTO. UN ANÁLISIS DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL

# RESPONSIBILITY FOR LACK OF SERVICE IN HEALTH REGULATIONS AND RICARTE SOTO LAW. A DOGMATIC AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS

*Luis Acevedo Espínola*[*]
*Esteban Carmona Quintana*[**]

Resumen: La falta de servicio implica que el Estado debe responder por casos en los que no actúe debiendo hacerlo, lo haga mal o en forma tardía, y producto de ello, provoque un daño. Ello aplica en materia sanitaria, lo cual no solo se relaciona con la prestación médica propiamente tal, sino, también, con toda la actividad relacionada a ella. La Ley Ricarte Soto pretende solucionar problemas de cobertura, por lo que la transgresión a los deberes establecidos en ella puede configurar una falta de servicio. La jurisprudencia, no obstante, es inexistente, solo encontrándose fallos de recursos de protección.

Palabras clave: Responsabilidad del Estado, materia sanitaria; Ley Ricarte Soto.

Abstract: Lack of Service implies that the State must respond for cases in which it does not act by having to do so, does it badly or late, and as a result,

[*] Abogado. Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal. Profesor USACH, UAR y UNAB. Postulante al Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. Correo electrónico luishacevedoe@gmail.com

[**] Abogado de la Universidad de Chile. Ambos son Postulante al Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Talca. Correo electrónico carmona.derechouchile@gmail.com

damage is caused. This is applicable in health regulations, not only covers the medical benefit itself but also the activity related to it. The Ricarte Soto Law pretend coverage for certain illnesses that, if not complied with, it may result in a lack of service. However, jurisprudence is not existent in this regard, only finding protection appeals sentences.

Keywords: State liability, health regulations; Ricarte Soto Law.

## I. Responsabilidad del estado administrador y falta de servicio en materia sanitaria

### *1. Sobre la institución de la falta de servicio en general*

En palabras de Pedro Pierry

> "La falta de servicio así considerada la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse de un servicio público moderno, y lo que debe ser su comportamiento normal. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la Administración deberá indemnizarlo"[1].

Es decir, la falta de servicio se refiere en primer término a un funcionamiento defectuoso de la Administración del Estado o, bien, a un defecto de organización, aunque la noción de funcionamiento defectuoso es variable según las características del servicio y la gravedad de la falta, de modo que –según el autor– no todo mal funcionamiento que genere daño tendrá que ser indemnizado, cuestión de por sí ilusoria y, agregamos, riesgosa para las arcas fiscales.

Se distingue, en todo caso, entre la falta de servicio de la que responde el órgano de la Administración del Estado, de la falta personal, que compete al funcionario que provocó el daño. En este sentido, si el acto es ajeno absolutamente al servicio, la persona solo compromete su propia responsabilidad, pero si su actuación se encuentra vinculada al servicio, su actuar hará responsable al Estado, sin perjuicio del derecho de este último para repetir en contra del funcionario, según sea el caso.

Más en detalle, Pablo Rodríguez indica:

> "Hay falta de servicio cuando un órgano público, obrando contra Derecho, no ha funcionado debiendo hacerlo, cuando el servicio ha fun-

[1] Pierry (1996), p. 2.

> cionado defectuosamente o lo ha hecho con retardo, causando daño al administrado"[2],

de modo que el autor se adscribe inmediatamente en una postura claramente identificada, cual es que solo la actividad ilícita genera la responsabilidad del Estado, bien sea material o formal, pero no así la responsabilidad por actividad lícita, pues si se actúa conforme a derecho no puede, en palabras de este autor, generar responsabilidad.

Así, por ejemplo, lo entendió la Corte Suprema en el año 2006, al señalar:

> "Para que concurra falta de servicio es menester que exista una obligación legalmente consagrada, respecto de determinado órgano de la Administración, de prestar alguno concreto y específico. Entonces, la responsabilidad operará cuando el servicio a que por ley esté obligado no se preste, se cumpla en forma tardía o de manera insuficiente, y luego exista relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación, o cumplimiento tardío o inadecuado, y el daño producido"[3].

A mayor abundamiento, sostuvo la misma Corte:

> "Si bien el legislador no definió lo que debe entenderse por falta de servicio, para la doctrina y la jurisprudencia esta se configura cada vez que un servicio no funciona, no obstante la normativa legal le impone el deber de hacerlo, o lo hace en forma tardía o deficiente y, a raíz de ello, se causa un daño a terceros"[4].

Se aclara que, en todo caso, en aquellas situaciones en las que existe daño por actividad lícita, de acuerdo con el citado autor, no es la aplicación del régimen de responsabilidad del Estado, sino que es un asunto de distribución de las cargas públicas, en el sentido del art. 19 n.º 20 de la Constitución, originándose una obligación legal de compensación de una carga especial, a fin de resguardar la igualdad ante las cargas públicas.

Ciertamente esta corriente de pensamiento nos sirve por el momento como marco referencial conceptual de lo que entenderemos por falta de servicio, es decir, la obligación de responder pecuniariamente por parte del Estado cuando no actúa debiendo hacerlo, lo hace en forma tardía o defectuosa y, por ello, provoca daño.

---

[2] Rodríguez (2011), p. 27.

[3] *Revista Fallos del Mes*, n.º 573, p. 2373.

[4] Causa rol n.º 2477-2007. En el mismo sentido, causas rol n.º 5909-2010, 3561-2008, 6210-2008, 2986-2009, 3172-2008 y 7109-2007.

La doctrina ha profundizado en diversos puntos sobre la materia, entre otros, el fundamento de la responsabilidad del Estado, la historia, el derecho comparado, sus características y la prescripción, pero más allá de eso, en este trabajo estimamos pertinente centrarnos en su sustento fáctico y en los elementos que deben concurrir para configurar la responsabilidad del Estado.

En este sentido, siguiendo el régimen jurídico general de la responsabilidad civil extracontractual, se debe acreditar el hecho –actuación u omisión– (el órgano de la Administración no obró debiendo hacerlo, obró en forma tardía o defectuosa), el daño, la relación de causalidad entre ambos elementos, la culpa (falta de servicio) y, además, dar cuenta de la antijuridicidad de la conducta.

Así, tenemos que los tribunales de justicia han señalado como elementos de la responsabilidad del Estado Administrador la falta de servicio, el daño y la relación de causalidad[5]. En algunos casos se ha establecido que la responsabilidad del Estado es subjetiva, debiendo probarse el factor de imputación o que es lo mismo, acreditar la falta de servicio[6], mientras que en otros bastaría la causalidad material entre el daño y la acción, indicándose que la responsabilidad es de tipo objetiva[7]. Sin embargo, desde aproximadamente el año 2007, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha decantado por señalar que la responsabilidad del Estado por actuaciones de la Administración, es de naturaleza subjetiva.

## 2. *Análisis de los elementos de la responsabilidad del Estado por su actividad sanitaria desde la jurisprudencia*

En materia de responsabilidad del Estado por su actividad sanitaria, según se desarrollará, el factor de atribución también es la falta de servicio. Por mencionar un ejemplo, en causa rol n.º 21599-2017 la Corte Suprema sostuvo:

> "La falta de servicio se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente [...] (art. 42 Ley N°18.575) [...] en materia sanitaria, el 03/09/2004 se publicó la Ley N°19.966 que establece un régimen de garantías en salud, cuerpo normativo que introduce el art. 38 [...] igual que la Ley N°18.575"[8] (destacado es nuestro).

[5] Corte de Apelaciones de Concepción, rol n.º 4769-2005.

[6] Véanse causas rol n.º 6274-2007, 4998-2008, 3151-2007, 5667-2006, 4092-2007 y 41-2004, Corte Suprema.

[7] Véanse causas rol n.º 1650-2007, 1768-2007, 1496-2007, 4871-2006, 6118-2005 y 1559-2005, Corte Suprema.

[8] Causa rol n.º 21599-2017, Corte Suprema.

Como ya vimos, los elementos de la responsabilidad, que también se aplican a este ámbito, son:

a) la conducta (acción u omisión);
b) el daño;
c) la relación causal y
d) el criterio de imputación.

Dicho esto, vamos mencionando ejemplos jurisprudenciales en los que se observa y describe cada uno de los elementos:

En primer lugar, en cuanto a la conducta, el art. 38 de la Ley n.º 19966 establece que "el particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano", contemplando como hipótesis el obrar mal, en forma tardía o el omitir obrar debiendo hacerlo.

Como ejemplo del caso en que el servicio *obró mal*, se puede citar la causa rol n.º 99898-2016, en la que la Corte Suprema sostiene:

> "En la especie, se administró Misotrol a la demandante durante 12 días, en circunstancias que los documentos analizados contemplan un lapso máximo de 72 horas para el tratamiento completo de evacuación uterina en caso de aborto retenido. El exceso de tiempo aludido configura una infracción a la lex artis"[9].

Acá claramente se observa como hipótesis el obrar mal, pues la indicación médica excedió la dosis recomendada según la *lex artis* médica, provocando con ello el daño en el afectado.

Como ejemplo del caso en que el servicio *obra en forma tardía*, encontramos el caso rol n.º 29089-2014, en el que la Corte Suprema resuelve:

> "En la especie [...] una adecuada vigilancia antenatal es la base de todas las estrategias destinadas a disminuir la morbilidad y mortalidad perinatal [...] el servicio de salud funcionó tardíamente con las consecuencias que de ello se observaron [...] impidió una detección oportuna"[10].

Como se observa, el caso se refiere a una hipótesis de pérdida de la chance, pues la vigilancia debió ser oportuna, con lo cual se hubiera detectado el problema y evitado un daño.

Finalmente, como ejemplo del caso en que el servicio *no obra derechamente*, debiendo hacerlo por mandato legal, encontramos la causa rol n.º 1287-2014, donde la Corte Suprema señaló:

[9] Causa rol n.º 99898-2016, Corte Suprema.
[10] Causa rol n.º 29089-2014, Corte Suprema.

> "Resulta evidente que la cadena de faltas atribuidas al personal de enfermería y médico del Hospital Von Buren, privó al sr. de la oportunidad de evitarse el daño resultante"[11],

hechos que se traducían en lo que era definitivamente una serie de omisiones del servicio debiendo obrar, que provocaron el daño definitivo en el paciente.

El segundo elemento es el daño, el cual en materia sanitaria mayormente reviste criterios de gravedad y que atentan directamente contra la integridad del paciente e, incluso, contra su vida. Observando ejemplos jurisprudenciales, la Corte Suprema se ha pronunciado en materia de daño de responsabilidad sanitaria, en el contexto de falta de servicio, en el sentido de que la indemnización cubre el principio de reparación integral del daño, incluyendo en él tanto el daño emergente como el lucro cesante y el daño moral.

Ahora bien, han existido dos conceptos que han sido debatidos a este respecto, como son la teoría de la pérdida de la chance, por un lado, y la cobertura del daño moral, por el otro. Respecto de lo primero, la Corte Suprema ha sostenido:

> "La pérdida de la chance se hace indemnizable solo cuando las chances representan para la víctima de su privación, una probabilidad de quedar en mejores condiciones, sea porque se podría obtener algo mejor o mayor, sea porque se suprime un riesgo existente"[12],

de modo que, en general, este daño no es indemnizable, pero sí lo será cuando se afecta realmente la probabilidad de quedar en mejor condición, sea porque obtiene algo o por suprimir un riesgo.

Por otro lado, en cuanto al segundo punto, la Corte Suprema, en causa rol n.° 47936-2016, sostuvo:

> "Si es que se debe reparar la pérdida de oportunidad de sobrevivir, el Juez no puede condenar al médico a establecer una indemnización igual a la que debería si él hubiera realmente matado al enfermo [...] la indemnización o el valor es parcial, pues nunca debe ser igual a la ventaja esperada o a la pérdida sufrida. Para efectuar la referida estimación, el Tribunal acude al Baremo Jurisprudencial estadístico sobre indemnización de daño moral por muerte"[13],

de modo que en materia de determinación del monto de daño moral, en caso de pérdida de la chance, distingue entre si se provocó o no el resultado, pues

[11] Causa rol n.° 1287-2014, Corte Suprema.
[12] Causa rol n.° 11526-2017, Corte Suprema.
[13] Causa rol n.° 47936-2016, Corte Suprema.

es diferente la ventaja esperada a la pérdida efectivamente sufrida. Para ello, en la práctica, se acude al Baremo Jurisprudencial.

En tercer lugar, se debe acreditar la relación causal entre la conducta y el daño, cuestión que representa cierta dificultad. Observando la jurisprudencia, la Corte Suprema, consciente de esta mayor dificultad, sostuvo en causa rol n.º 2378-2018:

> "En este caso, los sentenciadores establecieron el nexo causal, para determinar el factor de imputación, falta de servicio, sobre la base de presunciones judiciales que construyeron a partir de la prueba documental, testimonial y confesional rendida en juicio"[14],

siendo por tanto válido el medio de prueba de las presunciones, pues la prueba directa es algo bastante más complejo en esta materia.

Por su parte, y en un sentido similar, la Corte Suprema, en causa rol n.º 15257-2014 sostuvo:

> "En materia sanitaria la certidumbre sobre la causalidad es difícil de establecer, de suerte que se ha señalado que en estos regímenes de responsabilidad muchas veces solo será posible efectuar una estimación de probabilidad de que el daño se deba a un hecho por el cual el demandado deba responder"[15].

De este modo, puede admitirse con mayor flexibilidad las presunciones e, incluso, considerarlas como un estándar de convicción, que se configura como un examen de probabilidad más que de certeza absoluta o más allá de toda duda razonable[16].

En cuarto lugar, el siguiente elemento es el criterio de imputación –falta de servicio– al cual ya hemos hecho referencia, rescatando que en la historia de la aplicación de dicho instituto existieron posiciones contradictorias[17].

Ahora bien, en la jurisprudencia se ha observado también otros dos aspectos problemáticos: por un lado, la situación de la falta personal, y, por otro lado, el cómputo de la prescripción. En relación con lo primero, la Corte Suprema ha sostenido:

---

[14] Causa rol n.º 2378-2018, Corte Suprema.

[15] Causa rol n.º 15257-2014, Corte Suprema.

[16] Sin perjuicio de lo señalado, podría estudiarse en otra oportunidad si estos dos fallos son mayoría en la jurisprudencia de la Corte Suprema y así también si corresponden, efectivamente, a una alteración de las reglas probatorias, pues las presunciones en general se admiten, por un lado, y el estándar de convicción en materia civil en general es el de probabilidad, a diferencia del estándar en materia penal de convicción más allá de toda duda razonable.

[17] Véanse notas al pie n.ºs 6 y 7.

> "Cuando [...] la falta personal se encuentra vinculada con el servicio, sea porque se ha cometido en el desempeño de la función o con ocasión de la misma, o con los medios proporcionados por el servicio, el Estado también responde, sin perjuicio de poder repetir posteriormente contra el funcionario por la totalidad del monto que el Estado ha debido desembolsar. Se dice aquí que hay cúmulo de responsabilidad sin cúmulo de falta, por cuanto tanto el Estado como el funcionario son responsables –cumulo de responsabilidad– pero únicamente hay una falta personal y no una falta de servicio, o sea, no existe cúmulo de faltas"[18].

Si existe una falta personal, y esta no es totalmente separable del servicio, el Estado igualmente deberá responder, confiriéndose al Estado en esos casos la posibilidad de repetir contra el funcionario.

Por su parte, en relación con la prescripción, el art. 40 de la Ley n.º 19966 señala que la acción contra el Estado prescribe en cuatro años desde la actuación u omisión, mientras que, de acuerdo con el art. 38 inciso final de la misma ley, la acción de repetición prescribe en dos años desde la sentencia firme y ejecutoriada que condena al Estado por falta de servicio. No obstante, se presenta el problema en aquellos casos en que el daño se manifiesta con posterioridad a la conducta, es decir, es diferido en el tiempo e, incluso, luego de los cuatro años que prevé la ley.

De seguir una interpretación literal, claramente la acción en este último caso nace prescrita, pero si formulamos una interpretación conforme a exigir la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad para efectos de computar la prescripción, la prescripción tendría que contabilizarse desde el daño, no así desde la acción u omisión.

Al respecto, la Corte Suprema, en causa rol n.º 83397-2016, sostuvo:

> "El inicio del cómputo del término de prescripción no puede, en este caso, considerar única y exclusivamente la fecha de la operación errada, por cuanto el error no fue conocido por la paciente sino hasta ser examinada por otros facultativos en un establecimiento distinto, al cual se vio obligada a concurrir ante la persistencia de sus síntomas. Por tanto, la extinción de la acción no puede sino comenzar a contarse desde la manifestación del daño, pues es tal circunstancia la que hace nacer la pretensión indemnizatoria"[19].

[18] Causa rol n.º 37438-2017, Corte Suprema.

[19] Causa rol n.º 83397-2016, Corte Suprema.

### *3. Algunas notas acerca del procedimiento de mediación*

Pues bien, abordados en forma sucinta todos los elementos de la responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria, con los últimos dos puntos que ponen en cuestión asuntos que en ocasiones son controvertidos, en este apartado explicaremos brevemente un aspecto procesal exigible por regla general como requisito de la acción de responsabilidad, a saber, la mediación previa.

En efecto, el art. 43 de la Ley n.º 19966 establece:

> "El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del Decreto Ley N°2.763 de 1979 o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado [...]",

aunque se presenta como problema aquellos servicios que no son ni de red asistencial ni instituciones privadas, como ciertos consultorios. Así también, hay algunas instituciones que se eximen de este trámite como ocurre con el hospital de la Fach, por ejemplo.

Abordando un poco más el punto, corresponde señalar que la mediación es un proceso en el que las partes, con el auxilio de un tercero, intentan resolver su controversia extrajudicialmente, en el plazo de sesenta días prorrogables a ciento veinte por mutuo acuerdo, de modo que en caso de llegar a acuerdo sobre el fondo del asunto, se evita la acción judicial, mientras que en caso de terminar en mediación frustrada, la vía judicial queda posibilitada.

Un aspecto sumamente relevante en términos prácticos es que, durante el proceso de mediación y conforme lo señala el inciso final del art. 45 de la dicha ley, el plazo de prescripción se suspende, tanto en relación con las acciones civiles como penales.

Otro punto relevante es que conforme al art. 51 todas las declaraciones y actuaciones efectuadas durante el procedimiento de mediación serán secretas, y la infracción a esta reserva origina la responsabilidad penal por el delito establecido en el art. 247 del *Código Penal*.

Finalmente, los montos totales posibles de indemnizar vía acuerdo en mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, están previamente fijados por el Ejecutivo, a diferencia de la mediación con instituciones privadas ante la Superintendencia. Naturalmente, dichos montos varían según el tipo o gravedad del daño en cuestión, siendo mayores aquellos que proceden por muerte del paciente, seguidos de invalidez total, parcial, etcétera.

## II. Algunas cuestiones doctrinarias acerca de la responsabilidad del Estado Administrador en materia sanitaria

### *1. Sobre el alcance de la expresión "materia sanitaria"*

Como se señaló anteriormente, el art. 38 de la Ley n.º 19966, establece la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria, indicando, asimismo, que el factor de atribución de responsabilidad por aquellas actuaciones u omisiones es la falta de servicio.

Uno de los primeros aspectos que resulta pertinente dilucidar, a los efectos de determinar el ámbito de aplicación de este estatuto jurídico, es el alcance de la expresión "materia sanitaria".

El *Diccionario de la lengua española* (RAE) define 'sanitario', en su primera acepción, como aquello "perteneciente o relativo a la sanidad". Por su parte, en lo que respecta al vocablo 'sanidad', la tercera acepción lo define como aquel "conjunto de servicios gubernativos ordenados para preservar la salud del común de los habitantes de la nación, de una provincia o de un municipio"[20].

La jurisprudencia nacional, especialmente de la Corte Suprema, ha entendido que el estatuto de responsabilidad en esta materia genera la obligación de indemnizar a los particulares por los daños que estos sufran a consecuencia de la actuación de los servicios de salud del Estado[21].

Sin embargo, estimamos que la expresión "materia sanitaria" es más amplia que la actividad que efectúan los servicios de salud, entendiendo por tales aquellos órganos de la Administración de tipo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, a los que les corresponde:

> "La articulación, gestión y desarrollo de la red asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud, como también la rehabilitación y cuidados paliativos de las personas enfermas"[22].

Del mismo modo, la expresión en estudio tampoco puede reducirse a la actividad médica propiamente tal, es decir, a las prestaciones que realiza

[20] *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., versión 23.4. Disponible en https://dle.rae.es [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2020].

[21] Causa rol n.º 9554-2012, c. 11°, Corte Suprema.

[22] Según el art. 16 del decreto con fuerza de ley n.º 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n.º 2763, de 1979 y de las Leyes n.º 18933 y n.º 18469. En el mismo sentido, el art. 1.º del decreto supremo n.º 140, del Ministerio de Salud de 24 de septiembre de 2004, que fija el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud.

un facultativo de la salud (negligencias médicas), a pesar de que dichas actuaciones constituyen un gran número de casos que acarrean la responsabilidad del Estado en esta área por su cercanía con el usuario y la habitualidad.

Por todo lo anterior, para los efectos de este trabajo la definición que consideramos más comprensiva es la que proporciona Fabián Huepe, quien señala que la responsabilidad del Estado en materia sanitaria es:

> "La obligación jurídica que pesa sobre el Estado y sus organismos de reparar los daños causados a los particulares por las acciones y omisiones ocasionadas con motivo de las prestaciones de salud efectuadas por dichos órganos, *tales como* consultorios, hospitales públicos, y en general, el Servicio de Salud"[23].

En similar sentido, se ha escrito que la responsabilidad de la Administración médico-sanitaria se refiere en general a

> "La responsabilidad patrimonial que pesa sobre los órganos estatales que tienen encomendada la misión de brindar tratamiento médico a la población"[24].

También, se ha señalado que estamos ante un régimen especial que se aplica, de acuerdo con el espíritu de la Ley n.º 19966, a todo organismo administrativo que intervenga en materia sanitaria, y no solo a los hospitales integrantes de la red asistencial pública de salud[25].

Como se aprecia, atendido el uso de la expresión "tales como", no se establece –ni tampoco corresponde hacerlo– una enumeración taxativa de organismos por los cuales responde la administración sanitaria del Estado. Es más, dichas aproximaciones resultan conciliables con lo dispuesto en los arts. 1° y 2° del decreto con fuerza de ley n.º 1, de 23 de septiembre de 2005, del Ministerio de Salud, en tanto la protección, promoción, recuperación de la salud y rehabilitación de la persona enferma, compete a todos los órganos públicos que se crean y regulan en el libro I de dicha ley, entre otros, el Ministerio de Salud, los Servicios de Salud, los establecimientos de autogestión en red y los de menor complejidad; el Fondo Nacional de Salud (Fonasa), el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP) y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast).

En definitiva, como se verá más adelante, el concepto amplio de "materia sanitaria" permite también aplicar el estatuto especial de responsabilidad del Estado que prevén el art. 38 y siguientes de la Ley n.° 19966, res-

[23] Huepe (2012), p. 133.
[24] Cárdenas y Moreno (2011), p. 7.
[25] Valdivia (2019), p. 216.

pecto de las actuaciones u omisiones de la autoridad sanitaria que infrinjan los deberes legales establecidos en la Ley n.º 20850[26] (Ley Ricarte Soto) y que, en definitiva, afecten o lesionen causalmente a los beneficiarios de dicho sistema.

## *2. Naturaleza del estatuto de responsabilidad*

Podemos señalar brevemente que, al igual que el estatuto general, en un primer momento tanto la doctrina como la jurisprudencia consideraron que la responsabilidad del Estado en materia sanitaria era de tipo objetiva, esto es, siguiendo la clásica posición de Eduardo Soto Kloss y Gustavo Fiamma, un estatuto en el que se prescinde de la culpa de un agente y de la licitud o ilicitud de la actuación, bastando la causalidad material y un resultado dañoso (lesión) para ordenar al Estado la debida reparación pecuniaria[27, 28].

Sin embargo, con la dictación de la Ley n.º 19966, cuyo título III se denomina, precisamente, "De la responsabilidad en materia sanitaria" y que establece expresamente la falta de servicio; ya con mayor firmeza la doctrina y la jurisprudencia han caracterizado este estatuto especial de responsabilidad como uno de tipo subjetivo en el que se requiere la determinación de un factor o criterio de atribución asimilable a la "culpa del servicio", entendida clásicamente como un defecto en la actuación del órgano o una infracción a un deber de actuación, sea por que el servicio no actuó debiendo hacerlo o, bien, lo hizo tardía o imperfectamente[29]. Lo anterior significa que la responsabilidad ya no se verifica de forma "automática" cuando existe un daño, sino que previamente el juez debe determinar, mediante las pruebas rendidas en juicio, la existencia de un deber legal de actuación y cómo este ha sido infringido. La jurisprudencia que sostiene lo contrario, esto es, la responsabilidad objetiva, es cada vez más escasa, no encontrándose ninguna luego del año 2007.

## *3. Clasificación doctrinaria de la responsabilidad del Estado en materia sanitaria*

La doctrina nacional, en un esfuerzo sistematizador y pedagógico, ha elaborado algunas clasificaciones de la responsabilidad del Estado y la falta de servicio

[26] La Ley n.º 20850, crea un sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo y rinde homenaje póstumo a Luis Ricarte Soto Gallegos.

[27] Soto (1981), pp. 39-45; Soto (2008), p. 401 y Fiamma (1989), p. 434.

[28] Para un estudio profundizado de las posturas acerca de la naturaleza de la responsabilidad del Estado Administrador, véase Carmona (2016), p. 36 y ss.

[29] Entre otros, Cárdenas (2008), p. 804.

en materia sanitaria, las cuales resultan útiles para ubicar y caracterizar las actuaciones u omisiones dañosas que provengan a causa de la infracción a las normas de la Ley n.º 20850.

En primer término, Fabián Huepe proporciona la siguiente clasificación[30]:

*a.* *Falta de servicio producida por una "falla estructural del servicio"*. De acuerdo con el autor, aquí lo determinante es que el hecho dañoso se haya producido porque:
   a) ha fallado la infraestructura del servicio;
   b) falta de equipamiento necesario para la atención o
   c) faltan las condiciones necesarias para la atención del paciente.

*b.* *Falta de servicio producida por una "falla en la organización"*. El autor nos indica que lo relevante es que el hecho dañoso provenga de un elemento humano (entendido como error en la organización y no como una conducta individual). Se refiere a la falta de servicio producida, entre otras, por:
   a) falta de cuidado del personal médico o auxiliar,
   b) mal disposición de los turnos,
   c) demoras en atención producidas por una errónea organización de las medidas de contención.

*c.* *Falta de servicio producida por una "falta personal"*. En este caso, lo determinante es la actuación negligente de un médico o funcionario individualizado, que hace responder al Servicio.

Por su parte, José Miguel Valdivia[31] ofrece la siguiente clasificación, distinguiendo claramente dos ámbitos:

1) responsabilidad médica, es decir, la que surge por la participación de un médico (o facultativo) en la ejecución de prestaciones médicas, y
2) los demás casos en que intervienen otras personas o simplemente el daño proviene del funcionamiento del servicio[32].

a. Falta de servicio en el campo médico:

a.1 *Errores o defectos de diagnóstico*: señala que la jurisprudencia exige que se demuestre la infracción a la *lex artis*, como un comportamiento positivo del médico en la práctica del diagnóstico, por ejemplo, en la omisión de averiguaciones o exámenes pertinentes

[30] Huepe (2012), pp. 137-147.

[31] Valdivia (2019), pp. 231-241.

[32] Según el autor, la importancia de la distinción es la aplicación de los estándares de la *lex artis*, aunque no se traduce en la existencia de regímenes distintos de responsabilidad, pues en ambos casos rige la responsabilidad por falta de servicio.

o por apartarse de (no tomar en cuenta) los antecedentes técnicos disponibles.

Según el autor, no podría establecerse la falta de servicio en este ámbito a partir del hecho de que el médico no haya detectado la dolencia que aqueja al paciente (obligación de medio). Tampoco estaría dentro de este supuesto las irregularidades administrativas que derivan en una no comunicación de un diagnóstico o de una comunicación errónea, o demoras en los procedimientos (responsabilidad no médica).

a.2 *Materialización de un tratamiento (incluidas las intervenciones quirúrgicas)*: aquello ocurre, por ejemplo, cuando un paciente es operado en otra zona, es sometido a un tratamiento distinto al programado o cuando se opera sobre la base de los antecedentes de otro paciente. Acá la culpa médica puede consistir en la falta de pericia de un profesional (intervención genera mayores problemas o se olvidan insumos dentro del cuerpo del paciente).

b. Falta de servicio en el campo no médico

b.1 *Culpas del personal no médico*: el autor identifica este rubro con los cuidados brindados al paciente, en general por inobservancia de estándares prudenciales cuyo establecimiento no requiere calificaciones técnicas complejas. Por ejemplo, curaciones, traslados del paciente. También se incluyen los defectos de vigilancia de los pacientes (por ejemplo, huida de pacientes psiquiátricos) y de su estado de salud.

b.2 *Las gestiones administrativas*: tienen relación con irregularidades imputables globalmente a la organización del Servicio como, por ejemplo, extravío de antecedentes relacionados con el paciente, desórdenes en la entrega de exámenes o resultados e inadecuación de los medios (deficiencia o insuficiencia de los medios con que cuenta un establecimiento).

De acuerdo con las categorías mencionadas, tenemos que las infracciones a la Ley n.º 20850 pueden ser clasificadas como faltas o fallas administrativas en el campo no médico, según la propuesta de José M. Valdivia, y como una falla en la organización del servicio, atendido lo señalado por Fabián Huepe, en el entendido de que estas provendrían del no inicio o seguimiento a los procedimientos establecidos en la mencionada ley, a los efectos de incorporar al fondo que allí se regula, tratamientos o medicamentos de alto costo.

## *4. Algunos aspectos doctrinarios de la falta de servicio en esta materia*

La doctrina nacional constata que la noción de falta de servicio en materia sanitaria coincide con la del estatuto general de responsabilidad establecido el art. 42 de la Ley n.º 18575, cuya caracterización jurisprudencial coincide con la "no prestación de servicio debiendo prestarse o cuando prestándose, se realiza en forma deficiente o tardía", y que, además, en tanto elemento de imputabilidad subjetivo requiere de prueba por parte de quien la alega –es decir, la víctima–, de conformidad a la regla establecida en el art. 1698 del *Código Civil*[33].

Sin embargo, existen posturas doctrinarias que reconocen particularidades de este instituto en materia sanitaria. Así, por ejemplo, se ha escrito que, si bien la jurisprudencia aplica de modo ortodoxo la falta de servicio, la adapta a las singularidades de la salud pública, de este modo

> "La falta de servicio depende fundamentalmente de la conjugación de dos factores: la índole técnica de las prestaciones sanitarias y la categorización de prestaciones correspondientes a distintos tipos de instituciones"[34].

Otro ejemplo que postula diferencias con el régimen general es la tesis de Pedro Pierry, quien respecto a la falta de servicio en materia sanitaria, pero específicamente a las actuaciones u omisiones médicas, estima que debe aplicarse el tratamiento que el derecho francés ha dado al instituto, esto es, debe asimilarse a un régimen jurídico de falta grave, es decir, a una "falta manifiesta y de particularidad gravedad". Aquello, como se aprecia, constituye una alteración a la regla general que el autor justificaría por la particular dificultad de la actividad estatal en estas materias, conciliando de esta forma los derechos del Estado con los de los particulares[35].

Precisamente, a juicio del autor, la dificultad intrínseca de la actividad médica genera que ciertas faltas puedan ser excusables. Entonces, una carencia normativa de graduación (entre falta grave y simple) unida a la creencia de que cualquier tipo de falta compromete la responsabilidad estatal, podría impedir que la Administración actuara eficaz y prontamente, para no poner en riesgo su responsabilidad.

Debemos precisar que dicha postura doctrinaria aplicaría, según el propio autor, únicamente a la actividad médica, entendiendo como tal aquella que solo puede ser ejecutada por un médico cirujano o por un auxiliar

[33] Pizarro (2010), pp. 192-195.
[34] Valdivia (2019), p. 221.
[35] Pierry (2002), p. 68.

bajo el control directo de un médico, y no a toda la actividad que va asociada a la atención y tratamiento del paciente.

Por tanto, en aquellas actuaciones que no constituyen actos médicos, para el referido autor volveríamos a la regla general de la "falta simple", tal como ocurre con los daños provenientes de una mala organización o funcionamiento del servicio, por ejemplo, en la utilización de artefactos defectuosos, insuficiente vigilancia del paciente, retardos en la atención, ausencia de personal calificado y, entre nosotros, aquellas actuaciones u omisiones lesivas que derivan de la inobservancia a los deberes establecidos en la Ley n.º 20850.

Sin perjuicio de que aquella postura es atendible, consideramos que la falta de servicio en materia sanitaria merece una especial revisión en lo que respecta a sus aspectos probatorios. En efecto, estamos ante un ámbito altamente técnico en el que resulta notoria la asimetría de información entre el agente del daño y el afectado. Aquello provoca grandes dificultades a la víctima del daño para probar, tal como lo establece la regla general del art. 1698 del *Código Civil*[36], que el órgano estatal incurrió en una falta imputable, aspecto que a nuestro juicio debe ser morigerado o corregido mediante una interpretación pro persona.

En tal sentido, parece aconsejable que en este ámbito el juez de la causa acuda a la institución de las presunciones o, bien, se incorpore a este ordenamiento sectorial reglas como la carga dinámica de la prueba[37].

Sobre el particular, existen sentencias de los tribunales superiores de justicia que han dado por acreditada la falta de servicio utilizando presunciones judiciales.

En efecto, y a mayor abundamiento, en un caso en que el afectado alegó que el tribunal de alzada había vulnerado el art. 1698 del *Código Civil*, alterando con ello el *onus probandi* a favor del Servicio de Salud, toda vez que no le correspondía probar que los paños o compresas encontrados dentro de su cuerpo provenían del hospital El Salvador y de esta manera tampoco era su obligación el demostrar que tales apósitos habían causado la infección padecida, la Corte Suprema resolvió:

> "Que tales hechos acreditados constituyen indicios suficientes que permiten presumir la falta de servicio alegada así como la relación de causalidad existente entre ésta y el daño sufrido por el actor. En efecto, correspondía al Servicio de Salud demandado acreditar que los elemen-

[36] El art. 1698 inciso primero del *Código Civil*, establece: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

[37] Sobre el particular y en mayor profundidad, Carmona (2016), p. 248 y ss.

> tos o cuerpos extraños encontrados [...] no fueron introducidos en su organismo en la cirugía que le precedió [...]"[38] (destacado es nuestro).

En otro ejemplo, un mal diagnóstico médico sumado a que la paciente no contó con una hospitalización rápida y adecuada para su estado de salud, permitieron a la Corte de Apelaciones de Concepción probar la falta de servicio mediante presunciones judiciales. En efecto, la sentencia señaló:

> "[...] puede colegirse que en la especie concurren una serie de hechos y circunstancias que permiten al tribunal extraer presunciones, que por reunir los requisitos del artículo 1712 inciso 3° del Código Civil, se deben estimar suficientes para constituir plena prueba [...] el error de diagnóstico en que incurrió el médico de turno [...] obedeció a una falta de diligencia de su parte, o dicho de otra manera, a una impericia en el análisis de la sintomatología que presentaba la paciente, que trajo como necesaria consecuencia un erróneo tratamiento médico posterior, lo que se agudizó por el hecho de haber sido hospitalizada durante la noche y parte de la mañana en una silla y en el pasillo del centro asistencial, por falta de camas en ésta [...]"[39] (destacado es nuestro).

Para corregir de forma efectiva la desigualdad de las partes en este tipo de procedimientos contenciosos, y posibilitar así la obtención de una sentencia más justa, urge que el legislador prevea instituciones como la carga dinámica de la prueba, esto es, facultar al juez para requerir de las partes, con prescindencia de su interés o posición procesal, antecedentes probatorios de conformidad a la facilidad, disponibilidad y circunstancias del caso o, bien, hacerlo respecto de quien se encuentre en condiciones técnicas, profesionales o fácticas para suministrarlos[40].

En esta materia el art. 294 inciso segundo del *Proyecto de Código Procesal Civil*, aún en tramitación en el Congreso Nacional[41], propone:

> "El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder".

---

[38] Causa rol n.º 9140-2009, c. 3°, Corte Suprema.

[39] Causa rol n.º 469-2012, c. 17°, Corte de Apelaciones de Concepción.

[40] González (2012) p. 365.

[41] *Boletín* n.º 8197-07, en segundo trámite constitucional ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado.

Estimamos que las dos instituciones antes señaladas pueden constituir una adecuada solución al problema probatorio de la falta de servicio en materia sanitaria, sobre todo si se impone jurisprudencialmente la postura doctrinaria de Pedro Pierry, que, como vimos, pretende elevar la gravedad de la falta para hacer responsable al Estado lo que se refiere actos médicos, tesis que además sostiene la admisión restringida de presunciones de falta de servicio en aquel específico ámbito[42]. Otro punto podría debatirse en cuanto al estándar de convicción.

## III. Ley n.º 20850, Ley Ricarte Soto y jurisprudencia

La Ley n.º 20850, conocida popularmente como "Ley Ricarte Soto", crea un sistema de protección financiera para el otorgamiento de diagnóstico y tratamiento de alto costo que declare el Ministerio de Salud mediante decreto supremo, conforme al art. 1, indicando en dicho acto administrativo las enfermedades que estarán cubiertas por este sistema de protección.

Para lo anterior, la ley crea un fondo de tratamiento de alto costo, constituido, conforme al art. 20 de la ley, por:

a) un aporte fiscal anual;
b) donaciones, herencias y legados;
c) aporte internacional y
d) rentabilidad que provenga de la inversión de recursos.

En términos de aplicación y procedimiento, conforme al art. 5 de la ley, la enfermedad debe estar indicada en el decreto supremo y siempre que se cumplan ciertos requisitos, entre otros, que los tratamientos o medicamentos sean más costosos que el umbral determinado por el Ministerio de Salud y de Hacienda en conjunto, conforme los parámetros indicados en el art. 6.

Luego, si el diagnóstico en cuestión incorpora la situación del paciente dentro de esas enfermedades o patologías, aún se exigen ciertas condiciones, como:

a) que el diagnóstico y tratamiento tengan una evaluación científica favorable, es decir, que pueda mejorarse, conforme al art. 7;
b) que sea asimismo recomendado conforme al art. 8 y
c) incorporados de acuerdo con el art. 9.

Cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos señalados, el Estado tiene el deber de, a solicitud del ciudadano, abrir el procedimiento y tra-

[42] Pierry (2002), p. 69.

mitarlo conforme a la ley, revisando los requisitos y, en su caso, otorgar la cobertura si los cumple, rechazándolo en caso contrario. De no cumplir con este deber o de hacerlo en forma tardía o, bien, defectuosa, estimamos que podría verificarse una hipótesis de falta de servicio, cumpliéndose el primero de los requisitos indicados en el primer acápite de este trabajo.

Si bien a la fecha no hemos encontrado alguna sentencia de los tribunales superiores de justicia que se refieran directamente a la responsabilidad patrimonial del Estado por actuaciones u omisiones de la Ley n.º 20850 y que constituyan una falta de servicio, ni tampoco hemos tomado conocimiento de la tramitación de alguna demanda de responsabilidad en primera instancia; existen múltiples fallos de la Corte Suprema en sede de protección.

Cabe advertir que las causas de que conocen las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema en sede de protección nunca tendrán las características de un contencioso de plena jurisdicción, pues solo constituyen un remedio urgente para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección de las personas en lo que se refiere a la amenaza, perturbación o privación de ciertas garantías constitucionales. En efecto, en esta sede no puede solicitarse ni resolverse la reparación pecuniaria a un daño producido por un agente, lo que es privativo de un proceso de lato conocimiento, que en nuestro ordenamiento se tramita conforme a las reglas del juicio ordinario ante los tribunales civiles.

Sin perjuicio de lo anterior, analizar la jurisprudencia referida a los recursos de protección es de utilidad para efectuar una prognosis respecto al tema que nos convoca, por cuanto en ella pueden establecerse criterios o algunos estándares acerca de los deberes del Estado en materia de financiamiento de fármacos o tratamientos de alto costo, los que seguramente serán recogidos por los tribunales de primera instancia al conocer de las eventuales demandas de responsabilidad.

Sobre el particular, corresponde referirnos brevemente a un completo estudio que sobre esta materia realizó el Observatorio Judicial[43]. El informe señala que, si bien entre 2014 y 2018 de manera incipiente las personas acudieron a los tribunales superiores de justicia para solicitar del Estado el financiamiento de tratamientos y medicamentos de alto costo (principalmente Soliris, Spinraza y Vinzimin), durante el año 2019 se observa una notable expansión de los recursos de protección interpuestos, aumentando en 6,6 veces en comparación a 2018 y, asimismo, el universo de tratamientos o fármacos requeridos.

[43] Observatorio Judicial (2020).

En efecto, se constata que durante el año pasado se interpusieron ante las Cortes de Apelaciones un total de ochenta y siete recursos, de los cuales un 53 % fue acogido y un 47 % rechazado, mientras que en la Corte Suprema, conociendo de las apelaciones, un 85 % de las veces ordenó al Estado financiar el tratamiento o medicamento requerido.

En cuanto a los argumentos, el estudio señala que, en términos generales, el voto de mayoría identifica que el derecho a la vida tiene un rango constitucional superior a las finanzas públicas o condiciones económicas del Estado, mientras que el voto de minoría apunta a la existencia de una normativa que regula el financiamiento de tratamientos de alto costo, y que acoger la pretensión del recurrente implicaría interferir en políticas públicas de salud.

Hacia el final, el estudio concluye que el costo para el Estado, a consecuencia de las sentencias estimatorias que ordenan el financiamiento del tratamiento o medicamento, ascendería a un total de USD 19 830 216.

A continuación revisaremos algunos casos cuyas sentencias han sido dictadas durante el año en curso. En términos metodológicos nos referiremos sucintamente a los hechos, al veredicto de la Corte Suprema y luego a un consolidado de los argumentos para acoger y rechazar las acciones de protección en esta materia.

En el primer caso[44], se recurrió en favor de una niña diagnosticada con una rara enfermedad denominada "Lipofuscinosis Neuronal Ceroidea Tipo" o "CLN2", que provoca degeneración progresiva y muerte prematura. Los recurrentes señalaron que, atendido el avance de la enfermedad para tratar y detener eficazmente la sintomatología, era necesario el suministro del fármaco "Brineura", aprobado por la Agencia Americana de Alimentación y Fármacos (FDA) y por la Agencia Europea del Medicamento (EMA) en abril de 2017, cuyo valor es de aproximadamente USD 27 000 cada dos semanas, es decir, un promedio de USD 486 000 al año.

Aquí la Corte Suprema revocó la sentencia apelada, declarando que se acoge la acción de protección deducida, ordenando la cobertura y financiamiento del fármaco requerido "mientras los médicos tratantes así lo determinen, con el objeto que se inicie en el más breve tiempo el tratamiento indicado". En el voto de mayoría concurrieron los ministros Sergio Muñoz, María Eugenia Sandoval y. Ángela Vivanco, y el abogado integrante Julio Palavicini. En contra votó el abogado integrante Pedro Pierry.

En un segundo caso[45], se interpone acción de protección a favor de un niño que sufre de Mucopolisacaridosis tipo IV-A, enfermedad crónica,

[44] Causa rol n.° 11195-2020, Corte Suprema.

[45] Causa rol n.° 68195-2018, Corte de Apelaciones de Santiago. Confirmada por Corte Suprema en causa rol n.° 31818-2019.

multisistémica y progresiva, que tiene como único tratamiento posible para frenar el empeoramiento de su salud la terapia de reemplazo enzimático sobre la base de Vimizim, cuyo costo ascendería a sesenta millones de pesos al mes, medicamento que Fonasa negó proporcionar, y que respecto a su solicitud el Ministerio de Salud no dio respuesta.

Sobre el particular, la Corte Suprema, en forma unánime[46], confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que había resuelto ordenar a las recurridas Fonasa y Ministerio de Salud:

> "Otorgar sin más trámite la cobertura para la hospitalización y suministro del tratamiento de reemplazo enzimático denominado Vimizim, requerido por los recurrentes, de conformidad la prescripción médica de sus médicos tratantes; debiendo cesar de inmediato en los actos u omisiones que han incurrido que ha privado a los menores de la señalada cobertura".

En un tercer caso[47], la requirente deduce protección en favor de un menor que sufre de Atrofia Muscular Espinal tipo 2, enfermedad que requiere la administración de "Spinraza", en el más breve plazo, para combatir el deterioro que acompaña a la muerte de motoneuronas. Se trata de una enfermedad neurodegenerativa que se caracteriza por una debilidad y atrofia muscular generalizada que comienza en las extremidades inferiores, extendiéndose luego al tronco y las superiores, pudiendo afectar la respiración y la deglución. Dicho fármaco tendría un costo de 169.500 millones de pesos.

Respecto a la decisión, la Corte Suprema, con el voto en contra de la ministra Andrea Muñoz[48], confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la que junto con acoger el recurso de protección incoado, ordena a Fonasa y al Ministerio de Salud:

> "Otorgar cobertura por la Atrofia Muscular Espinal que le afecta AME Tipo 2, financiando el costo del medicamento denominado 'SPINRAZA' (NUSINERSEN), incluyendo su hospitalización y el procedimiento respectivo para hacer factible dicho tratamiento por el tiempo que su médico tratante estime necesario".

---

[46] Esta vez la Tercera Sala estuvo compuesta por el ministro Sergio Muñoz, las ministras María Eugenia Sandoval y Ángela Vivanco, y los abogados integrantes Rafael Gómez y Ricardo Abuauad.

[47] Causa rol n.º 68243-2019, Corte de Apelaciones de Santiago. Confirmada por Corte Suprema en causa rol n.º 33329-2019.

[48] En esta oportunidad la Tercera Sala estuvo compuesta por el ministro Sergio Muñoz, las ministras María Eugenia Sandoval y Andrea Muñoz, y los ministros (S) Mario Gómez y Jorge Zepeda.

Revisado en extenso el contenido de las sentencias dictadas sobre esta materia, es posible sintetizar los siguientes argumentos de las Cortes tanto para acoger como para rechazar las acciones de protección deducidas.

*a) Argumentos que señalan las Cortes para acoger los recursos de protección*

- Las Cortes acuden a informes de médicos tratantes, recetas expedidas e informes a instituciones especializadas, con el fin de determinar si el recurrente puede lograr una mejoría con el medicamento/tratamiento o si estos son necesarios para que viva.
- Establecen que, si bien las consideraciones económicas constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, aquellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, la que prevalece sobre las normas citadas por los recurridos.
- La negativa de proporcionar el fármaco es arbitraria y amenaza el derecho contemplado en el art. 19 n.° 1 de la Constitución, pues en la práctica se niega el acceso a un medicamento único, exclusivo y necesario para la sobrevivencia o mejoría de una persona, y que la recurrente no puede costear. Además, en los casos en que se afectarían niños, las Cortes suelen realizan un control de convencionalidad respecto de las actuaciones de los órganos de salud, en contraste con la Convención Internacional sobre Derechos del Niño.
- De acuerdo con lo señalado en el art. 20 de la Constitución, se indica que las Cortes pueden adoptar las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado. Por tanto, en sede cautelar puede disponerse que la autoridad lleve a la práctica ciertas actuaciones específicas y determinadas, como la adquisición y suministro de cierto fármaco.
- Finalmente, se indica que aun cuando la imposición de medidas como la resuelta corresponden a una manifestación de las atribuciones del tribunal, aquello no alcanza, ni define, de modo alguno, la implementación y diseño de políticas públicas, pues tal labor excede las facultades de esa Corte, y corresponde a una función de otros órganos del Estado, cuya singularización no cabe efectuar a ese tribunal.

*b) Argumentos que señalan las Cortes para rechazar los recursos de protección*

- Medicamento solicitado no se encuentra dentro de la oferta, por lo que el acogimiento del recurso supondría pasar por encima de las prioridades establecidas por la autoridad de salud.
- La ley le encarga a la autoridad de salud la fijación de prioridades y racionalizar la distribución presupuestaria. Asimismo, las prestaciones del régimen general –es decir, aquellas que no forman parte del conjunto de garantías explícitas–, se otorgan con los recursos físicos y humanos disponibles, lo que significa que la Administración solo puede encontrarse obligada en la medida que dichos recursos físicos y humanos sean suficientes.
- Las autoridades no han incurrido en un acto arbitrario o ilegal, toda vez que han dado cumplimiento al procedimiento establecido en la Ley n.º 20850, el cual permite evaluar y decidir qué tratamientos deben financiarse por el Estado, y cuáles no, fijando las políticas públicas en esta materia.
- La acción de tutela judicial no puede pasar por sobre las políticas preestablecidas, pues ello impactaría la vida y el cuidado de muchas otras personas, que probablemente recibirían una atención insuficiente a causa de la distribución judicial de los recursos que se pretende a través de este mecanismo. La sentencia que falla el recurso de protección no puede crear, aun parcialmente, situaciones de privilegio.

## IV. Conclusiones

1. La falta de servicio es un instituto que recibe aplicación respecto a la responsabilidad del Estado por su actividad sanitaria, lo cual incluye no solo actuaciones médicas (negligencia médica propiamente tal) o actos de los servicios de salud u hospitales, sino que de forma amplia a todos los organismos públicos que, conformidad a la ley, tengan funciones relacionadas con la promoción y rehabilitación de la salud. Esta falta de servicio, al igual que en el régimen general, se verifica cuando el organismo no obró debiendo hacerlo, o lo hizo en forma tardía o defectuosa. Esto incluye en la clasificación de Fabián Huepe:
   a) falla personal,
   b) falla estructural de servicio,

c) falla de organización, mientras que en la clasificación de José M. Valdivia, incluye
   a) errores o defectos de diagnóstico,
   b) tratamiento defectuoso,
   c) culpa de personal no médico y
   d) gestiones administrativas defectuosas.

2. Para comprometer la responsabilidad del Estado se necesita verificar todos y cada uno de sus elementos, esto es, la concurrencia de una actuación u omisión, el criterio de atribución, el daño y la relación causal.
3. Hay algunos puntos, sin embargo, conflictivos, como son la prueba y el estándar probatorio, y la prescripción, que en materia sanitaria –por la afectación de bienes como la vida y la salud– su revisión requiere de especial atención. Respecto de lo primero, sostenemos que se admite la prueba de la falta de servicio u otros elementos de la responsabilidad sobre la base de presunciones judiciales, se debe solucionar el peso de la prueba mediante la inclusión normativa de la carga dinámica, y que el estándar de convicción para el juez es el de la probabilidad. Sobre lo segundo sostenemos que la prescripción debe contabilizarse considerando al daño como uno más de los elementos de la responsabilidad, pues en caso contrario la acción podría nacer prescrita.
4. Para proceder en esta materia se exige el procedimiento de mediación previa, el cual se lleva ante el Consejo de Defensa del Estado, siendo un procedimiento asistido por un mediador al objeto de llegar acuerdo entre las partes. En esas negociaciones opera el secreto y en caso de llegar a acuerdo, se evita la vía judicial. Hay también, en estos casos, montos máximos de reparación. Como aspecto problemático se observa que hay algunas instituciones que quedan excluidas, como es el hospital de la Fach, en circunstancias de que en nuestro parecer debiesen estar incluidas.
5. La Ley Ricarte Soto, que establece un fondo y deber de cobertura del Estado a ciertas enfermedades de alto costo, en caso de que se cumplan todos y cada uno de los requisitos, debiendo dar curso al procedimiento cuando este es solicitado y a la cobertura en caso de cumplir los requisitos, es llamativa la ausencia de jurisprudencia en relación con la falta de servicio, aunque sí la hay respecto de recursos de protección, donde el debate se centra básicamente en la posibilidad o no de sujetar el derecho a la vida a las condiciones presupuestarias del Estado.
6. En esta materia, mayoritariamente, las Cortes conceden los recursos de protección, verificándose un aumento en su interposición, lo cual

pone ciertamente en entredicho los recursos fiscales del Estado. Ahora bien, queda pendiente para futuras investigaciones determinar si existe en este específico tema una especie de activismo judicial o no, analizando cualitativamente los fallos en cuestión. Sobre el particular, nos permitimos enunciar algunas interrogantes: ¿Hay acaso intromisión de las Cortes en las facultades del Ministerio de Salud u otros órganos en materia sanitaria? ¿Es legítimo ello? ¿Es válido considerar implicancias económicas o políticas para negar el procedimiento y amenazar el derecho a la vida?

7. Finalmente, y también como pregunta para una futura investigación, ¿acoger un recurso de protección implica la configuración automática de la falta de servicio –considerando que se ha determinado por una Corte que el órgano actuó ilegal y arbitrariamente o, bien, aquello deberá ser configurado efectivamente en un procedimiento de lato conocimiento?

Como hipótesis base para un posterior estudio, sostenemos que la falta de servicio en esta materia se configuraría:

a) en caso de que el ciudadano solicite la apertura de un procedimiento para el financiamiento de un tratamiento o medicamento de alto costo y la autoridad sanitaria no lo lleve a efecto, provocando daño;
b) en caso de que cumpliéndose los requisitos, el servicio no conceda la cobertura o
c) en caso de que concediéndose la cobertura, luego, en su ejecución, el servicio no cumpla con el tratamiento, lo haga en forma tardía o en forma deficiente.

## Bibliografía

Cárdenas Villarreal, Hugo y Jaime Moreno Molinet (2011). *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio*. Santiago: Abeledo Perrot, Thomson Reuters.

Cárdenas Villarreal, Hugo (2008). "La responsabilidad patrimonial de la administración médico-sanitaria. Cuestiones y proyecciones", en Alejandro Guzmán Brito (coord.). *Estudios de derecho civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil - Valparaíso, 2008*. Santiago: Legal Publishing.

Carmona Quintana, Esteban (2016). "La falta de servicio como criterio de imputación respecto de la responsabilidad del Estado Administrador". *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n.º 64.

Fiamma Olivares, Gustavo (1989). "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, n.º 2.

González Coulon, María De Los Ángeles (2012). "La carga dinámica de la prueba". *Revista de Derecho Procesal*, n.° 22, Proyecto de Código Procesal Civil, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Huepe Artigas, Fabián (2012). "La falta de servicio en la responsabilidad sanitaria", en Raúl Letelier Wartenberg (coord.). *La falta de servicio*. Santiago: Abeledo Perrot, Thomson Reuters.

Observatorio Judicial (2020). "Corte Suprema versus Ricarte Soto 2.0. Una aproximación a la judicialización de remedios de alto costo año 2019". *Informe* n.° 27. Disponible en https://observatoriojudicial.org/corte-suprema-versus-ricarte-soto-2-0/ [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2020].

Pierry Arrau, Pedro (1996). "La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", adaptación de artículos por el mismo autor en *Revista de Ciencias Jurídicas*. n.° 5, 1975; *Anuario de Derecho Administrativo*, n.° 1, 1975-1976; Ediciones Revista de Derecho Público. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo xcii, n.° 2 mayo-agosto 1995; *Revista de Derecho Público*, n.° 59, enero-junio 1996.

Pierry Arrau, Pedro (2002). "La falta de servicio en la responsabilidad médica". *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, n.° 8.

Pizarro Wilson, Carlos (2010). "Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud", en Íñigo De la Maza Gazmuri (comp.), *Responsabilidad médica*, *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, colección Derecho Privado, vol. vi.

*Revista Fallos del Mes*, n.° 573, septiembre 2005-2006.

Rodríguez Grez, Pablo (2011). "Sobre la responsabilidad extracontractual del Estado". *Actualidad Jurídica*, año xii, n.° 23, enero.

Thomson Reuters Equipo Editorial (2018). *Jurisprudencia sobre negligencias médicas*, 2ª edición actualizada. Santiago: Thomson Reuters.

Soto Kloss, Eduardo (1981). "Responsabilidad administrativa municipal". *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, tomo lxxviii.

Soto Kloss, Eduardo (2008). *Derecho administrativo 120 años de cátedra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Valdivia Olivares, José Miguel (2019). "La responsabilidad por falta de servicio en administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena". *Revista de Derecho*, vol. 87, n.° 246.

Verdugo Marinkovic, Mario (2011). *Constitución Política de la República de Chile sistematizada con jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing.

## *Legislación*

*Constitución Política de la República*

Ley n.° 18575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley n.º 19966 sobre Régimen de Garantías en Salud

Ley n.º 2.850 sobre Protección Financiera para Diagnóstico y Tratamiento de Alto Costo, en *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, el 6 de junio de 2015.

*Boletín* n.º 8197-07, Congreso Nacional.

*Jurisprudencia*

Corte Suprema, rol n.º 41-2004.

Corte Suprema, rol n.º 1559-2005.

Corte Suprema, rol n.º 6118-2005.

Corte Suprema, rol n.º 4871-2006.

Corte Suprema, rol n.º 5667-2006.

Corte Suprema, rol n.º 1496-2007.

Corte Suprema, rol n.º 1650-2007.

Corte Suprema, rol n.º 1768-2007.

Corte Suprema, rol n.º 2477-2007.

Corte Suprema, rol n.º 3151-2007.

Corte Suprema, rol n.º 4092-2007.

Corte Suprema, rol n.º 6274-2007.

Corte Suprema, rol n.º 7109-2007.

Corte Suprema, rol n.º 3172-2008.

Corte Suprema, rol n.º 3561-2008.

Corte Suprema, rol n.º 4998-2008.

Corte Suprema, rol n.º 6210-2008.

Corte Suprema, rol n.º 2986-2009.

Corte Suprema, rol n.º 9140-2009.

Corte Suprema, rol n.º 5909-2010.

Corte Suprema, rol n.º 9554-2012.

Corte Suprema, rol n.º 1287-2014.

Corte Suprema, rol n.º 15257-2014.

Corte Suprema, rol n.º 29089-2014.

Corte Suprema, rol n.º 47936-2016.

Corte Suprema, rol n.º 83397-2016.

Corte Suprema, rol n.º 99898-2016.

Corte Suprema, rol n.º 11526-2017.
Corte Suprema, rol n.º 21593-2017.
Corte Suprema, rol n.º 21599-2017.
Corte Suprema, rol n.º 37438-2017.
Corte Suprema, rol n.º 2378-2018.
Corte Suprema, rol n.º 11195-2020.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol n.º 4769-2005.
Corte de Apelaciones de Concepción, rol n.º 469-2012.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 68195-2018.
Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 68243-2019.

# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA ACCIÓN DE REVISIÓN CIVIL, SU NATURALEZA JURÍDICA Y LOS EFECTOS QUE GENERA SU ESTIMACIÓN

# SOME REFLECTIONS ON THE CIVIL REVIEW ACTION, IT'S LEGAL NATURE AND THE EFFECTS GENERATED BY IT'S ESTIMATION

*Jaime Carrasco Poblete*[*]

Resumen: La doctrina procesal suele afirmar que la acción de revisión civil en el evento en que sea estimada, genera los efectos de la nulidad procesal. Esta investigación tiene por objeto indicar las razones jurídicas en virtud de las cuales la acción de revisión no es una acción de nulidad procesal, sino que se trata de una acción constitutiva de impugnación de sentencias firmes y autónoma de la nulidad procesal.

Palabras claves: Revisión civil, impugnación, nulidad procesal, rescisión.

Abstract: The procedural doctrine usually affirms that the civil review action in the event in which it is estimated generates the effects of procedural nullity. The purpose of this investigation is to indicate the legal reasons by virtue of which the review action is not an action for procedural nullity, but rather an action constituting a challenge to final and autonomous judgments of procedural nullity.

Keywords: Civil review, challenge, procedural nullity, rescission.

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas. Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Público y Magíster en Derecho de la Empresa (Universidad de los Andes, Chile). Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correos electrónicos: jaimecarrascop@udd.cl; jcarrasco@ccycia.cl

## I. Introducción

Nuestro ordenamiento jurídico concede a las partes de un proceso judicial de naturaleza civil la posibilidad de impetrar una acción de revisión con el objeto de que la Corte Suprema revea una sentencia firme. Esta posibilidad está regulada actualmente en el art. 810 y siguientes del *Código de Procedimiento Civil* (en adelante *CPC*). Se trata de una acción excepcional que, de prosperar, permite conocer nuevamente un determinado asunto que ya fue resuelto por sentencia firme.

La revisión no afecta la cosa juzgada, ya que esta no impide que se inicie un nuevo proceso, sino que su finalidad es que no se pronuncie una nueva decisión judicial sobre lo ya resuelto.

Lo que esta acción busca es la declaración de ineficacia de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, fundada en los motivos particulares que establece el ordenamiento jurídico que hacen posible impetrar esta acción. En otras palabras, la misión de la acción de revisión en el ámbito del proceso civil, está dada por constituir una técnica o instrumento procesal dirigido contra una sentencia que se ha obtenido por medios ilícitos o fraudulentos[1], mediante la cual la seguridad jurídica cede a favor de la reivindicación de la justicia de la decisión[2].

Para que exista seguridad jurídica es necesario que en un determinado momento finalice la discusión, que termine el litigio y que la decisión entregada por el órgano jurisdiccional sea inmutable, en virtud del efecto de cosa juzgada material. La decisión del juez debe estar exenta de fraude, violencia, dolo y, en general, de cualquier actuar ilícito que la ley considere relevante, pues, solo así podrá ser justa[3].

Según explica Manuel Ortells Ramos:

> "el fundamento de la revisión radica en que la actividad de las partes o del juez ha estado influenciada por específicos y tipificados supuestos de violencia, ignorancia o dolo [...], lo que ha podido conducir a que se dicte una sentencia con un contenido distinto al que hubiera podido tener si no hubieran operado esas influencias anómalas"[4].

Para que esta acción prospere, es necesario que se funde en alguna de las cuatro causales que reconoce el ordenamiento jurídico (art. 810 del *CPC*).

---

[1] Romero (2021), p. 307.
[2] En este sentido cfr. De Migue en "Prólogo" a Calvo (1977), p. 11.
[3] Sigüenza (2007), pp. 17-18.
[4] Ortells (2007), p. 576.

En nuestra legislación, algunas de las hipótesis que motivan la interposición de esta acción han existido desde antaño, incluyéndose, en principio, como causales del antiguo recurso de revocación o de retractación de una sentencia[5]; luego, pasaron a constituir hipótesis que hacían procedente la interposición del recurso de nulidad regulado en la Ley Mariana de 1 de marzo de 1837[6] y, finalmente, a partir de la vigencia del *Código de Procedimiento Civil* de 1903 son recogidas como causales de revisión de la sentencia, según lo prevenido en el art. 810 del mismo.

Se trata de causales excepcionales[7] que, de prosperar alguna, importa la estimación de la acción de revisión y, en consecuencia, significa la ineficacia total o parcial de los efectos generados por la sentencia y, en su caso, del procedimiento. Analicemos las causales que sirven para impetrar la acción de revisión.

## II. Causales que permiten impetrar la acción de revisión

El art. 810 del *Código de Procedimiento Civil* permite incoar la acción de revisión cuando se funda en alguna de las siguientes causales, a saber:

### *1. Si se ha fundado en documentos declarados falsos por sentencia ejecutoria, dictada con posterioridad a la sentencia que se trata de rever*

La primera causal se refiere a que la sentencia *se ha fundado en documentos declarados falsos por sentencia ejecutoria, dictada con posterioridad a la sentencia que se trata de rever.*

[5] Cfr. las leyes 15 y 25, título XI; 19 y 13, título 22; 1 y 2, título 26; 116, título 18, Partida 3ª; y 33 título 14, Partida 5ª. Mayores antecedentes y una variedad de casos cfr. Dougnac (1996), pp. 176-178.

[6] Algunas de las actuales hipótesis de revisión estaban incluidas en los n.º 12 y 13 del art. 2 de la Ley de 1 de marzo de 1837. La causal del n.º 12 era del siguiente tenor: "Si el juez hubiere dictado la sentencia por cohecho que le prometieron o dieron" y la del n.º 13 aludía a que: "*Si el juez, el relator, el escribano o alguna otra persona, hubieren supuesto dilijencias* o trámites judiciales que no han existido, falsificado documentos, o cometido cualquier otra clase de falsedad que haya influido en la resolución del juicio".

[7] La CS. 12 de noviembre de 1952, *RDJ.*, t. XLIX, sec. 1ª, p. 390 y ss., afirmó que la acción de revisión es un remedio excepcional. Así, en el considerando 5° expresa: "Que siendo la norma general en nuestra legislación el respeto a la cosa juzgada y el cumplimiento de lo resuelto en sentencia firme, las disposiciones sobre revisión de sentencias que han adquirido este carácter constituyen reglas de excepción, que tienen aplicación limitada a los casos taxativamente señalados en ellas".

Para que proceda esta causal es necesario que la sentencia que se pretende invalidar se haya fundado en documentos declarados falsos, lo que importa el ejercicio de una acción civil o penal[8] que tenga por objeto obtener la declaración de falsedad de determinados documentos.

Por otra parte, esa sentencia que declara la falsedad de los documentos debe llegar al estado de firmeza y debe ser dictada ulteriormente a la sentencia objeto de la acción de revisión.

La doctrina explica que la ley no exige, en este caso, que la sentencia recurrida se haya fundado solo en la prueba de documentos, sino que pueden existir otros medios de prueba utilizados por las partes para acreditar los hechos de su pretensión y reacción, los cuales fueron considerados por el juez al fallar; no obstante, bastará para acoger la acción de revisión que la prueba documental sea declarada falsa, independientemente de la existencia

[8] En cuanto a la naturaleza civil o penal de la acción que tiene por objeto declarar la falsedad, Orellana (2008), p. 195, sostiene que debe ser "declarada por una sentencia posterior firme, de tipo penal". En este mismo sentido Bordalí (2019), p. 375. Admitiendo tanto la vía civil como la penal se manifiesta Casarino (2005), p. 220 quien sostiene: "la naturaleza del juicio en que deberá pronunciarse la segunda sentencia podrá ser civil y penal". En este mismo sentido cfr. Pacheco (1998), pp. 165-168. Consideramos que no solo la vía penal es adecuada para obtener la declaración de falsedad de los documentos, sino que, también, la vía civil. En este último sentido, la CS. 7 de junio de 1982, *RDJ.*, t. lxxix, sec. 3ª, p. 63 y ss., explica en sus considerandos 1° al 4°: "Para que proceda la revisión de una sentencia dictada en un procedimiento civil, entre partes, que se ha fundado en documentos falsos, es necesario, conforme a lo dispuesto en el artículo 810, Nº 1º del Código de Procedimiento Civil, que esa falsedad haya sido declarada por sentencia ejecutoriada, dictada con posterioridad a la sentencia que se trata de rever [...]. 2°. [...] No es requisito que la falsedad emane de la comisión de un delito y que, como consecuencia, ella deba establecerse en un juicio criminal, sino que basta con que se trate de la afirmación de un hecho, positivo o negativo, contrario a la verdad o autenticidad, proveniente de error, ignorancia o cualquier otra causa, aunque no exista culpa o dolo de parte del agente. En efecto, la ley no distingue en este acápite acerca del origen de la falsedad, lo que impide discriminar entre la naturaleza, civil o criminal, de la sentencia que la declara, sino que en el número que se sigue, que contempla otro caso de revisión, el de la sentencia dictada con el fundamento del falso testimonio de testigos, exige expresamente que dichos testigos hayan sido condenados por el delito consiguiente; es decir, conforme a un buen razonamiento jurídico debe concluirse que si, en un caso, la ley exige el previo ejercicio de la acción penal y la condena del reo, mientras en el otro guarda silencio, es porque en este último se satisface con la sentencia declarativa ejecutoriada. 4° Que en cuanto a la opinión sostenida por algunos de no existir un juicio civil llamado especialmente a declarar la falsedad de documentos [...] la verdad es que –salvo contadas excepciones– el Código de Procedimiento Civil es de aplicación general y no está destinado con exclusividad a determinadas clases de juicios. La falsedad de un documento puede alegarse por vía incidental y, también, 'por vía principal, deduciendo acción o excepción sobre esa falsedad, o como cuestión accesoria de un juicio en que lo pedido sea otra cosa' [...]".

de otros medios de prueba[9]. En otras palabras, esos documentos debieron servir de base al juez para resolver la controversia, ya sea que hayan constituido su único fundamento o que hayan concurrido con otros medios de prueba.

Somos de la opinión que los documentos declarados falsos deben ser relevantes para la decisión del caso. Independientemente que en autos consten otros medios de prueba, consideramos que debe existir una conexión entre los documentos declarados falsos y la decisión adoptada por el juez o tribunal, de lo contrario, no tendría sentido acoger la demanda de revisión en el evento que el documento falso no sea relevante para la justa decisión de la controversia.

### *2. Si pronunciada en virtud de pruebas de testigos, han sido éstos condenados por falso testimonio dado especialmente en las declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia*

La segunda causal alude a que la sentencia fue *pronunciada en virtud de pruebas de testigos y han sido éstos condenados por falso testimonio dado especialmente en las declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia*.

En este caso, la sentencia que se pretende rever mediante la acción de revisión, se fundó en declaraciones testificales de los testigos que actuaron en el proceso y el contenido de tales declaraciones fueron el único fundamento que tuvo el juez para decidir la *litis*[10].

Para invocar esta causal, es necesario que la parte inicie un proceso penal, con el objeto que se declare la falsedad de los testimonios de los testigos y se les condene por tal delito[11].

---

[9] En este sentido cfr. Bordalí (2019), p. 375; Mosquera y Maturana (2010), p. 576; Casarino (2005), p. 219; Espinosa (1980), p. 264.

[10] Una cuestión interesante se plantea en el caso de que, en el proceso penal, solo algunos testigos resulten condenados y otros no. La Corte en un caso como el que describimos, CS. 23 de marzo de 1966, *RDJ.*, t. lxiii, sec. 1ª, p. 55 y ss. (considerando 4.°), resolvió que procede desechar el recurso de revisión deducido contra la sentencia que declaró nulo un matrimonio y en que se invoca la causal del n.° 2° del art, 810 del *Código de Procedimiento Civil*, si habiéndose pronunciado dicho fallo en mérito de las declaraciones de cuatro testigos, solamente dos fueron procesados y condenados por falso testimonio.

[11] No basta que se inicie un proceso penal que tiene por objeto sancionar a los sujetos que han cometido el falso testimonio, sino que, además, debe existir una sentencia condenatoria por tales delitos. En este sentido, la CS. 12 de marzo de 1964, *RDJ.*, t. lxi, sec. 1ª, p. 170 y ss. (considerando 3.°), afirmó que es procedente acoger el recurso de revisión y, por consiguiente, anular en todas sus partes la sentencia que declara nulo un matrimonio, si por sentencia ejecutoriada se condenó al marido de la recurrente demandante en el juicio de nulidad como

Es necesario, además, que la sentencia criminal condenatoria esté firme por expresa exigencia del art. 811 del *CPC*[12].

En la expresión *dado especialmente en las declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia* se manifiesta el carácter decisivo que debe tener la declaración que resultó ser falsa, lo que demuestra la relación de causalidad entre los hechos que configuran la causal de revisión y la injusticia de la decisión.

### 3. *Si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término*

La tercera hipótesis se refiere a *si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término*.

La ley, en este caso, se refiere a supuestos más amplios que las causales descritas en los números 1 y 2 del art. 810 del *CPC*, pudiendo sostenerse que se trata de una causal mixta, que involucra una figura específica como el cohecho y otras genéricas como la violencia y la maquinación fraudulenta.

Conceptualmente, el cohecho es una conducta ilícita penal tipificada en el art. 248 y ss. del *Código Penal*, por lo que, para que se configure este delito nos remitimos a esas normas.

---

autor del delito previsto y sancionado en el artículo 212 del Código Penal, y a los testigos que depusieron en dicho juicio y en cuyos dichos se fundamente exclusivamente el fallo, como autores de falso testimonio". También, la sentencia de la CS. 12 de noviembre de 1952, *RDJ.*, t. XLIX, sec. 1ª, p. 390 y ss., (considerando 3.°), afirmó que aun cuando se siguiera un proceso criminal por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento para acoger una demanda de nulidad de matrimonio, y se condenara, en definitiva, al actor por el delito de haber presentado, a sabiendas, testigos falsos en juicio civil, procede desechar el recurso de revisión de la sentencia recaída en el juicio de nulidad de matrimonio, basado en la causal del n.º 2.º del art. 810 del *Código de Procedimiento Civil*, si en el referido juicio criminal los testigos fueron declarados rebeldes, sobreseyéndose temporalmente a su respecto por este motivo. En el mismo sentido cfr., CS. 14 de abril de 1994, rol n.º 18564, (considerando 4.°), al disponer: "Que por consiguiente, no concurre en la especie la causal del recurso de revisión invocada en autos, toda vez que ésta exige sentencia condenatoria para los testigos que hayan prestado declaración como único fundamento de la sentencia recurrida, y en la especie, además de no existir sentencia firme en la causal criminal seguida por el delito de falso testimonio, consta de los autos Rol Nº 44.295, sobre oposición al saneamiento de título, que no fue, dicho testimonio, el único antecedente que tuvo en consideración el sentenciador para acoger la oposición deducida en esa causa, sino que también lo fueron los documentos agregados por las partes."; CS. 26 de marzo de 2001, rol n.º 1697-1996.

[12] En este sentido cfr. Mosquera y Maturana (2010), p. 576; Casarino (2005), p. 220.

La violencia está constituida, en general, por toda fuerza física o moral que se ejerce sobre las partes o sobre el juez, que impide a las primeras manifestar su voluntad o que induce a este último a resolver, de una determinada manera, el asunto sometido a su decisión. Se trata de una causal amplia en la cual podrían incluirse situaciones en que una de las partes no pudo ejercer su derecho de defensa por sufrir violencia de la otra parte, o que el juez resolvió de determinada manera un asunto, en virtud de ser él o su familia un sujeto pasivo de fuerza física o moral.

La maquinación fraudulenta también constituye una causal genérica, pues su concepto es amplio y puede presentar problemas. La acepción de *maquinación* es "proyecto o asechanza artificiosa y oculta, dirigida regularmente a mal fin"[13] y *fraudulenta* significa "engañoso, falaz"[14]. De esta manera, algunos sostienen que una maquinación fraudulenta consiste en "todo proyecto o asechanza oculta, engañosa y falaz que va dirigida regularmente a un mal fin"[15].

Como se aprecia, esta última hipótesis es general[16] y podría, a nuestro entender, involucrar todas las hipótesis que el ordenamiento dispone como causales de la acción de revisión, salvo la del n.º 4 del art. 810.

Estas conductas deben influir en forma decisiva en la dictación de la sentencia, pues, por eso la ley indica que *la sentencia firme se ha ganado injustamente* a virtud de tales actuares ilícitos, de manera que exista una relación de causa a efecto entre la conducta que se imputa y la decisión favorable obtenida en la sentencia definitiva. En caso contrario, de existir estas conductas, pero de no ser decisivas para obtener un pronunciamiento favorable, no obstante, los autores de aquellas pueden ser sancionados, la acción de revisión deberá ser desestimada[17].

En cuanto al origen de estas conductas fraudulentas o ilegítimas, consideramos que pueden provenir del juez, de las partes o de terceras personas, pues, la ley no señala específicamente de quién puede provenir tal conduc-

[13] *Diccionario de la lengua española*, voz 'maquinación', en www.rae.es [fecha de consulta: 1 de octubre de 2021].

[14] *Op. cit.*, voz 'fraudulenta', en www.rae.es [fecha de consulta: 1 de octubre de 2021].

[15] Calvo (1977), p. 112.

[16] Según explican Toro y Echeverría (1902), p. 764, "en el debate parlamentario se dejó constancia especial de que la frase 'u otra maquinación fraudulenta' que aparece también en la Lei de Enjuiciamiento Civil de España, debería entenderse en el sentido que se deja a los tribunales la facultad de determinar su concepto más o menos amplio, i decidir cada caso particular en atención a las formas i circunstancias especiales con que se presente la cuestión".

[17] En este sentido cfr. Pacheco (1998), pp. 172-174; Casarino (2005), p. 220; Espinosa (1980), p. 266.

ta[18]. No obstante, la figura del cohecho está regulada penalmente a propósito de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, por lo que aquí se refiere especialmente al juez. Esto es sin perjuicio de la responsabilidad civil, disciplinaria o funcionaria a que está sujeto el juez, en virtud de lo dispuesto en el art. 324 y ss. del *COT*.

En el evento de que las conductas provengan de un actuar ilícito del juez que resolvió el caso, la parte que pretende valerse de esta causal deberá iniciar un juicio contra aquel, con el objeto de obtener la condena del mismo por haber sido cohechado, violentado o por existir una maquinación fraudulenta.

Hay que tener presente que, para lograr la invalidación de la sentencia firme, no basta con incoar un proceso con el objeto de obtener una sentencia que establezca la responsabilidad civil o criminal del juez, pues, el art. 331 del *COT* impide alterar la cosa juzgada de la cual goza la sentencia que se quiere rever, al disponer que ni en el caso de responsabilidad criminal ni en el caso de responsabilidad civil la sentencia que pronunciada en el juicio de responsabilidad alterará la sentencia firme. Por tal razón, además del proceso que tiene por objeto declarar esta responsabilidad, es necesario que se interponga la acción de revisión, único mecanismo mediante el cual será posible obtener la invalidación de la sentencia.

La existencia del cohecho, la violencia y la maquinación fraudulenta deben ser declaradas por sentencia de término.

### *4. Si se ha pronunciado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y que no se alegó en el juicio en que la sentencia firme recayó*

La cuarta causal que hace procedente interponer la acción de revisión consiste en que la sentencia se *ha pronunciado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y que no se alegó en el juicio en que la sentencia firme recayó*.

Esta hipótesis ocurre cuando existen dos sentencias; la primera que está firme, la cual resolvió una determinada controversia; y una segunda,

[18] Casarino (2005), p. 220, sostiene que el cohecho, la violencia y la maquinación fraudulenta han debido operar en la persona del juez. Más amplia es la interpretación que señala Pacheco (1998), p. 171 al sostener: "Como la ley no lo señala, en esta maquinación fraudulenta se comprenderá tanto el fraude de la parte principal defraudadora, como el de su representante legal en el caso respectivo, como el de su procuradora judicial, incluso el del abogado, podría también incluirse el fraude de terceros intervinientes o no a título de parte en el juicio respectivo; quedando la duda si procederá la revisión si la sentencia se ha ganado injustamente en virtud de maquinación fraudulenta o fraude proveniente del propio juez o de los funcionarios judiciales".

generada en un juicio diverso, también firme, que es idéntica al primer fallo en cuanto a la confrontación de la identidad legal de parte, de cosa pedida y de causa de pedir, pero que pueden tener decisiones contradictorias que impiden ejecutarlas[19].

En el proceso en que se generó esa segunda sentencia, la cual ahora está firme, es necesario que por desconocimiento, inadvertencia o por cualquier otra causa, no se haya alegado la excepción de cosa juzgada, pudiendo ahora denunciarse a través de la acción revisión, con el objeto de obtener la invalidación de la segunda sentencia[20].

Como expresa Alejandro Romero Seguel:

> "También permite el CPC, que a través de la acción de revisión se haga valer el efecto negativo de la cosa juzgada, cuando no se alegó con anterioridad (art. 810 N° 4). Esta causal en principio no se fundamenta en la existencia de un fraude, sino en el deseo de evitar que se dicten decisiones contradictorias"[21].

Además, en el segundo juicio en el cual se dictó la sentencia objeto de la acción de revisión no debió alegarse la cosa juzgada[22], pues en el evento

[19] En este sentido cfr. Orellana (2008), p. 197; Espinosa (1980), p. 267. Además, la sentencia de la CS. 12 de septiembre de 1989, *RDJ.*, t. LXXXVI, sec. 3ª, p. 219 y ss., indicó: "Que, el artículo 810, Nº 4º del Código de Procedimiento Civil autoriza rever una sentencia firme si se ha pronunciado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada y que no se alegó en el juicio en que aquélla recayó, lo que obliga a constatar la existencia de dos sentencias firmes, el hecho de que una posterior se dicte contra la primera, lo que significa que sean contradictorias en su posibilidad de cumplimiento, y el hecho de no haberse alegado en el juicio cuya sentencia se pretende revisar la cosa juzgada que emanó de la otra sentencia. Existe contradicción entre dos sentencias firmes, dictadas en causas del trabajo, porque una autoriza el despido del trabajador y la otra, que se pretende revisar, ordena su reincorporación". En el mismo sentido, CS. 4 de abril de 2001, rol n.º 3475-2000, (considerando 3.º), la que afirmó: "Que el fundamento del recurso de revisión, cuando se basa en la causal 4ª del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil, estriba en proteger la autoridad de cosa juzgada de las sentencias definitivas firmes, de suerte que será necesario, para su procedencia, la existencia de dos sentencias de esta naturaleza, contradictorias entre sí, dictadas en juicios distintos, que reúnan la triple identidad del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, posibilitando la ley la revisión del último fallo por estar en pugna con lo resuelto en el primero".

[20] CS. 23 de diciembre de 1959, *RDJ.*, t. LVI, sec. 1ª, p. 445 y ss., (considerando 1.º).

[21] Romero (2002), p. 37, cfr. la nota n.º 61 al pie de página.

[22] En cuanto a la importancia de haber o no alegado la cosa juzgada, la sentencia de la CS. 2 de agosto de 2005, *RDJ.*, t. CII, sec. 1ª, p. 660 y ss., (considerando 10.º), indicó: "[...] que la actividad de alegar o no, dentro del juicio, resulta relevante para la procedencia de la cosa juzgada como causal de recursos procesales, considerando la actividad positiva o negativa del impulso procesal que efectúa una parte en el juicio, si la alega, como un acto jurídico de apoyo de una pretensión, le servirá para justificar, a lo más el recurso de casación en la forma, si

de oponerse la excepción y ser rechazada, ya hubo un pronunciamiento jurisdiccional sobre la misma, por lo que deberá desestimarse la acción de revisión. Esta exigencia parece razonable, ya que si durante el juicio se opuso la excepción de cosa juzgada y esta es rechazada en la sentencia, la parte agraviada, a través del recurso de casación en la forma, podrá impugnar aquella sentencia que ha sido dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 768 n.º 6 del *CPC*). De esta manera, mediante el recurso de casación en la forma se resguarda que no se dicte una nueva sentencia cuando la cuestión controvertida ya fue resuelta en una sentencia firme anterior; la acción de revisión, en cambio, resguarda la cosa juzgada permitiendo anular una sentencia firme cuando, por cualquier causa, no se alegó la existencia de la cosa juzgada existente con anterioridad.

Esta especial hipótesis no se refiere a la ilicitud o fraude de la decisión[23], sino que se basa en circunstancias extrínsecas al proceso (en la existencia de una sentencia que ya resolvió el asunto y que se encuentra firme), pero que igualmente lo vician, al poder modificar lo ya resuelto con anterioridad, debiendo permanecer inmutable la primera decisión en virtud de la cosa juzgada.

En consecuencia, la finalidad de esta hipótesis de revisión es asegurar el efecto de cosa juzgada atribuido a la resolución dictada con anterioridad a la sentencia que se trata de rever.

## III. Valoración de las consecuencias de los actos ilícitos o fraudulentos en las hipótesis de la acción de revisión en materia civil

Respecto de las hipótesis que hacen procedente la interposición de la acción de revisión, el juez también debe realizar un proceso de calificación o valoración de las circunstancias que motivan tal acción para que esta sea acogida. Analicemos qué ocurre en cada caso.

Con respecto a la primera causal, el proceso de valoración no resulta complejo, bastando, para acoger la acción de revisión, que quien la interpone acredite que los documentos públicos o privados que sirvieron de funda-

esa pretensión le ha sido expresamente negada por el juez y, por el contrario, si no desarrolla actividad formal de invocación de la cosa juzgada, le queda reserva da esta alegación, como única y primera actividad en el recurso de revisión. Será esta inactividad la que lo habilitará para hacer procedente la acción de nulidad contra la sentencia firme que se opone a otra pasada en autoridad de cosa juzgada".

[23] Romero (2021), p. 315.

mento a la sentencia fueron declarados falsos por sentencia firme. El tribunal procederá a constatar que los documentos declarados falsos precisamente sirvieron para fundar la sentencia que se trata de rever[24]. En otras palabras, los documentos declarados falsos deben ser decisivos, gravitantes o dotados de tal significación que sirvieron de base para el pronunciamiento de la sentencia impugnada.

En relación con la segunda causal, la operación es similar: El tribunal debe determinar que las declaraciones de los testigos que fueron condenados por el delito de falso testimonio constituyeron el único fundamento de la sentencia objeto de revisión. En principio, pareciera que la causal es amplia, pero no es así, porque puede ocurrir que un testigo sea condenado por falso testimonio, pero que su declaración no fue el único fundamento que tuvo en cuenta el juez para decidir el contenido de la sentencia, en cuyo evento la revisión debería desestimarse[25]. Esto se deduce del tenor literal de la causal en estudio, la que dispone que las declaraciones de los testigos falsos deben servir de único fundamento a la sentencia.

En el evento de que la acción de revisión se funde en la tercera causal, el tribunal, para acogerla, tendrá que comprobar que, en virtud del cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta, se pronunció una sentencia injusta. En caso de que la sentencia que se trata de rever se haya dictado en virtud de cualquiera de estos submotivos, si es arreglada a derecho, no será

[24] Según explica Mosquera y Maturana (2010), p. 576: "debemos tener presente que los documentos falsos así declarados pueden haber sido uno de los tantos antecedentes que se han tomado en consideración en el fallo que se trata de rever". Con respecto a la segunda causal de revisión, los autores sostienen: "en este caso, y a diferencia de lo que ocurre respecto de los documentos, los testimonios falsos deben haber sido los únicos fundamentos de la sentencia recurrida" (*Ibid.*). No estamos de acuerdo con la interpretación que señalan los autores, pues no parece razonable y resulta contrario a la economía procesal y al principio de conservación de los actos, que la acción de revisión se acoja cuando exista cualquier documento falso, sin necesidad de preguntarse si de no haber considerado ese documento falso la decisión del proceso hubiese sido distinta. Postulamos que para que proceda la revisión, el documento falso debe ser decisivo para la resolución del proceso, pues de lo contrario se llega al absurdo que cualquier documento que haya sido utilizado por el juez como material probatorio en apoyo de la decisión podría importar la estimación de la revisión. Aunque la norma no lo exige, es necesario que el documento falso sea decisivo para la solución del caso. Por lo demás, si el resto de las causales exigen este requisito parece razonable exigirlo respecto de todas, requisito que, en nuestra opinión, no figura en la ley por una simple omisión del legislador. En el sentido que proponemos cfr. Espinosa (1980), p. 264, quien dispone: "[...] es necesario que los documentos hayan servido de base al tribunal para dictar su sentencia, sea que hayan constituido su el único fundamento o que hayan concurrido con otros medios de prueba a decidir el asunto controvertido". También en el sentido que proponemos Orellana (2008), p. 195, al indicar: "[...] debe existir una relación causal entre la sentencia firme y el documento tachado de falso".

[25] Pacheco (1998), p. 169.

procedente acoger la acción de revisión[26]. Creemos que esto es así, por el tenor literal de la causal que comentamos, la que alude expresamente a que *... la sentencia firme se ha ganado injustamente...*, razón por la cual la Corte Suprema tiene competencia para analizar la injusticia de la decisión.

Para configurar la cuarta causal en que se puede justificar la acción de revisión, el tribunal debe comprobar la existencia de la identidad legal de personas, de cosa pedida y de causa de pedir entre la sentencia firme cuya existencia pasó inadvertida durante el proceso y la sentencia que se pretende rever. En similares términos, la Corte Suprema confrontará ambas sentencias[27], determinará si existe la triple identidad entre las mismas y analizará si la cosa juzgada fue alegada en el juicio que dio lugar a la sentencia que se quiere invalidar.

Lo que hemos expuesto nos hace reflexionar en lo siguiente: ¿La Corte Suprema, cuando conoce de una demanda de revisión, solo debe determinar si se configura la causal legal o también es necesario que realice una calificación de la injusticia de la sentencia?

Esto parece simple, pero no lo es, pues para determinarlo es necesario analizar la naturaleza jurídica de la acción de revisión y el tratamiento procesal de la misma.

## IV. Naturaleza jurídica de la acción de revisión

En nuestro sistema de enjuiciamiento civil, la acción de revisión tiene por objeto rescindir una sentencia firme cuando padece de ciertos vicios que

[26] Espinosa (1980), p. 266. El autor sostiene: "no basta para invocar la causal en estudio que haya existido cohecho, violencia o maquinaciones fraudulentas; es necesario, como dice la ley, que en virtud de tales hechos se haya ganado injustamente la sentencia. De manera, entonces, que si a pesar de los hechos mencionados la sentencia ha sido dictada con arreglo a derecho, no podrá interponerse el recurso de revisión por la causal en estudio". En principio, idéntica opinión sustenta Pacheco (1998), p. 173, sin embargo, el autor, posteriormente parece cambiar de opinión al sostener: "parece que lo lógico es, que si probada la maquinación fraudulenta o el fraude procesal, que la ley procesal fue burlada en reiteradas ocasiones durante el transcurso del litigio y por tanto igual hubo fraude procesal y declarado así, también debe proceder la revisión". Agrega: "además sólo se exige que las causales respectivas sean probadas y declaradas como tales por sentencia firme en el juicio respectivo posterior a la sentencia que se trata de rever, sin distinguir, bastando ese hecho como suficiente para que proceda la revisión". Concluye sosteniendo: "por lo anterior, la Corte Suprema tiene la obligación de rever una sentencia firme cumpliéndose los requisitos señalados y por lo mismo no tiene la facultad de pronunciarse sobre si la sentencia que se trata de impugnar es o no justa y conforme o no a la ley no obstante los hechos comprobados y acaecidos en el transcurso del litigio. Si lo hiciera entraría a resolver sobre una cuestión del pleito y no es ésta la competencia que la ley procesal le atribuye a la Corte Suprema para entrar a rever una sentencia firme", *op. cit.*, pp. 173-174.

[27] CS. 10 de noviembre de 2010, rol n.° 5435-2010 (considerando 3.°).

configuren alguna de las causales expresamente señaladas en el art. 810 del *CPC*. Cabe preguntarse entonces si se trata de una acción de nulidad procesal.

En principio, la revisión se podría asociar a ilícitos o fraudes que tienen relación con errores *in iudicando o in procedendo*, que finalmente se materializan en la sentencia, comprometiendo la justicia de la decisión, errores que son motivados por ciertos actos ilícitos o hipótesis constitutivas de fraude procesal (810 n.º 1, 2 y 3 del *CPC*) o en el quebrantamiento de la cosa juzgada (art. 810 n.º 4 del *CPC*).

Sin embargo, la premisa precedente es incorrecta porque el fundamento de la revisión no son los errores del enjuiciamiento contenidos en la sentencia, ni tampoco los defectos ocurridos durante el procedimiento, pues, por una parte, el juez ha decidido la cuestión controvertida en un determinado sentido teniendo en cuenta el objeto del proceso y el material probatorio aportado por las partes al proceso[28] y, por otro, una vez que la sentencia definitiva queda firme, los posibles vicios que el proceso puede adolecer quedarán convalidados por el efecto de cosa juzgada que adquiere tal resolución (art. 174 del *CPC*).

Recuérdese que la nulidad procesal constituye una forma de invalidez de los actos procesales individuales o del proceso como conjunto de actos, que consiste en una valoración o calificación de la irregularidad del acto y de las consecuencias perjudiciales que el vicio genera, la cual se declarará, en general, cuando se hayan vulnerado *in limine litis* los derechos y garantías procesales de los litigantes.

La acción de revisión, en cambio, no tiene por objeto examinar nuevamente la validez[29] de los actos procesales ejecutados en un proceso judicial, no pretende analizar los desajustes del procedimiento en relación con las reglas que señala el ordenamiento jurídico. Tampoco pretende indagar las eventuales infracciones al derecho positivo; sino que su finalidad es determinar la existencia de ciertas circunstancias fraudulentas (art. 810 n.º 1, 2 y 3 del *CPC*) o la existencia de una sentencia firme que ya resolvió el mismo asunto (art. 810 n.º 4 del *CPC*), motivos que pudieron influir en la decisión adoptada por el juez, siendo esta eventualmente injusta o contraria a derecho[30].

Estas circunstancias que justifican la demanda de revisión son, en general, con excepción de la causal relativa a la cosa juzgada, vicios o actuacio-

[28] Ortells (2007), p. 577.

[29] Mosquera y Maturana (2010), p. 574 sostienen como características de la revisión que "persigue obtener la invalidación de una sentencia firme o ejecutoriada". En el mismo sentido Orellana (2008), p. 191.

[30] Cfr. Sigüenza (2007), pp. 18-19.

nes ilícitas o fraudulentas que eventualmente repercutieron en la correcta decisión del asunto controvertido, consecuencialmente, en la adecuada producción de la cosa juzgada, pues, de no haber estado presentes, el contenido de la decisión hubiere sido distinta. De esta manera, algunos sostienen que el íter generativo de la sentencia firme es irregular[31], pudiendo importar esa irregularidad una decisión injusta para el caso concreto, lo que motiva a declarar la ineficacia de la sentencia y, en su caso, de todo o parte del proceso.

Entonces, la acción de revisión no es una acción de nulidad procesal ni un mecanismo para obtener la declaración de nulidad procesal, sino que es una acción rescisoria que tiene características especiales. Se trata de una especial forma de impugnación contra sentencias firmes.

En virtud de lo anterior podemos afirmar que la naturaleza jurídica de la acción de revisión es ser una pretensión constitutiva[32] que tiene por objeto modificar la situación jurídica preexistente[33]. Esta acción solo puede apoyarse en los supuestos establecidos en la ley (causales del art. 810 del *CPC*), los que, en general, constituyen hipótesis de fraude procesal, algunas delictivas y otras no constitutivas de delito, las cuales pudieron determinar o influir en el contenido de la decisión final, en cuyo caso justifican eliminar la cosa juzgada, procediendo un nuevo enjuiciamiento sobre el objeto del proceso y el material probatorio aportado a los autos[34].

Como se ha explicado, en nuestro sistema procesal civil la revisión no cuestiona la validez formal de la sentencia ni la justicia de la decisión, las cuales, en principio, serían correctas. En otras palabras, no se trata de anular una sentencia, la cual es válida tanto en lo formal como en el contenido,

[31] Cfr. Ramos (1992), pp. 761-762, que señala: "La revisión permite el control de ciertos vicios que afectan a la correcta producción de la cosa juzgada, vicios que, de no haber existido, hubiesen determinado una cosa juzgada de signo distinto. No quiebra el valor seguridad al revisar la sentencia, sino que se robustece, pues, se confirma su regularidad. En este sentido, el tema de la injusticia es absolutamente irrelevante en orden a que sea determinante de la revisión del proceso. El proceso no se revisa porque la sentencia sea injusta, sino por la irregularidad del íter generativo de la misma".

[32] Según Mosquera y Maturana (2010), p. 573, la revisión "es una acción declarativa más que un recurso extraordinario; puesto que pretende invalidar una sentencia que ya se encuentra firme o ejecutoriada". En este mismo sentido lo afirman Núñez y Pérez (2015), p. 476, quienes aseveran: "se puede conceptualizar la acción de revisión como una acción declarativa de nulidad [...]". No estamos de acuerdo con estas posturas, pues no cabe sostener la demanda de revisión como de naturaleza declarativa porque no pone fin a un estado de incerteza jurídica, como es propio de una acción declarativa, sino que lo que pretende, en general, es obtener la rescisión de la sentencia, eliminando los efectos de la sentencia que se revió. Además, la acción de nulidad es claramente de naturaleza constitutiva.

[33] Sobre la acción constitutiva cfr. Romero (2014), pp. 58-60.

[34] En este sentido cfr. Ortells (2007), p. 577.

sino en lograr la rescisión de la sentencia y, en su caso, del procedimiento, fundado en circunstancias externas al proceso. En este contexto, no existe un juicio de validez-invalidez del proceso o de los actos que lo componen, no hay una calificación de las irregularidades del proceso anterior, que haya que valorar en el proceso de revisión, sino que la Corte Suprema debe establecer la concurrencia de las circunstancias que configuran alguna causal de revisión, las cuales pueden importar la existencia de una sentencia errónea o injusta, en virtud de la cual se acogerá la demanda y se dispondrá la rescisión de la sentencia firme objeto de la revisión.

La acción de revisión es procedente cuando se descubra alguna circunstancia fraudulenta que justifica revisar la sentencia tanto en lo fáctico como en lo jurídico, determinando si esta es justa o injusta en razón de manifestarse esas circunstancias[35].

Entonces, la sentencia dictada por la Corte Suprema, en virtud de la cual estima la pretensión de revisión, forja un cambio en el estado jurídico existente porque, en lenguaje del *Código anulará* (en verdad debería decir *rescindir*) total o parcialmente la sentencia injusta y, en su caso, también invalidará total o parcialmente el procedimiento afectado de algún fraude, pero tales circunstancias no importarán que la nueva decisión adoptada por el juez o tribunal de donde procede la causa sea necesariamente distinta a la manifestada en la primitiva sentencia. En otras palabras, dependiendo del caso concreto, la decisión jurisdiccional contenida en la sentencia objeto de la acción de revisión puede permanecer inalterada, pues, nada garantiza que el nuevo fallo deba ser distinto al anterior.

¿Esto quiere decir que el tribunal, para acoger la demanda de revisión, sólo debe comprobar la existencia de la causal legal?

Consideramos que no. El tribunal, en el proceso de revisión, deberá valorar dos aspectos. En primer lugar, determinará la existencia de alguna de las causales de revisión, cuyos hechos constitutivos estarán manifestados en la sentencia firme que se acompañará al proceso. Una vez constatada la

[35] Según explican Montero y Flors (2005), p. 1138: "mediante la revisión no se trata de lograr la declaración de nulidad de un juicio anterior, ni de la sentencia en él recaída. Los motivos que permiten la revisión no se basan en vicios del procedimiento, ni en vicios de la sentencia, sino en el conocimiento de determinados hechos que no están en los autos, pero cuyo trascendente significado permite suponer que el resultado del proceso al que afectan obedeció a su influencia o a su concurrencia, de modo que sin ella dicho resultado pudo haber sido diverso". En sentido similar Vásquez (2001), p. 174, al sostener: "la razón de ser de la revisión se encuentra, más que en la injusticia de la resolución cuya rescisión se pretende, en la posibilidad de que el órgano jurisdiccional a cuya competencia viene referido su conocimiento pueda controlar si la misma se dictó como consecuencia de incidir o no el proceso en vicios que de no haberse producido habrían conducido a una sentencia distinta".

existencia de la causal de revisión, en segundo lugar, tendrá que calificar jurídicamente cómo los hechos que constituyen la causal invocada pueden influir la justicia de la sentencia definitiva firme objeto de la impugnación.

En consecuencia, para que la demanda de revisión prospere, será necesario, por una parte, que se configure alguna causal legal y, por otro lado, que el tribunal califique el nexo o relación de causalidad entre los hechos constitutivos de la causal y la justicia de la decisión. Por el hecho de configurarse alguna causal de revisión, eventualmente puede presumirse que la decisión fue injusta, pero también puede ocurrir que esta sea conforme a derecho, en cuyo caso, la acción no debiera prosperar.

## V. Tratamiento procesal de la acción de revisión en relación con los efectos que origina su estimación

Aclarada la naturaleza jurídica de la acción de revisión, pasemos a analizar sus efectos.

El tratamiento procesal[36] que asigna nuestro ordenamiento jurídico a esta acción se identifica con la nulidad procesal porque el art. 815 del *CPC* establece que de estimarse la revisión por haberse comprobado, con arreglo a la ley, los hechos en que se funda, lo declarará así, y *anulará en todo o en parte la sentencia impugnada*. En la misma sentencia que acoja la acción el tribunal declarará *si debe o no seguirse nuevo juicio*. En el primer caso determinará, además, *el estado en que queda el proceso*, el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal de que proceda. Servirán de base al nuevo juicio las declaraciones que se hayan hecho en el recurso de revisión, las cuales no podrán ser ya discutidas.

La Corte Suprema, cuando acoge la acción de revisión, rescinde la sentencia, la deja sin efecto y, por lo mismo, declara la ineficacia de la sentencia definitiva firme y de los actos procesales realizados durante el procedimiento siempre que estos adolezcan de fraude procesal. Sin embargo, la Corte no tiene competencia para dictar una sentencia de reemplazo, sino solo para acoger la demanda de revisión y devolver los autos al juez o tribunal de donde proceda, para que este vuelva a pronunciarse sobre la cuestión debatida, excluyendo obviamente el material fraudulento.

[36] Por ser ajenos al objeto de esta investigación, no nos referiremos a todo el tratamiento procesal de la demanda de revisión (tribunal competente, legitimación, plazo de interposición, etc.), sino solo limitaremos nuestra exposición a los efectos generados por la dictación de una sentencia estimatoria de revisión.

En cuanto a la extensión de la ineficacia, habrá que analizar cada caso concreto, no obstante, nos atrevemos a dar una pauta general, distinguiendo las causales que motivan la demanda de revisión.

En caso de que la acción de revisión prospere en virtud de los dos primeros supuestos del art. 810 del *CPC*, la Corte deberá remitir los autos al tribunal de que proceda para que el juez no inhabilitado vuelva a dictar sentencia. En estos supuestos, el juez deberá pronunciarse nuevamente sobre la cuestión controvertida, pudiendo acoger o rechazar la demanda de acuerdo con el mérito del proceso, excluyendo el material probatorio fraudulento.

De acogerse la acción de revisión fundada en la tercera causal del art. 810 del *CPC*, consideramos que, dependiendo de la oportunidad en que ocurrió el cohecho, la violencia o la maquinación fraudulenta, además de rescindirse la sentencia, debiese retrotraerse el proceso al estado adecuado para que se continúe un nuevo juicio. En este caso, además de rescindirse la sentencia definitiva quedarán sin efecto la actividad procesal contaminada por el fraude procesal.

En el evento de que la acción de revisión se acoja en virtud de la cuarta causal de la referida disposición, la Corte debiese rescindir la sentencia firme dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, superviviendo la primitiva sentencia firme, ordenar la eliminación de todos los efectos generados por la segunda sentencia[37], y ordenar una nueva vista de la causa para efectos que se dicte nueva sentencia ajustada a derecho[38].

## VI. La acción de revisión es autónoma respecto de la nulidad procesal

La unanimidad de la doctrina sostiene que el mal denominado recurso de revisión es un recurso de nulidad contra una sentencia firme o que es una vía a través de la cual se obtiene la declaración de nulidad procesal[39].

Consideramos que lo anterior es un error porque la acción de revisión no es de nulidad procesal sino de rescisión y, por tanto, la revisión es autónoma de la nulidad procesal.

[37] Esta será la situación de mayor ocurrencia, pues lo que se busca es la invalidación de la segunda sentencia y que la primera permanezca vigente, asegurando la inmutabilidad de la sentencia primitiva.

[38] CS. 2 de mayo de 2006, Rol N° 3284-2004 (considerando 10.°).

[39] La doctrina es unánime en sostener el objeto anulatorio de la acción de revisión. Entre otros, cfr. Romero (2021), p. 319; Orellana (2008), p. 191; Mosquera y Maturana (2010), p. 574; Casarino (2005), p. 217; Espinosa (1980), p. 261; Urrutia (1928), p. 162.

En nuestra opinión, si se considera la acción de revisión como una acción de nulidad, para que esta fuera procedente, debieran incluirse otros criterios de valoración que la ley no considera.

La regla general en nuestro ordenamiento procesal civil es que la nulidad no puede actuar sin que se evidencie un perjuicio por quien impetre su declaración. En caso de que afirmáramos que la revisión tiene carácter anulatorio o naturaleza anulatoria aquella debiese incluir, para su procedencia, la presencia de un menoscabo para quien la impetra, perjuicio que debiese entenderse de manera similar al que exigen los arts. 83, 768 inc. 3° y 772 n.° 2 del *CPC*.

Esta opinión podría justificarse en la causal tercera del art. 810 del *CPC*, que ubica como supuesto de revisión, que la sentencia firme se haya ganado *injustamente* en virtud de los actos ilícitos descritos en la disposición. En este contexto, podría afirmarse que el perjuicio está incorporado implícitamente en el resto de las causales de revisión, pues, para que la acción sea estimada, será necesario que la sentencia se construya sobre la base de documentos falsos, en falsos testimonios declarados por sentencia firme o en la omisión de una sentencia anterior con valor de cosa juzgada y que, de estas circunstancias, se genere un perjuicio para el demandante de revisión.

A nuestro entender esto no es así, por varias razones que pasaremos a exponer.

En primer lugar, en su correcta naturaleza jurídica, la revisión no es una acción de nulidad procesal y menos un recurso de nulidad procesal, sino que, por el contrario, es una acción rescisoria, constitutiva[40] que tiene por objeto impugnar[41] una sentencia firme. Asignar una naturaleza constitutiva a la acción de revisión significa que se trata de un procedimiento de impugnación autónomo que pretende cambiar o modificar un estado jurídico existente, lo cual solo se logrará si se estima o acoge la demanda.

En este contexto, los motivos de revisión no son supuestos o causales de nulidad procesal, sino que, por el contrario, se trata de circunstancias nuevas a la sentencia impugnada que eventualmente influyeron en el pronunciamiento de la decisión de fondo, lo que justifica rever la sentencia y, en su caso, volver a conocer el asunto, precisamente por ser causales de revisión. Estas diferencias no se percibían antes de la entrada en vigencia del *Código de Procedimiento Civil*, toda vez que la Ley Mariana de 1837 sobre recurso de nulidad incluía no solo causales que permitían impetrar el recurso de

[40] En este sentido Barona (1995), p. 233.

[41] En este sentido Montero y Flors (2005), p. 1139, sostienen: "la revisión no entra en la categoría de los recursos y constituye una pretensión impugnativa de la sentencia firme sobre una base fáctica nueva y diferente de la que fue tratada en el proceso anterior".

nulidad (actual recurso de casación en la forma), sino, también, causales que hoy son de revisión de sentencias firmes. Pero los legisladores fueron sabios y distinguieron las causales de casación en la forma de las causales de revisión.

En segundo lugar, los bienes jurídicos que protegen ambas instituciones son distintos[42]. La nulidad tiene por objeto proteger *in límine litis* los derechos y garantías de las partes, principios procesales e, incluso, ciertos presupuestos procesales que la ley considera relevantes de proteger. La acción de revisión, en cambio, tiene un fin distinto que se relaciona con atacar la posible injusticia de la decisión motivada por ciertas circunstancias externas al proceso que se revisa, expresamente dispuestas en la ley. La existencia de esas circunstancias son las "que hacen pensar que es posible que la sentencia sea injusta o errónea"[43].

En tercer lugar, debe existir un nexo causal entre los supuestos de revisión y la decisión adoptada por el juez[44]. La ley reconoce esta relación de causalidad en la configuración de las causales de revisión, pues no tiene sentido acoger la acción de revisión en todos aquellos casos en que el contenido de la sentencia dictada sobre la base de esos documentos falsos siga siendo el mismo en caso de no haberlos considerado. Esos documentos debieron ser fundamentales para decidir el caso, de lo contrario, no tendría objeto acoger la revisión.

Lo mismo ocurrirá en el evento de que algunos testigos que declararon en el juicio sean, posteriormente, condenados en sede penal por el delito de falso testimonio, sin embargo, la decisión adoptada por el juez en la sentencia que se trata de rever, no será alterada porque existen otros testigos válidos o porque se basa también en otras pruebas que permiten mantener la decisión primitiva.

Cuestión similar ocurre en caso de que se invoque el cohecho, la violencia o una maquinación fraudulenta, no obstante la sentencia que se pretende rever es ajustada a derecho.

---

[42] Este argumento también es expuesto por Hernández (1995), pp. 338-339, al indicar: "los bienes protegidos por los motivos de revisión y por la nulidad son esencialmente distintos. La nulidad protege el proceso de una manera *aséptica*, sin tomar en consideración la influencia *efectiva* que las infracciones tengan en la actividad de enjuiciamiento. En unos casos porque esa influencia no existe y en otros porque basta con que exista la *posibilidad* de que influyan o hayan influido, sin que sea necesario demostrar, como ocurre en la revisión, que entre la infracción y los pronunciamientos hay un nexo de causalidad".

[43] En este sentido, Montero (2011), t. ii, p. 495.

[44] Cfr. Vergé (1987), p. 161, quien sostiene que en relación con el recurso de revisión "[...] su finalidad no es la de reparar la nulidad procesal, sino la injusticia del fallo y por las causas y con los requisitos taxativamente determinados en la Ley. El que alguna de aquellas causas que lo posibilitan sea también una causa de nulidad procesal (violencia, fraude, etc.), no basta para dar lugar a la revisión; es preciso, además, que haya sido la causa determinante y exclusiva de la sentencia injusta".

Como se aprecia, en todos estos casos, no se configura la causal que hace procedente la estimación de la revisión porque no existe esa relación de causalidad entre el ilícito o el fraude y la injusticia de la decisión contenida en la sentencia[45].

Lo que exponemos es ratificado por el tenor literal del art. 810 del *CPC*, especialmente lo dispuesto en la parte final del n.º 2 "... declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia" y n.º 3 "[...] si la sentencia firme se ha ganado injustamente en virtud de [...]".

En cuarto lugar, es incongruente afirmar que las hipótesis de revisión son de nulidad procesal porque, si fuese efectivo, aquellos vicios habrían quedado convalidados de forma expresa, tácita, por preclusión, porque las partes actuaron de mala fe o en virtud de la cosa juzgada que adquirió la sentencia firme, por lo que sería imposible, en virtud de dichos límites, invocar los vicios o defectos ulteriormente porque habrían sido convalidados. Por lo demás, no es posible aseverar que las infracciones que motivan la revisión son hipótesis de nulidad porque equivaldría sostener que, en virtud de causales de nulidad, se puede alterar la cosa juzgada, desmoronándose toda la estructura del sistema anulatorio aplicable al proceso civil[46].

En quinto lugar, los vicios o circunstancias que justifican impetrar la revisión son ajenos al proceso, pues constituyen una novedad[47], ya que no han existido o no se han manifestado con anterioridad porque se desconocían. En efecto, tanto el juez como las partes, al momento en que se resuelve la controversia, no conocían esas circunstancias fraudulentas o la existencia

[45] Esto es lo que Calvo (1977), pp. 71-72 denomina como el carácter decisivo de la causal de revisión, es decir, que exista un "[...] nexo causal entre el motivo alegado y la sentencia que se trata de revisar, de tal manera que ésta haya sido inmediata consecuencia de aquel". En este mismo sentido Sigüenza (2007), p. 53.

[46] Una comparación entre la revisión y la casación la exponen Toro y Echeverría (1902), p. 761, quienes señala: "este recurso está sobre la casación, por cuanto la revisión puede versar acerca de un pleito que no contenga ningún vicio de nulidad, i puede deducirse aun cuando no se haya ocurrido al primer remedio, mientras que éste jamás podrá ser empleado contra la sentencia dada en revisión.- La casación tiende a dar unidad a la interpretación de las leyes para que sean igualmente aplicadas a todos los ciudadanos siempre que ocurran los mismos casos; la revisión solo mira al interés individual que haya en un determinado asunto, sin que lo decidido en ella sirva más tarde de norma para dificultades semejantes; de consiguiente, aquélla es de interés público, i ésta, en lo civil, de interés privado.- Contra lo ya ejecutoriado, no procede la casación, en tanto que la revisión debe su oportunidad a que estén firmes las sentencias injustas; aquélla trata de impedir que la ley sea falseada i que se consuma la injusticia; ésta supone siempre la injusticia del fallo i trata de remediarla cuando ya está producida, cualquiera sea la instancia en que haya ocurrido i el tribunal que lo hubiese dictado".

[47] Sobre este aspecto cfr. Calvo (1977), pp. 72-73; Andrés (2005), p. 489; Barona (1995), p. 238.

de una sentencia firme dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada. En efecto, estas circunstancias mencionadas solo se conocerán cuando se obtenga una sentencia firme que declare la falsedad de ciertos documentos o que los testigos que depusieron en el proceso fueron condenados por falso testimonio o que existieron actuaciones ilícitas de las que no se tuvo conocimiento durante el transcurso del proceso o finalmente, que se pronunció una sentencia firme contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada.

En consecuencia, se trata de motivos que por lo general son constitutivos de fraude procesal, desconocidos durante el enjuiciamiento, los que se configurarán solo en virtud de una sentencia definitiva firme que los declare. En palabras de Andrés Ciurana:

> "los hechos y las conductas que motivan la revisión no han de constar en autos o deducirse de ellos y no han de ser conocidos por la parte que pide la rescisión de la sentencia. Esta característica de la novedad es la que convierte un determinado vicio, que, de ser conocido durante la pendencia del proceso, constituiría una infracción invalidante, en motivo de revisión si se descubre tras la firmeza de la sentencia y tiene incidencia en la resolución"[48].

En sexto lugar, la circunstancia de que el art. 815 del *CPC* aluda a la expresión verbal 'anulará' y que haga referencia al estado del proceso en relación con la extensión de la nulidad, no quiere decir que la revisión sea una acción de nulidad procesal como la acostumbramos a estudiar (nulidad procesal en materia incidental o en el recurso de casación en la forma), sino que, por el contrario, tales referencias se hacen con el fin de que no haya duda que la sentencia firme será *rescindida*, es decir, que ya no producirá efectos[49].

En consecuencia, por las razones esgrimidas consideramos que la revisión civil es una forma en que se obtiene la ineficacia de una sentencia que eventualmente puede ser injusta, pero no se trata de un proceso de nulidad, sino que es algo distinto, una pretensión autónoma y excepcional, de carácter constitutiva, cuyo fin es rescindir una sentencia pasada en autoridad de

[48] Andrés (2005), p. 489.

[49] Pareciera que la ley debió aludir a la rescisión de la sentencia firme en vez de utilizar la palabra 'anulará', pues la rescisión de la sentencia y en su caso del procedimiento quiere decir "acción y efecto de rescindir" y "rescindir" significa "dejar sin efecto [..]". Cfr. las voces 'rescisión' y 'rescindir' en el *Diccionario de la lengua española*, en www.rae.es [fecha de consulta: 11 de mayo de 2019]. En este mismo sentido, Toro y Echeverría (1902), p. 768, sostienen: "Aun cuando la Corte, a diferencia de la casación, puede anular en todo o parte el fallo revisado, creemos que no decidirá en definitiva el pleito, como sucede en dicho recurso en la forma, sino que se limitará a *rescindir* la sentencia que estaba firme, o sea, desatándola total o parcialmente" (la cursiva es nuestra).

cosa juzgada, fundada en el fraude procesal o en la vulneración de la cosa juzgada.

## Conclusiones

1. La acción de revisión civil no tiene naturaleza declarativa porque lo que busca es rescindir o dejar sin efecto una sentencia firme, por lo que consideramos más acertado calificarla como una acción de naturaleza constitutiva.
2. La objeto o propósito de la declaración de nulidad procesal es diferente del propósito que persigue la revisión civil. En efecto, la nulidad tiene por objeto proteger *in límine litis* los derechos y garantías de las partes, principios procesales e, incluso, ciertos presupuestos procesales que la ley considera relevantes de proteger. La acción de revisión, en cambio, tiene un fin distinto, que se relaciona con atacar la posible injusticia de la decisión motivada por ciertas circunstancias externas al proceso que se revisa, expresamente dispuestas en la ley.
3. La acción de revisión no es una acción de nulidad procesal, porque si lo fuera los vicios o circunstancias que permiten impetrar la revisión habrían quedado convalidados de forma expresa, tácita, por preclusión, porque las partes actuaron de mala fe o en virtud de la cosa juzgada que adquirió la sentencia firme.
4. La circunstancia que el art. 815 del *CPC* aluda a la expresión verbal 'anulará' y que haga referencia al estado del proceso en relación con la extensión de la nulidad, no quiere decir que la revisión sea una acción de nulidad procesal como la acostumbramos a estudiar (nulidad procesal en materia incidental o en el recurso de casación en la forma). En efecto, si bien la referencia a la *nulidad* no es la más acertada, debe entenderse que en el evento de que la acción de revisión sea acogida el efecto generado es que la sentencia firme será *rescindida*.
5. El hecho de que el legislador de 1902 haya distinguido las causales de casación en la forma de las de revisión (la Ley Mariana de 1837 sobre recurso de nulidad no distinguía las causales), constituye un paso importante y significativo para afirmar que el efecto generado por la estimación de la revisión civil es diferente al que genera una declaración de nulidad procesal.

## Bibliografía

Andrés Ciurana, Baldomero (2005). *La invalidez de las actuaciones en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Barona Vilar, Silvia (1995). "El juicio de revisión", en *Efectos jurídicos del proceso (Cosa juzgada, costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, vol. xxv.

Bordalí Salamanca, Andrés (2019). "Recurso de revisión", en Andrés Bordalí, Gonzalo Cortez, Diego Palomo (dirs.). *Proceso civil. Los recursos y otros medios de impugnación*. 2ª ed. Santiago: Thomson Reuters.

Casarino Viterbo, Mario (2005). *Manual de derecho procesal civil*. 6ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. iv.

Couture, Eduardo (1998). "Revocación de los actos procesales fraudulentos". *Estudios de Derecho Procesal Civil*. 3ª ed. Buenos Aires: Edit. Depalma, t. iii.

Calvo Sánchez, María del Carmen (1977). *La revisión civil*. Madrid: Edit. Montecorvo S.A.

Dougnac Rodríguez, Antonio (1996). "La cosa juzgada en el derecho procesal del Reino de Chile". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, t. xviii.

Espinosa Solís de Ovando, Alejandro (1980). *De los recursos procesales en el código de procedimiento civil*. 5ª ed. Santiago: Distribuidora Universitaria Chilena Ltda.

Hernández Galilea, Jesús Miguel (1995). *La nueva regulación de la nulidad procesal*. Oviedo: Edit. Forum.

Montero Aroca, Juan y José Flors Matíes (2005). *Tratado de recursos en el proceso civil*. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch.

Montero Aroca, Juan (coord.) (2011). *Derecho jurisdiccional*. 19ª ed. Valencia. Edit. Tirant lo Blanch.

Mosquera Ruiz, Mario, Cristián Maturana Miquel (2010). *Los recursos procesales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Nuñez Ojeda, Raúl, Álvaro Pérez Ragone (2015). *Manual de derecho procesal civil. Los medios de impugnación*. Santiago: Thomson Reuters/La Ley.

Orellana Torres, Fernando (2008). *Manual de derecho procesal*. 3ª ed. Santiago: Edit. Librotecnia, t. iv.

Ortells Ramos, Manuel (2007). *Derecho procesal civil*. 7ª ed. Navarra: Edit. Thomson-Aranzadi.

Pacheco Valderrama, Christian A. (1998). *El fraude procesal*. Santiago: Ediciones Jurídicas Congreso.

Ramos Méndez, Francisco (1992). *Derecho procesal civil*. 5ª ed. Barcelona: Edit. J.Mª. Bosch, t. ii.

Romero Seguel, Alejandro (2002). *La cosa juzgada en el proceso civil chileno.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Romero Seguel, Alejandro (2014). *Curso de derecho procesal civil. La acción y la protección de los derechos.* Santiago: Thomson Reuters/La Ley, t. I.

Romero Seguel, Alejandro (2021). *Curso de derecho procesal civil. Los medios de impugnación*. Santiago: Thomson Reuters, t. V.

Sigüenza López, Julio (2007). *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*. Pamplona: Edit. Thomson/Aranzadi.

Toro Melo, David, Aníbal Echeverría i Reyes (1902). *Código de procedimiento civil anotado*. Santiago: Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona.

Urrutia Salas, Manuel (1928). *Nulidades procesales.* Santiago: Imprenta y encuadernación Víctor Silva.

Vásquez Iruzubieta, Carlos (2001). *Tratado de los recursos jurisdiccionales.* Madrid: Edit. Edisofer.

Vergé Grau, Joan (1987). *La nulidad de actuaciones*. Barcelona: Edit. Librería Bosch.

## *Jurisprudencia*

Corte Suprema, 10 de noviembre de 2010, rol n.° 5435-2010.

Corte Suprema, 12 de marzo de 1964, *RDJ.*, t. LXI, sec. 1ª.

Corte Suprema, 12 de noviembre de 1952, *RDJ.*, t. XLIX.

Corte Suprema, 12 de septiembre de 1989, *RDJ.*, t. LXXXVI, sec. 3ª.

Corte Suprema, 14 de abril de 1994, rol n.° 18564.

Corte Suprema, 2 de agosto de 2005, *RDJ.*, t. CII, sec. 1ª.

Corte Suprema, 2 de mayo de 2006, rol n.° 3284-2004.

Corte Suprema, 23 de diciembre de 1959, *RDJ.*, t. LVI, sec. 1ª.

Corte Suprema, 23 de marzo de 1966, *RDJ.*, t. LXIII, sec. 1ª.

Corte Suprema, 26 de marzo de 2001, rol n.° 1697-1996.

Corte Suprema, 4 de abril de 2001, rol n.° 3475-2000.

Corte Suprema, 7 de junio de 1982, *RDJ.*, t. LXXIX, sec. 3ª.

# ¿PUEDEN LAS EXCEPCIONES CONVERTIRSE O EJERCERSE, DERECHAMENTE, COMO ACCIONES? UNA NUEVA FORMA DE MIRAR A LOS SUJETOS PROCESALES (BAJO LA PANDEMIA COVID 19)

# CAN EXCEPTIONS BE CONVERTED OR EXERCISED, DIRECTLY, AS ACTIONS? A NEW WAY OF LOOKING AT LITIGANTS (UNDER THE COVID 19 PANDEMIC)

*Raúl San Martín Rodríguez*[*]

Resumen: El presente artículo analiza las posibilidades que tiene el futuro demandado en orden a anticipar una defensa activa mediante el ejercicio de la acción, en calidad de demandante.

Palabras clave: Acción, excepción, sujetos procesales, juicio, defensa, declaración de mera certeza, juicio ordinario, juicios especiales.

Abstract: This article analyzes the possibilities that the future defendant has in order to anticipate an active defense through the exercise of the action, as plaintiff.

Keywords: Action, Exception, Procedural Subjects, Trial, Defense, Declaration of Mere Certainty, Ordinary Trial, Special Trials.

[*] Magíster en Derecho y Diplomado en Derecho Procesal Penal y Literatura. Profesor de Derecho Procesal Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: rsanmartin@udd.cl

## I. Cuestiones previas

### *A. La mirada "dialéctica" del proceso y sus efectos*

En doctrina procesal tradicional, se sostiene que la excepción es una de las maneras a través de la cuales el demandado puede responder ante el ejercicio de la acción.

En términos generales, a su vez, las excepciones pueden ser clasificadas en dilatorias o perentorias, atendido el objetivo que persiguen. Las primeras, buscan corregir el procedimiento y enderezar el mismo, y las segundas, persiguen destruir el fondo de la acción interpuesta. A su turno, las perentorias pueden ser fundadas en hechos extintivos, impeditivos o constitutivos, dependiendo del objetivo que persigan ante la acción. También, en el proceso penal existen las denominadas "excepciones de previo y especial pronunciamiento", las que, en rigor, apuntan a defectos relativos a la procesabilidad de la acción penal y de la acusación como, asimismo, a la falta de legitimación para detentar la acusación o proceder criminalmente[1].

Ahora si miramos entonces la posición que asume el sujeto pasivo de la relación jurídico-procesal, es decir, aquella persona natural o jurídica que es destinataria de la pretensión del contendor en un asunto controvertido, ¿puede el fundamento jurídico y fáctico de la excepción que servirá de base para su pretensión ser empleado en una demanda? En otros términos, ¿puede el demandado o quien lo será próximamente, interponer una demanda que se sostenga en hechos que estarán vinculados con el fundamento de su pretensión?

Lo cierto es que el sistema procesal occidental, y en particular el chileno, está construido bajo lo que podemos denominar una estructura hegeliana, es decir, sobre la base de la dialéctica[2], batalla jurídica en la cual se confrontan la tesis del demandante versus la antítesis del demandado. El tribunal, lo que hará entonces, es sintetizar dichos razonamientos en la resolución del conflicto a través de la dictación de la sentencia definitiva (luego de valorar la prueba producida).

Entonces, ¿cómo puede ser que el demandado, ahora, se transforme en demandante? Sobre el particular, existen varios ejemplos en nuestra ley dentro del proceso, a saber:

---

[1] Arts. 303, 304, 309, 310 y 464 del *Código de Procedimiento Civil*, y art. 264 del *Código Procesal Penal*.

[2] En la tradición hegeliana, proceso de transformación en el que dos opuestos, tesis y antítesis, se resuelven en una forma superior o síntesis. Diccionario de lengia espñola, en https://dle.rae.es/dialéctico [fecha de consulta: Septiembre de 2021].

1. La demanda reconvencional[3]

La ley dispone que el demandado puede contrademandar al actor, siempre que la acción que se ejerza por éste último reúna determinados requisitos: que sean las mismas partes, y que el procedimiento sea el mismo al cual se encuentra sujeto la acción principal, independientemente de la cuantía. Es del caso que muchas veces dicha contra demanda se soporta en los mismos hechos que sirven de base a la excepción como, por ejemplo, en el caso de la compensación, pasando la misma a ser ahora una demanda por cobro de pesos (respecto del saldo insoluto).

2. La reserva de las excepciones en el juicio ejecutivo[4]

En este caso, se permite que el ejecutado pueda contrademandar al ejecutante siempre y cuando no se ataque los presupuestos de la esencia del acto jurídico que sirve de base a la ejecución, pero, desde luego, nace nuevamente a propósito de los hechos que le sirven de base a las excepciones planteadas en el juicio ejecutivo.

3. La demanda que nace de las causales de impugnación de un instrumento

Dependiendo de la naturaleza jurídica del instrumento, se puede emplear por vía principal el ejercicio de acciones de nulidad (absoluta o relativa), inoponibilidad, simulación e, incluso, de falsedad. A este respecto, entonces, se reitera la idea de que la base fáctica de la objeción u oposición como mecanismo de defensa, será el mismo a emplear en la nueva demanda o, incluso, mediante el ejercicio de una acción criminal.

*B. Alejamiento de la dialéctica hegeliana*

A partir de estos casos reconocidos en nuestro *Código*, entonces, podemos concluir que el legislador no le prohíbe al demandado ejercer una pretensión posterior nacida del mismo proceso donde detenta la calidad de demandado, la cual muchas veces tiene como origen su propia excepción.

Dicho lo anterior, entonces, corresponde analizar si la excepción como tal, esto es, la excepción perentoria, puede ser empleada derechamente como acción en otro juicio diverso, y a iniciativa exclusiva del deudor, supuesto obligado o, derechamente, del destinatario de esa futura o ya radicada pretensión. Las hipótesis que podemos formular, serían las siguientes:

[3] Art. 314 y siguientes del *Código de Procedimiento Civil*.

[4] Arts. 473 y 478 del *Código de Procedimiento Civil*.

a) Si miramos las excepciones desde el punto de vista contractual, en términos generales, estas se traducen en *mecanismos de extinción total o parcial de las obligaciones*, y en materia civil estarían reservadas bajo el art. 1567 del *Código Civil*, además de lo que se trata con motivo de la prescripción extintiva y adquisitiva en el art. 2492 y siguientes de tal cuerpo sustantivo, salvo aquellos casos donde las defensas se encuentran restringidas como fluye de la letra de los arts. 234 y 464 del *Código de Procedimiento Civil*.
b) Sin embargo, también pueden ser empleadas como *causales de impugnación o destrucción de la acción* bajo lo que en doctrina se denomina sanciones civiles por infracción a la conformación de determinados elementos de la esencia, existencia o validez del acto jurídico, como lo son las nulidades absolutas y relativas, las inoponibilidades, la simulación en cualquier de sus modalidades, la lesión enorme, etc. Estas, si bien son causales que atacan al documento dentro del plazo de la citación de los arts. 69, 342, o del art. 346 número 3 del *Código de Procedimiento Civil*, podrán suponer la existencia de dicho juicio paralelo o posterior.
c) Igualmente, podrían ser ejercidas *a objeto de modificar o suspender el cumplimiento obligacional a causa de un cambio sustancial de circunstancias*, tal como lo reconoce la actual legislación francesa, según la modificación que experimentó el *Código Civil* el año 2016 según ha expuesto Hernán Corral Talciani[5], lo que debe ser relacionado con la

[5] "Los dos terremotos y sus múltiples réplicas que han tenido lugar en el norte del país nos llevan a reflexionar sobre el concepto legal de fuerza mayor o caso fortuito. Nuestro Código Civil, entre sus muchas originalidades, contiene una definición expresa al respecto, junto con ofrecer varios ejemplos que ayudan a aplicar el concepto. El texto dice así: 'Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.' " (art. 45).

Como se observa, la ocurrencia de un terremoto es considerado por nuestro *Código* como un posible caso fortuito o fuerza mayor. Curiosamente las fuentes históricas en las que se inspiró la norma no mencionan este tipo de catástrofe natural. La regla proviene de un pasaje del jurista romano Gayo que decía que un caso mayor (*maoir casus*) es "aquel que la humana debilidad no puede resistir, como un incendio, ruina o naufragio" (*Digesto* 44. 7. 1. 4). Las *Siete Partidas* definían el *casus fortuitus* como "ocasión que acaesce por ventura, de que non se puede ante ver", a lo que agregaba: "E son estos: derribamiento de casas, luego que se enciende a so ora, e quebrantamiento de navio, fuerça de ladrones, o de enemigos" (P. 7. 33. 11). Todo esta tradición se vierte en el *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Joaquín Escriche que, al parecer, fue la fuente directa de que se valió Andrés Bello para redactar el art. 45 de nuestro *Código*. Joaquín Escriche dice que caso fortuito es "el suceso inopinado, o la fuerza mayor que no se puede prever ni resistir"; luego pone los siguientes ejemplos: "inundaciones, torrentes, naufragios, incendios, rayos, violencias, sediciones populares, ruinas

manera en la cual el caso fortuito y la fuerza mayor han sido consideradas por el legislador en el *Código* francés a contar de esa fecha[6].

---

de edificios, causadas por alguna desgracia imprevista, y otros acontecimientos semejantes". Nada se dice sobre los sismos mayores o terremotos.

La norma del art. 45, tal como la conocemos, no estuvo en los primeros proyectos de *Código Civil*. Apareció recién en el llamado "Proyecto Inédito", que fue producto del primer examen que hizo la Comisión revisora del Proyecto de 1853. Ello no excluye que haya sido el mismo Andrés Bello quien, como integrante de la Comisión, la hubiera redactado sobre la base de los antecedentes históricos que hemos mencionado. Pero ¿por qué se agregó "terremoto" al listado de ejemplos, siendo que no aparecía en las fuentes tenidas a la vista?

Lo más probable es que se haya tenido en cuenta que Chile era un país que, por su ubicación geográfica, estaba constantemente expuesto a este tipo de calamidades. El primer sismo fuerte del que se tiene registro es uno ocurrido a las 9:00 horas del día 8 de febrero de 1570. Durante la época indiana, los peores terremotos ocurrieron el 13 de mayo de 1647 y el 25 de mayo de 1751. En los años anteriores a la redacción y aprobación del *Código Civil*, había tenido lugar, en la zona central, el terremoto del 19 de noviembre de 1822, y en Concepción, el de 20 de febrero de 1835. Otros sismos de gran intensidad ocurrieron también en 1837, 1847, 1849, 1850 y 1851.

Andrés Bello, arribado a Chile 1829, a la época de redacción del *Código Civil* ya habría experimentado directamente al menos cinco sismos de gran magnitud. Téngase en cuenta que en la Comisión Revisora estaba también el jurista argentino Gabriel Ocampo, que había llegado al territorio nacional antes que Andrés Bello en 1819 y habrá visto las consecuencias del terremoto de 1822 (de 8,5 en la escala Richter). Este sismo, y sus numerosas réplicas, ha quedado registrado para la posteridad en la obra de Mary Graham, *Diario de se residencia en Chile* (1882) y de su viaje al Brasil (1823).

¿Sería esta experiencia la que llevó a incluir en la regla del Proyecto Inédito entre los ejemplos de fuerza mayor o caso fortuito a los terremotos? No lo sabemos, pero todo indica que ha de haber influido.

En cualquier caso, justamente por tratarse de un país sísmico, tanto la doctrina como la jurisprudencia han indicado que no basta que exista un terremoto para que pueda alegarse caso fortuito para excluir la responsabilidad civil, *sea contractual o extracontractual*. Para serlo el sismo debe cumplir, dadas las circunstancias geográficas y geológicas de nuestro país y la naturaleza de las obligaciones incumplidas, los requisitos generales de la definición del art. 45 del *Código Civil*, *esto es, debe ser imprevisible e irresistible*. https://corraltalciani.wordpress.com/tag/art-45-del-codigo-civil/ [fecha de consulta: Septiembre de 2021].

[6] "El contrato se impone a los partes. El antiguo artículo 1134 ha devenido en el artículo 1103 que señala: 'los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley para quienes los celebran'. Los contratantes tienen que ejecutar el contrato como fue pactado. Es el principio de la fuerza obligatoria de los contratos que es inspirado en la teoría de la autonomía de la voluntad. Este principio no lleva dificultades en un periodo de estabilidad económica, como era en Francia en 1804. Pero puede conllevar desfavorables consecuencias en una sociedad globalizada, sometida a constantes trastornos económicos. De una manera concreta, se plantea la siguiente pregunta: ¿sabe el juez si puede modificar un contrato en el caso de un cambio de circunstancias económicas que trastorna el equilibrio de las prestaciones queridas inicialmente por las partes?

Ningún artículo del Código Civil de 1804 respondía de forma especifica a esta pregunta. La Corte de Casación no quería permitir al juez la revisión de los contratos. Bajo el fundamento jurídico de la seguridad en las relaciones jurídicas, la Corte de Casación tenía temor a que la

revisión implicara un restablecimiento. El contratante, al ver su deuda aumentada después de la revisión, podría cuestionar la revisión en su provecho en los casos en los cuales sea el acreedor. Además, se ha observado que en la tradición francesa hay una desconfianza en el juez. La Corte de Casación no deseaba que el juez intervenga en el equilibrio del contrato, pues este concierne solo a las partes y no al juez. Asimismo, se consideraba tradicionalmente que el juez no tiene las competencias económicas para restablecer el equilibrio de las prestaciones.

Este rigor parecía criticable debido a que se multiplican los contratos a largo plazo y las circunstancias económicas cada día eran más inestables. Era también criticable porque la mayoría de los países europeos y otros países del mundo permiten hoy al juez restablecer el equilibrio de un contrato trastornado por las circunstancias económicas. Para remediar estos inconvenientes, las partes pueden estipular una cláusula de negociación una cláusula de hardship, la cual es frecuente en los contratos mercantiles internacionales. Esta cláusula obliga a las partes a negociar nuevamente las prestaciones en los casos de trastorno de circunstancias económicas que producen un desequilibrio contractual. Pero ello no puede aplicarse sin que las partes lo estipulen. Para remediar estas dificultades, la Corte de Casación recientemente ha propuesto que la obligación de ejecutar el contrato de buena fe implica la obligación de negociar de nuevo en el caso de que se produzca un desequilibrio por modificación de las circunstancias; sin embargo, la doctrina se encuentra dividida por la interpretación de esta decisión.

La reforma rompe con la tradición jurídica francesa, permitiendo al juez la revisión del contrato en casos de desequilibrio de acuerdo al artículo 1195.

El texto expone, en primer lugar, las dos condiciones en las cuales se aplica. *La primera es frente a un cambio de circunstancias imprevisibles en el momento de la suscripción del contrato*. Las palabras parecen ser las adecuadas. Sin embargo, limitar la aplicación del texto únicamente al cambio de circunstancias económicas sería una visión reduccionista. Además, el cambio de circunstancias no debe existir al momento de la suscripción del contrato, sino que constituye un problema en la formación del contrato, en particular, un vicio del que adolece el consentimiento o un problema de lesión. En ese sentido, *este cambio de circunstancias no debe ser previsible*, sino que las partes tenían que integrarlo al momento de la suscripción del contrato. *La segunda condición exige que este cambio de circunstancias constituya la ejecución 'excesivamente onerosa"*. Este criterio, que se encuentra en numerosos textos de los países que reconocen la imprevisión en el mundo, parece ser un compromiso adecuado entre la ejecución, *que es simplemente más difícil o más onerosa, en la que el deudor no puede evitar sin amenazar la seguridad de las relaciones jurídicas, y la ejecución imposible que debe ser apreciada con el concepto de fuerza mayor.*

Si estas dos condiciones se cumplen, la parte que es considerada víctima del desequilibrio puede solicitar negociar nuevamente con su contraparte. Parece una solución conveniente dar a los contratantes el poder para adaptar el contrato en un primer momento. El texto manifiesta que durante las negociaciones la parte que ha solicitado el pedido tiene que continuar la ejecución de sus obligaciones. El texto no señala nada más a propósito del desarrollo de esas negociaciones. Pienso que se aplica el principio general de ejecución de buena fe. Si una de las partes negocia sin la voluntad de suscribir un nuevo contrato, podría ser considerada como de mala fe y ser condenada a pagar daños a la otra parte. En caso de rechazo o de fracaso de la nueva negociación, las partes pueden pedir de común acuerdo al juez que adapte el contrato. Esta me parece la innovación más importante porque permite al juez restablecer el equilibrio contractual. Pero se necesita observar que limita esta posibilidad porque el juez tiene que ser acudido por las dos partes. En la práctica, se observa que, difícilmente, la parte que se beneficia del desequilibrio sea quien esté de acuerdo en solicitar la adaptación del contrato al juez,

d) Desde la perspectiva de la *responsabilidad civil extracontractual, la defensa del sujeto pasivo será siempre la concurrencia de falta de uno de los elementos para configurarla, o derechamente, una causal de exención de responsabilidad*[7].

e) En los *cuasi contratos*, a su vez, se referirá a si el hecho puede ser generador de responsabilidad a partir de la agencia oficiosa o de la *actio in rem verso* (enriquecimiento sin causa), dependiendo de la utilidad generada para el beneficiado y su posterior ratificación[8].

### C. *¿El infinito margen de las excepciones avizora infinitas acciones?*

Como tercera cuestión, debemos sostener que existen tantas excepciones como acciones puedan ser presentadas, sea por defectos en la configuración del acto jurídico u otros elementos que lo degeneren en otro distinto, sin que pueda producir sus plenos efectos o, bien, a propósito de los fundamentos fácticos o jurídicos de la acción, lo que, a juicio del contendor, la hagan deficiente y, por tanto, no pueda prosperar jurídicamente.

En tal caso, las excepciones serían infinitas. E, incluso más, la defensa que aparentemente es formal a dicha acción, podrá devenir posteriormente en una de fondo por existir vicios profundos en la relación jurídico-procesal, dando paso a excepciones que ataquen a los sujetos (demandante o demandado) y al propio tribunal o a sus resoluciones (incompetencia, falta de jurisdicción e incluso nulidad de derecho público).

Pero, ¿esta constatación puede dar paso, entonces, a que exista igualmente una posibilidad infinita para ejercer acciones como se viene señalando?

O dicho de otra manera, en todos estos casos, ¿qué requisitos deberán cumplirse para que los fundamentos de tales excepciones puedan después servir de base para ser ejercidas como acciones?

---

pues la adaptación sería contraria a sus intereses. Por ello, en caso de falta de acuerdo de las partes, una de estas puede pedir al juez la resolución del contrato o su adaptación. A propósito de este poder de adaptación acudido al juez, se puede deplorar que no sea marcado por un estándar. Este estándar podría ser objetivo como, por ejemplo, la equidad o la razonabilidad, como, también, subjetivo como las esperanzas legitimas de las partes.

En conclusión, se puede apreciar que la ordenanza es un texto moderno que integra diversas influencias extranjeras, sobre todo europeas, lo cual permite adaptar nuestro derecho de los contratos a las realidades económicas y sociales del siglo XXI". *El nuevo derecho francés de los contratos - The new french law on contract* Rémy Cabrillac* Universidad de Montpellier Miembro del Consejo Editorial de THEMIS-Revista de Derecho, pp. 59-66.

[7] Art. 2314 y siguientes del *Código Civil*.

[8] Art. 2284 y siguientes del *Código Civil*.

Por último, ¿existen o existirán límites a este respecto?

A mi parecer, y como una primera aproximación, los requisitos que deben cumplirse para que podamos sostener una acción que nazca de los fundamentos fácticos y jurídicos de una excepción, son los siguientes:

a) Debe tratarse de un juicio declarativo, independiente del procedimiento empleado

En efecto, en estos casos el fundamento de las excepciones que se ejerzan como acciones deben ajustarse a esta clase de procesos para que el tribunal, en la sentencia, declare la existencia o inexistencia del derecho.

Este aspecto, muy relevante, emerge desde el prisma clásico de la obligación entendida como un derecho de carácter correlativo que detenta exclusivamente el acreedor o demandante en el caso de incumplimiento, cuestión que se invierte al transformar el soporte mismo de la excepción en otro derecho igualmente correlativo. En el ámbito contractual, su máxima expresión se encuentra en el art. 1552 del *Código Civil*, no obstante de los demás elementos subjetivos de la obligación, relativos a la culpa y al dolo –arts. 1558 y 1547 del *Código Civil*. Sobre el particular, y a propósito de la pandemia Covid 19, Iñigo De La Maza Gazmuri y Álvaro Vidal Olivares ya se han pronunciado afirmativamente a este respecto[9].

b) Deben tener por finalidad que el tribunal se pronuncie acerca de los presupuestos de existencia o validez de la obligación

De lo anterior se colige que toda sanción civil de carácter sustantiva, puede ser ejercida como acción, sea como acción de nulidad absoluta o relativa, inoponibilidad, vicios redhibitorios, simulación, acción pauliana, acción resolutoria, etcétera.

c) Deben tener por finalidad que el tribunal se pronuncie acerca de los presupuestos de existencia o validez del proceso

Lo mismo puede ocurrir en relación con los presupuestos de existencia o validez del proceso, de manera tal que el tribunal que conozca de la demanda pueda pronunciarse a este respecto. Sobre el particular, pueden suscitarse problemas tanto con la competencia como, asimismo, el procedimiento y la prescripción, según expondremos más adelante.

[9] *Contrato y caso fortuito. Irresistibilidad y consecuencias*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanc, 2020, pp. 179-181.

d) Deben tener por objeto denunciar una violación a la *Garantía del Debido Proceso*

Asimismo, cualquier infracción a la Garantía del Debido Proceso puede ser ejercida como acción, en un juicio de lato conocimiento, por expreso mandato constitucional a partir de los arts. 6 y 7 de la Carta en relación con el art 19 número 3 inciso 6.°. Sobre el particular, la judicatura ordinaria presentaría dificultades en el ámbito civil para hacer valer estas acciones, tanto por lo dispuesto en el inciso segundo del art. 38 de la Constitución como asimismo por cuanto los tribunales han sido reacios a declarar judicialmente dichas conculcaciones. De preferencia, hoy las acciones son interpuestas ante la judicatura internacional de derechos humanos[10].

e) Deben tener por objetivo denunciar cualquier afección o vulneración a cualquier elemento del acto jurídic.

Por último, todos los casos donde se afecte cualquier elemento del acto jurídico, permitirá el ejercicio de la excepción como acción, incluso aquellos que se refieran a los elementos puramente accidentales como la condición, plazo o modo.

A partir de lo expuesto, surgen algunas interrogantes:

- ¿Qué ocurrirá con los procesos que se encuentren pendientes?
- ¿Cuál será el destino de la acci**ón** primitiva pendiente el proceso en el cual el "demandado", y ahora demandante, era o iba a ser sujeto pasivo?

Mientras no se zanje en el proceso civil declarativo el destino de la acción que ahora se interpone,

- ¿podrá avanzarse en el otro proceso donde se iba a plantear la defensa?
- ¿Procedente la *litis* pendencia en el nuevo proceso iniciado de esta manera?
- ¿Es procedente la acumulación de autos?
- ¿Puede concurrir la triple identidad?

Antes de responder a estas preguntas, debemos dilucidar las reglas que tanto el constituyente como el legislador han previsto para poder ejercer la excepción como acción, lo que nos lleva necesariamente al análisis de la manera en que las normas y garantías de un debido proceso inciden en este ámbito.

[10] Sea como definición amplia e indefinida como lo plantea el constituyente de 1980 en tal inciso o, bien, a partir de los tratados internacionales, en especial la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de San José de Costa Rica.

## II. El debido proceso frente al ejercicio de la excepción como acción

Previo al análisis en profundidad de las condiciones o requisitos que deben cumplirse para que las excepciones puedan ser ejercidas como acciones, creo necesario traer a colación la incidencia que a este respecto representa la Garantía del Debido Proceso, dada la relevancia que esta materia importa para las partes en un juicio, sea presente o futuro.

El debido proceso, o *due process of law*[11], puede ser definido como:

> "La garantía constitucional en virtud de la cual las partes deben ser juzgadas ante un Tribunal que ejerza jurisdicción que les permitan acceder a la justicia y obtener una tutela judicial efectiva de manera imparcial e independiente, asegurando que la sentencia que resuelva el conflicto lo hará mediante el análisis exhaustivo tanto del derecho aplicable en la especie, como de las pruebas que sean rendidas dentro de este, todo dotado con autoridad y eficacia de cosa juzgada".

La Constitución de 1980 lo define en términos de que:

> "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

El constituyente de 1980 no se hizo cargo de los derechos que emergen tradicionalmente de la Garantía del Debido Proceso, y mucho menos formuló una definición en el carácter de derecho fundamental, pese a que hoy tampoco existe consenso en relación con cuáles deben ser esos derechos y sus límites. Por el contrario, ha sido tanto la jurisprudencia constitucional como la de nuestros tribunales de justicia en complemento con la doctrina, quienes se han encargado de delimitar dichos derechos, dentro de los cuales se encuentran: el derecho a la defensa, el derecho a acceder a la justicia y a la tutela judicial efectiva, el derecho a la igualdad –en el juzgamiento, en la igualdad de armas y en el derecho a la prueba– el derecho a obtener una sentencia por parte de un tribunal independiente e imparcial, el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, el derecho a ser juzgado por un juez natural, etc. A su turno, a partir del art. 1 y siguientes de la Ley n.º 21226, el

[11] El debido proceso encuentra su génesis en el derecho anglosajón, siendo posteriormente importado por diversos países, constituyéndose, hoy, en un pilar esencial en el ejercicio de la jurisdicción.

legislador ha señalado algunos derechos que forma parte del continente del debido proceso, como lo son el derecho a la igualdad de armas, el derecho la bilateralidad de la audiencia, derecho a probar, a recurrir, etcétera.

Contar, entonces, con un continente de derechos propios de la garantía del debido proceso resulta muy importante para nuestro tema u objeto de estudio. En efecto, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva supone que el tribunal, dentro de su competencia, debe conocer de todas las pretensiones que las partes deduzcan en juicio.

Dentro de ese orden de ideas, el derecho a la defensa no solo puede ser mirado bajo el prisma exclusivo del demandado o del sujeto pasivo de la acción como si este fuera un derecho que le corresponde exclusivamente a aquel bajo esa única posición, sino que también como un derecho inherente a cualquier parte dentro del juicio –incluso los terceros relativos–. De esta manera, entonces, el derecho a la defensa supone que el legislador debe garantizar que al demandado se le permita también ejercer una o más acciones contra del demandante principal dentro del mismo u otro proceso jurisdiccional, simultáneo o posterior, siempre que se cumplan los requisitos para ello.

En otros términos, quien se encuentre en una posición real, eventual o transitoria de ser sujeto pasivo en un proceso, a la luz del derecho a la defensa detenta la facultad positiva para ejercer una acción bajo el amparo de la garantía del debido proceso, contra la misma persona que ha deducido o deducirá una pretensión en su contra o, bien, en contra, incluso, de un tercero diferente.

Esta manifestación del derecho a la defensa, sin embargo, contiene algunas limitaciones bastante restringidas en nuestro derecho, a saber:

### *1. Aquellas que provengan de la preclusión o de la prescripción*

A quien le ha precluido un derecho o facultad procesal dentro del juicio, malamente puede ejercer ese mismo derecho más adelante. Recordemos que la preclusión consiste en la extinción de un derecho procesal, sea porque el derecho se ejerció –por consumación– porque no se hizo dentro de un plazo señalado o, bien, porque se ejerció uno incompatible con aquel. Sin embargo, la preclusión tiene aplicación únicamente dentro del mismo proceso en el cual el derecho procesal se extinguió, más no en uno diverso.

En cuanto a la prescripción como modo de extinguir las acciones, el art. 2514 del *Código Civil* se refiere a ella en términos de que:

> "La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible".

A diferencia de la preclusión, entonces, la prescripción sí impide el ejercicio de la acción en el futuro atendida la llegada del plazo sin que se haya hecho valer con anterioridad, sea en el mismo proceso, o en uno diferente.

*2. Por el desistimiento de la demanda reconvencional, el allanamiento o la transacción*

La extinción del derecho sustantivo operará una vez manifestada la voluntad en este sentido, a causa del efecto de cosa juzgada que producen los mismos en el carácter de equivalentes jurisdiccionales.

*3. Por el efecto propio de la cosa juzgada*

En este punto, existiendo una resolución firme, nuestro sistema prohíbe volver a discutir nuevamente lo mismo en un juicio posterior –art. 177 del *CPC*–; con ello, se le brinda seguridad y certeza jurídica al sistema. La contra excepción a este respecto, se da en aquellas resoluciones firmes o ejecutoriadas que constituyen lo que en doctrina se denomina "cosa juzgada formal" y, además, en la reserva tanto de las acciones como de las excepciones del juicio ejecutivo para un juicio ordinario posterior, cumpliendo con los requisitos que la ley previene para ello, según se desprende de los arts. 467, 473, 474 y 478 del *Código de Procedimiento Civil*.

*4. Por el carácter de imputado en el proceso penal*

El art. 109 del *Código Procesal Penal* impide que el imputado pueda ejercer en calidad de víctima una acción penal en el mismo proceso en el cual está siendo investigado. Sin embargo, ello no es óbice para que dicha persona, sea natural o jurídica, pueda ejercer en lo sucesivo dicha acción una vez concluido o terminado el proceso penal a su respecto, siempre que se disponga sobre el particular su absolución o sobreseimiento definitivo.

*5. En cuanto al ejercicio de la acción penal contra parientes.*

A este respecto opera tanto la prohibición del art. 116 del *Código Procesal Penal*, con las limitantes relativas a los delitos corporales o de indemnidad sexual, y las excusas legales absolutorias del art. 489 del *Código Penal*, salvo en aquellas hipótesis donde las víctimas sean mayores de sesenta años.

### 6. *La caducidad en materia laboral*[12]

Finalmente, en sede laboral una vez presentado el reclamo respectivo ante la Inspección del Trabajo, el futuro acción tiene un término de noventa días hábiles para impetrar su demanda, o de sesenta días una vez terminado el vínculo laboral si dicho reclamo no fuera interpuesto. Con ello, en consecuencia, se impide el ejercicio de dicha acción.

### *7. La Jactancia y la intervención forzada en juicio*

Finalmente, a este respecto, estas dos instituciones permiten, bajo las hipótesis señaladas en las disposiciones que las regulan, extinguir el derecho sustantivo, si no son ejercidas las demandas dentro del plazo señalado por la ley o, bien, si se manifiesta la voluntad de no ejercer pretensión alguna[13].

Sin embargo, en términos generales, y como un efecto propio de la Garantía Constitucional del Debido Proceso, toda excepción puede ser ejercida como acción siempre que se satisfagan las condiciones que ahora procederemos a analizar con detención y que emergen justamente a propósito a causa del ejercicio del derecho a defensa.

## III. Análisis de las condiciones o requisitos para que una excepción pueda ser ejercida como acción

A partir de lo señalado precedentemente, estas condiciones serían las siguientes:

### *1. Debe tratarse de un juicio declarativo*

Si bien no existe norma expresa al respecto, ello se subentiende en cuanto a que lo que se está persiguiendo mediante esta figura, no es ni una ejecución ni tampoco la constitución de un derecho, y mucho menos llevarla adelante a través de un procedimiento no contencioso. Evidentemente, estaremos ante una dualidad necesaria propia de toda controversia, es decir, de una "contienda entre partes", pudiendo manifestarse, por ejemplo, en los siguientes casos:

[12] Art. 168 del *Código del Trabajo*.
[13] Arts. 269 y 21 del *Código de Procedimiento Civil*.

a) En todos los juicios ordinarios, de mayor, menor y mínima cuantía.
b) Cuando se pretenda sustituir el procedimiento en el juicio sumario e, incluso en los sumarios especiales –por aplicación supletoria del art. 681 del *Código de Procedimiento Civil*–.
c) En los juicios de arriendo regulados por la Ley n.º 18101.
d) En los juicios de hacienda.
e) En los juicios seguidos ante árbitros de derechos, y mixtos o arbitradores cuando las bases del procedimiento lo permitan.
g) En los procesos sumarios especiales que no contengan reglas específicas y deban aplicarse las reglas del juicio ordinario.
h) Y en todos aquellos donde se permita expresamente la posibilidad de reconvenir.

*2. Que las excepciones que se ejerzan como acciones tengan por finalidad obtener de parte del tribunal una declaración acerca de los prepuestos de existencia o validez de la obligación*

Sobre el particular, el vínculo obligacional puede tener tres fuentes: legal, convencional o judicial. A mi parecer, entonces, la acción reconvertida resulta procedente para estas tres clases de fuentes obligacionales, es decir, incluso en contra de la sentencia, ya que en tal caso lo que procede es la invalidación de la misma a través del ejercicio de la acción de nulidad de derecho público, contemplada en el art. 7 de la Constitución de 1980.

A su tuno, resulta pertinente incluir no solo las obligaciones que nazcan de un vínculo convencional, sino que legal, con lo cual deben entenderse incorporadas todas las fuentes de las obligaciones, contractuales, extracontractuales y cuasicontractuales.

*3. En relación con los presupuestos de existencia o validez del proceso*

Recogiendo lo señalado precedentemente, tradicionalmente mirado desde la perspectiva del principio de la trascendencia y de la conservación de los actos procesales, el proceso solo podría ser invalidado a través de una declaración de nulidad procesal, debiendo el tribunal, incluso, señalar con claridad y precisión que actos quedarán nulos[14]. Pero ¿pude serlo a través de otro medio?

La jurisprudencia ha sido cauta en invalidar procesos a causa de la denominada acción de nulidad de derecho público, fijando como margen a

[14] Art. 83 del *Código de Procedimiento Civil*.

su respecto no solo el cuestionamiento de la institución como tal, sino que el límite temporal de la prescripción. Sobre lo mismo, la E. Corte Suprema ha analogado al plazo de prescripción patrimonial establecido por el legislador a aquel señalado para la nulidad absoluta; sin embargo, nuestro máximo tribunal no ha razonado igualmente para el caso de violaciones a los derechos humanos, casos en los cuales no ha fijado plazo, señalando que en tales términos la acción es imprescriptible (tesis propia de los delitos de lesa humanidad).

Entonces, queda de manifiesto que la acción intentada bajo esta noción dogmática sí es constitutiva de un mecanismo idóneo supralegal para anular el proceso mediante el ejercicio de tal acción, como complemento, además, con la sanción que en doctrina se conoce como de "inexistencia del proceso", las cuales pueden ser intentadas *extra límine*.

### *4. Acción ejercida por violación a cualquier garantía del debido proceso*

La convención americana de derechos humanos contempla esta posibilidad en el entendido de que será impetrada fuera de la jurisdicción interna. Es un tratado que, por su naturaleza y de conformidad a lo dispuesto por el inciso segundo del art. 5 de la norma fundamental, posee rango constitucional. Así, cuando no resulte posible proteger dentro del sistema interno sea a la garantía misma o a sus derechos, deberá deducirse la acción internacional dentro del plazo de seis meses que el mismo tratado indica en su art. 46 letra d)[15].

[15] Art. 46.

1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;

b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;

c) que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y

d) que en el caso del artículo 44 la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición.

2. Las disposiciones de los incisos 1.a. y 1.b. del presente artículo no se aplicarán cuando:

a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;

b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y

c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Esto porque solo los **ó**rganos del Estado pueden violar esta garantía, mas no un particular, de manera tal que el sujeto pasivo de la acción, será, en definitiva, el mismo Estado de Chile.

*5. Acción que pretenda sancionar la violación o infracción a cualquier elemento el acto jurídico.*

Finalmente, y desde el punto de vista sustantivo, claramente las acciones de nulidad absoluta o relativa pueden ser ejercidas como acción. Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la simulación, la inoponibilidad, la lesión enorme y otras sanciones civiles que le resten eficacia y validez a aquellos actos que adolezcan de falta de voluntad, de objeto, de causa o a la falta de cumplimiento de solemnidades o, bien, con motivo de la voluntad contaminada por vicios del consentimiento, por la falta de capacidad, por el objeto y causa ilícitas, por la enajenación o promesa de enajenación de un bien de la sociedad conyugal sin la autorización de la cónyuge, por la enajenación de más del 50 % del activo de una S. Anónima sin la junta extraordinaria de accionistas, etcétera.

Todos esos casos, y en alguno de ellos como obligatorios respecto de los administradores, directores, etc., dará paso al ejercicio de la acción antes señalada de la forma en que se ha planteado.

*6. La acción derivada de la indemnización por error judicial*

Esta herramienta solo puede ser ejercida cuando se haya obtenido el sobreseimiento y estemos ante la declaración que exige la ley, de ser un error manifiestamente arbitrario e ilegal, pero, como excepción, permitirá que quien fue juzgado y luego relevado de toda responsabilidad penal, pueda ejercer la acción que proceda en contra del Estado, y de los persecutores penales responsables.

*7. La acción derivada del art. 38 inciso segundo de la Constitución*

En cuanto a lo contencioso administrativo y de conformidad a la competencia que el legislador orgánico ha conferido a los tribunales civiles, nada impide que pendiente un sumario o cualquier otra actuación de la administración, el afectado y titular del derecho, pueda ejercer dicha acción ante el órgano competente.

## IV. Consecuencias procesales y extraprocesales del ejercicio de la excepción como acción

Finalmente, la pregunta es, ¿cuándo debe ejercerse este derecho? Para responderla, debemos indicar la regla general, y luego la excepción:

### *1. La regla general*

a) En este punto debemos precisar que no puede ejercerse la acción posterior si ha concurrido el efecto de cosa juzgada, en particular por lo dispuesto por el art. 177 del *CPC*, siempre que ella alcance la materia que podría ser discutida en lo sucesivo por las partes. Lo mismo ocurre en relación con todos los demás equivalentes jurisdiccionales, y con los mecanismos alternativos de resolución del conflicto dentro del proceso o, bien, fuera de él, a saber: avenimiento, conciliación, transacción, mediación, etc. Todos ellos, por cierto, producen el efecto de cosa juzgada. En el caso del desistimiento, este debería circunscribirse solo a la demanda reconvencional.

b) A su vez, misma situación puede ocurrir con la *litis* pendencia, siempre que se haya ejercido idéntica defensa el proceso anterior y paralelo a aquel donde se pretenda ejercer nuevamente, siempre cumpliendo con los requisitos del art. 92 del *Código de Procedimiento Civil*.

### *2. La excepción*

Como lo adelantáramos, a mi parecer la excepción se encuentra únicamente bajo las hipótesis de nulidad de derecho público, y en todos aquellos casos donde se haya obtenido una cosa juzgada aparente, pudiendo ejercerse la acción tanto en el ámbito interno como mediante el ejercicio de una demanda o denuncia internacional ante el sistema interamericano de derechos humanos.

### *3. Inhabilitación*

Por último, soy del parecer que el tribunal que haya proveído la demanda, y sin que se haya demandado reconvencionalmente en el mismo proceso, se encuentra inhabilitado para conocer de la acción futura, por una eventual causal de implicancia o recusación. Resulta más evidente esta situación en los casos fundados en nulidades derivadas de lo previsto por el art. 7 inciso segundo de la Constitución de 1980.

## Conclusiones

Finalmente, y solo para ilustrar el contenido de este trabajo, puedo señalar lo siguiente:

1. Pueden ejercer la acción todas las personas que tengan o puedan tener la calidad de sujetos pasivos de otra acción, sea civil, penal, administrativa, constitucional, etcétera.
2. El futuro ejercicio de la acción convergerá en un proceso declarativo civil, nacional o internacional de derechos humanos.
3. No es necesario, entonces, que concurra el efecto de la cosa juzgada para deducir dicha acción, de modo que no se requiere de la concurrencia de la denominada triple identidad.
4. Los requisitos o condiciones apuntan a la naturaleza del proceso previo o anterior, iniciado o no, que servirá de base para que el sujeto intente la acción futura.
5. Este derecho emerge esencialmente de la Garantía del Debido Proceso, dentro de la dimensión del derecho a la defensa y, en concreto, en relación con el derecho a accionar.

## Bibliografía

Cabrillac, R. (2016). El nuevo derecho francés de los contratos. *THEMIS Revista De Derecho*. n.º 70. Disponible en http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19602 [fecha de consulta: Septiembre de 2021].

Convención Americana de Derecho Humanos (2021). Disponible en www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm [fecha de consulta: 12 de octubre 2021].

Corral Talciani, Hernán (2014). Disponible en https://corraltalciani.wordpress.com/tag/art-45-del-codigo-civil/ [fecha de consulta: 12 de octubre de 2021].

De la Maza Gasmuri, Iñigo y Álvaro Vidal Olivares (2020). *Contrato y caso fortuito. irresistibilidad y consecuencias*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanc.

### *Normas*

*Código Civil Chile*, 17ª ed. Santiago: Editorial Thomson Reuters. 2017.

*Código de Procedimiento Civil Chile*, 20ª ed. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2020.

*Código del Trabajo*, Chile, 2021. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar? idNorma=207436 [fecha de consulta:12 de octubre de 2021].

# ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 387 DEL *CÓDIGO PROCESAL PENAL*

# CURRENT STATUS OF THE DISCUSSION ON THE CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 387 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE

*Ximena Marcazzolo Awad*[*]

RESUMEN: Desde la dictación del *Código Procesal Penal* diversos autores[1] han puesto en duda la compatibilidad del art. 387 con el derecho al recurso, por ende, con la Constitución. Junto con el reclamo emanado desde la doctrina, los litigantes han manifestado dichos cuestionamientos a través de la interposición de un conjunto de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Lo expresado, conlleva consecuencialmente que a la fecha exista un número significativo de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional[2]. Así las cosas, habiendo transcurrido más de veinte años desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, la sistematización de los argumentos vertidos durante la existencia del nuevo *Código*, resulta de la máxima relevancia, porque permitirá visualizar la evolución de los razonamientos de parte de nuestra Corte Constitucional, respecto de una materia que hasta hoy resta de ser pacífica.

---

[*] Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Máster en Derecho Penal y Ciencias de la Universidad de Barcelona y Pompeu Fabra, Abogada Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: xmarcazzolo@udd.cl

[**] Agradezco a mi ayudante de investigación María Luisa Avilés por la recopilación y sistematización de las sentencias del Tribunal Constitucional y a Jaime Viveros por los comentarios realizados.

[1] Entre ellos véase HORVITZ y LÓPEZ (2004) p. 446; HORVITZ (2009), p. 23 y ss. y CORTEZ (2006) pp. 412-413.

[2] Hasta la fecha se han interpuesto diecinueve requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad basados en el inciso segundo del art. 387 del *Código Procesal Penal*.

Adicionalmente, de cara al proceso constituyente vigente en nuestro país, la discusión sobre el significado e implicancias del derecho al recurso es significativa, máxime cuando dicho derecho integra la garantía constitucional del debido proceso.

Palabras clave: Codigo procesal penal, artículo 387, inconstitucional, constitucionalidad.

Abstract: Since the issuance of the Criminal Procedure Code, authors have questioned the compatibility of the art. 387 with the Constitution. Along with the claim emanating from the doctrine, litigants have expressed such questions through the filing of a set of requirements of inapplicability due to unconstitutionality in the Constitutional Court. Thus, after more than twenty years have passed since the entry into force of the new criminal prosecution system, the systematization of the arguments made during the existence of the new Code is of the utmost relevance. Statements from our Constitutional Court, regarding a matter that until today remains is not peaceful.

Keywords: Criminal procedure code, article 387, unconstitutional, constitutionality.

## I. Introducción al problema

El estudio que se presenta se centra en el inciso segundo del art. 387 del *Código Procesal Penal*. De acuerdo con esta disposición solo excepcionalmente es posible interponer un recurso de nulidad respecto de la sentencia dictada en el nuevo juicio oral que se realiza a consecuencia de la declaración de nulidad del juicio anterior. Esto último, solo será posible cuando el fallo correspondiente al primer juicio oral, fuere de carácter absolutorio y el segundo, de naturaleza condenatorio, pero con una limitación adicional, exclusivamente a favor del imputado. Para el resto de los intervinientes y combinaciones posibles, vale decir, decisiones de absolución o de condena de los juicios anulados y de los nuevos, la regla es la improcedencia del recurso nulidad. Así las cosas, las sentencias dictadas por los tribunales orales en lo penal respecto de juicios previamente anulados, no pueden ser revisadas por un tribunal superior.

La situación descrita, generada a consecuencia del texto del aludido art. 387 del *Código Procesal Penal*, merece ser examinada a la luz del derecho al recurso –como integrante del debido proceso– en relación con la (in) compatibilidad del precepto con la Carta Magna. El estudio considera los aspectos dogmáticos del problema y los argumentos que ha proporcionado

nuestra Corte Constitucional, en las diversas sentencias en las que se ha pronunciado sobre esta materia. Siguiendo dicho orden, previo al examen de la disposición a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se revisa la noción del derecho al recurso.

## II. El derecho al recurso

La cuestión probablemente más compleja de abordar en esta materia –y que no se pretende agotar en esta oportunidad– es la relativa al concepto o qué comprende el derecho al recurso. Pese a la prevención realizada, en los párrafos siguientes se proporcionan algunos elementos que han surgido desde la doctrina y jurisprudencia, particularmente vinculados a la discusión que afecta el art. 387 inciso segundo del *Código Procesal Penal*, con motivo de determinar si resulta compatible con el texto de la norma superior.

El debido proceso se encuentra regulado en la Constitución y en las convenciones internacionales suscritas por nuestro país. Ello implica, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1 y 5 de la Carta Política, que se está ante un límite a la soberanía[3]. Por su parte, como se ha indicado precedentemente, el derecho al recurso integra la garantía del debido proceso o justo y racional procedimiento, que se encuentra plasmado en el art. 19 n.º 3, inciso 5° de la CPR. En el ámbito internacional, concretamente, se encuentra plasmado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, suscrita y vigente en Chile[4], en su art. 8, párrafo 2, letra h[5] y en el Pacto de Derechos Políticos y Civiles en su art. 14 n.º 5[6].

El derecho al recurso ha sido reconocido por la doctrina procesal civil[7] y penal. En este último caso, no existe mayor discusión debido al tex-

[3] En el mismo sentido Nogueira (2009b), p. 231.

[4] "Tal disposición obliga a considerar como parte del debido proceso el derecho que el fallo de primera instancia sea examinado por un tribunal superior, cuya omisión produciría una afectación del bloque constitucional de derechos, una vulneración de la Convención y la eventual responsabilidad del Estado por vulneración de derechos humanos": Nogueira (2009b), p. 307.

[5] "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

[6] "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

[7] Evans (1999), p. 144.

to escrito de las convenciones internacionales que integran nuestro sistema constitucional, aludiendo expresamente a la sentencia penal[8]. Por su parte, en materia civil, también la doctrina comparte esta posición, aun cuando los instrumentos internacionales no se refieren expresamente a esta materia[9].

Parte de los autores nacionales proporcionan un concepto de recurso desde un doble significado, esto es, como un medio que procura alcanzar una decisión justa y como prerrogativa para las partes a las que se les franquea la posibilidad de impugnar la decisión jurisdiccional que no satisface sus pretensiones[10]. En relación con el primer aspecto, se hace mención al error judicial y la posibilidad de ser enmendado mediante su revisión posterior, además, de erigirse como un mecanismo para uniformar las decisiones judiciales. Respecto del segundo, esto es, la insatisfacción subjetiva, esta tiene relación con la disconformidad de la parte al no haber obtenido su pretensión. Bajo estos parámetros, el error judicial es el fundamento objetivo del recurso y la falta de satisfacción de la pretensión el aspecto subjetivo[11]. Para Carlos del Río, los elementos del derecho al recurso se pueden sistematizar de la siguiente manera[12]:

1) Derecho de acceso: Se refiere a la posibilidad de acceder a un medio de impugnación y los mecanismos que se conceden para que aquello ocurra. A través de la ley se determina el sistema, las formalidades o requisitos para ejercer esta prerrogativa. En este punto, es relevante que la regulación de la admisibilidad del recurso no sea engorrosa al punto de afectar el ejercicio del derecho al recurso[13];
2) Calidad del conocimiento y decisión del recurso como manifestación de tutela jurisdiccional[14]: A este respecto, se ha señalado que

[8] Carlos del Río llama la atención que la ley tampoco hace un reconocimiento explícito del derecho al recurso, sin perjuicio que puede derivarse de un cúmulo de disposiciones contenidas en el *Código Procesal Penal*. Al respecto menciona entre otras el art. 10, denominado cautela de garantías; el art. 4, respecto de la presunción de inocencia, entre otras. Del Río (2012) p. 255.

[9] También hace alusión a esta diferencia entre el recurso civil y el penal Cortez (2006) pp. 17-18.

[10] También encontramos definiciones como las propuestas por Alejandro Romero que declara los recursos se caracterizan porque la decisión de un tribunal *a quo* debe ser analizada por un tribunal *ad quem*, que revisa la interpretación y la aplicación y creación del derecho de manera particular al caso que ha conocido. En Romero (2021), p. 33. Otra definición: "El recurso es el acto jurídico procesal de parte o de quien tenga la legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión, a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su pronunciamiento", en Mosquera y Maturana (2019), p. 29.

[11] Entre otros Del Río (2012), p. 250 y ss.; Cortez (2006), p. 6 y ss.

[12] Del Río (2012), p. 258. Aunque se altera el orden de los aspectos dos y tres invirtiéndolo.

[13] *Op. cit.*, pp. 258-267.

[14] *Op. cit.*, pp. 276-279.

la calidad del conocimiento debe cumplir con las cualidades de la jurisdicción, esto es, conocer la pretensión recursiva de las partes, oportunidad para preparar y efectuar alegaciones correspondientes, debiendo resolverse el recurso con conocimiento del caso y fundando la resolución y

3) Tipo o naturaleza de examen que se realiza: Respecto del objeto de revisión de los recursos judiciales, lo que en Chile generó mucho debate[15].

En otro orden de ideas, respecto de lo que existe una opinión unánime, es en relación con que el tribunal que conocerá del recurso debe encontrarse establecido con anterioridad, ser imparcial y la tramitación debe regirse por un determinado procedimiento establecido por el legislador con carácter general y accesible a todas las partes o intervinientes. A mayor abundamiento, el órgano jurisdiccional encargado del recurso probablemente será uno distinto, de mayor jerarquía y compuesto por jueces dotados de más experiencia, con la finalidad que enmienden el error[16]. El mismo orden de ideas se repite cuando se afirma que el derecho al recurso se ha formulado como aquel que supone la intervención del juez previamente establecido por el ordenamiento jurídico, que debe ser imparcial y que permita la igualdad de oportunidades de los intervinientes para ser oídos[17].

Además de la coincidencia que existe respecto de la existencia de estos elementos mínimos, no hay demasiado consenso en relación con qué comprende o cuál es el significado del derecho al recurso. En ese sentido, una primera noción la entregó el Comité de Derechos Humanos de la ONU[18], que hizo referencia a que el derecho al recurso supone una revisión integral de la sentencia[19]. La alusión a la integralidad se vuelve a repetir en el conocido caso Herrera Ulloa v/s Costa Rica[20] y otros que se han dictado con posterioridad[21]. Además de lo ya mencionado, la CADH ha señalado que el recurso debe ser "eficaz"[22], entendiendo por tal aquel que permite corregir una sentencia que contenga errores.

En el caso nacional, en materia penal, el C*ódigo Procesal Penal* consagra un sistema recursivo limitado. De hecho, respecto del recurso de apelación

[15] Del Río (2012), p. 267 y ss.
[16] Montero (2005), p. 38.
[17] Romero (2021), pp. 14-15.
[18] Dictamen de 20 de junio de 2000e, Gómez Vásquez c. España, 701/1996.
[19] Del Río (2012), p. 256.
[20] Herrera Ulloa v/s Costa Rica dictado por la CADH el 2 julio 2004.
[21] Un análisis de esta jurisprudencia se puede revisar en Letelier (2014), p. 141 y ss.
[22] Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, del 29 de mayo de 2014.

su procedencia se restringe a las dos hipótesis contempladas en el art. 370[23]. A mayor abundamiento, las sentencias definitivas penales pronunciadas por los tribunales de juicio oral en lo penal, son inapelables como lo dispone el art. 364 del estatuto procesal, que descarta su existencia, puesto que todas las resoluciones dictadas por dichos tribunales lo son[24]. Lo expresado se traduce en la supresión de la segunda instancia respecto del procedimiento ordinario[25]. Sin embargo, esta afirmación no es pacífica, por el contrario, ha generado bastante discusión. Además de la única instancia, el *Código* de la referencia optó por un sistema recursivo de derecho estricto como caracteriza al recurso de nulidad.

La decisión de establecer una única instancia en el procedimiento ordinario penal fue producto de una decisión consciente del legislador, como quedó de manifiesto en el texto del Mensaje y durante la tramitación legislativa. En este orden de ideas, se entendió que el recurso de apelación y la consulta no resultaban compatibles con el sistema nuevo, principalmente en razón de los principios de oralidad e inmediación[26]. Posteriormente, durante el debate legislativo se refrendaron estas ideas como queda de manifiesto en el siguiente texto:

> "El proyecto no contraría los tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención de San José de Costa Rica, que exigen que en caso de existir condena se recurra a un tribunal superior, puesto que, si bien es cierto se suprime el recurso de apelación, no lo es menos que la sentencia la pronuncia un tribunal colegiado. En segundo término, se acepta también un recurso de nulidad cuando la sentencia no concuerde con los hechos y las pruebas establecidas. Además, como lo han señalado los señores diputados informantes, existe el recurso de casación ante la Corte Suprema. De manera que el hecho de haberse suprimido el recurso de apelación, no quiere decir que la persona condenada no pueda recurrir ante los tribunales superiores"[27].

[23] De conformidad con el art. 370 del *Código Procesal Penal*, solo procede en dos casos: 1) Cuando pone término al procedimiento, hace imposible su prosecución o lo suspendiera por más de treinta días y 2) Cuando la ley lo señala expresamente.

[24] Esto sin perjuicio de la apelación de las resoluciones sobre medidas cautelares conocidas por los tribunales orales en lo penal y la apelación de las penas sustitutivas contempladas en la Ley n.° 18216.

[25] También en materia de procedimiento simplificado.

[26] Horvitz y López (2004), p. 354 y ss.

[27] Historia de la Ley 19696. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputadas y Diputados, p. 385. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6631/HLD_6631_d556986615363a7d4d5d495527a4588c.pdf [fecha de consulta: 28 de septiembre de 2021].

Los cuestionamientos a esta posición no se dejaron esperar, aludiendo a una eventual inconstitucionalidad del sistema recursivo propuesto[28].

Los principales argumentos que se esgrimieron, que se sostienen hasta hoy a favor de la existencia de un recurso de nulidad y, la consecuente supresión del de apelación, son:

1) Las convenciones internacionales no señalan expresamente que el derecho al recurso se satisface con la doble instancia, por lo que es posible que se contemple un medio de impugnación como el de nulidad;
2) Al tratarse el tribunal oral lo penal de un órgano colegiado formado por tres miembros, convierte en innecesario el control vertical de las decisiones. De este modo se consagra un sistema de control horizontal;
3) El recurso de apelación es de carácter jerárquico y vertical, el cual se funda en la desconfianza que históricamente se tenía a los jueces, motivo por el cual se considera cercano a los sistemas inquisitivos que se intentó reformar;
4) El recurso de apelación no permite la vigencia del principio de inmediación, el cual supone la relación directa del órgano juzgador con los medios de prueba, en cambio el conocimiento del caso por parte de las Cortes de Apelaciones es mediato, motivo porque el que no tendría sentido realizar un juicio oral si posteriormente la decisión puede ser modificada por un tribunal que no tuvo conocimiento directo de los hechos y
5) El principio de oralidad no es compatible con la revisión que realizan las Cortes en los recursos de apelación[29].

En Chile Gonzalo Cortez[30] llama la atención acerca de lo ilustrativo que puede resultar la situación que afecta al sistema español respecto de

[28] Hugo Pereira Anabalón expresó: "La implantación de la única instancia en el proceso oral no es acorde con las modernas orientaciones doctrinarias y de derecho comparado hoy vigentes. Señala que la interpretación finalista y armónica de los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 18 inciso 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14 del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles de las Naciones Unidas, y 8º, Nº 2, letra h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica , permite deducir el derecho de toda persona de recurrir mediante el recurso de apelación en contra de la sentencia agraviante dictada en un proceso, especialmente penal, en que es parte." Historia de la Ley 19696. Segundo Trámite Constitucional: El Senado, p. 366. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6631/HLD_6631_ebc0a-82a629b916c99de0ae59714ccaa.pdf [fecha de consulta: 28 de septiembre de 2021].

[29] Al respecto véase Fernández (2005), p. 149 y ss.

[30] Cortez (2006), p. 21 y ss.

esta materia. Sobre el punto, hace referencia a la mencionada sentencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, de 20 de julio de 2000. Dicha resolución dictaminó que el sistema de casación español vulneraba el párrafo 5 del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en atención a que no se admitía que el fallo condenatorio y la pena impuesta fueren revisadas de manera íntegra, agregando que dicha revisión se limitaba a aspectos formales o legales de la sentencia. Después de este dictamen hubo otros más en el mismo sentido. Ante esta decisión el Tribunal Constitucional español ha señalado que el recurso de casación ibérico y la exigencia de revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, son compatibles con el derecho al recurso en la medida que las posibilidades de revisión en el sistema de casación se estimen como amplias. Por tanto, se ha interpretado que la revisión integral no importa necesariamente la existencia de una doble instancia. Así las cosas, en este caso lo más relevante será que se franquee la posibilidad de revisar la declaración de culpabilidad y la pena. Lo expresado es sin perjuicio de que, finalmente, el legislador español con la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre de 2003 de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, implementó un sistema de doble instancia para cuyos efectos creó la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, la cual conoce de los recursos contra resoluciones dictada por la Sala de lo Penal[31]. En el mismo orden de ideas, la sentencia que a estas alturas resulta emblemática en relación con el derecho al recurso, es la que se pronunció en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, por la Corte Interamericana, el 2 de julio de 2004, la cual es recurrentemente citada para afirmar que la jurisprudencia internacional estima que el derecho al recurso conlleva la exigencia de revisión amplia[32].

Si bien en Chile, como se señaló precedentemente, el legislador optó por la supresión del recurso de apelación respecto de las resoluciones dictadas por los tribunales orales en lo penal, basándose principalmente en los principios de oralidad e inmediación, subsisten argumentos que permiten

[31] Cortez (2006), pp. 22-23.

[32] En este sentido, resulta ilustrativo el párrafo 167 del mencionado laudo: "167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999 no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohrmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de este último y apoderado especial del periódico "La Nación", respectivamente (supra párr. 95. w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2 h. de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado".

cuestionar la decisión legislativa. En este sentido, López citando a Ferrajoli, se refiere a la preeminencia que dicho autor le otorga a la doble instancia por sobre la inmediación[33].

También en el ámbito interno parte de la doctrina ha hecho referencia a la doble conformidad[34], distinguiéndolo del de doble grado (dos instancias). De acuerdo con el principio del doble conforme, el recurso debe tener la aptitud para permitir que otro tribunal pueda revisar íntegramente todos los elementos relevantes de la sentencia recurrida. Más específicamente, al menos debe permitir que el tribunal superior verifique la culpabilidad y la pena, como elementos básicos para determinar la responsabilidad penal de los justiciables. Por su parte, Carlos del Rio considera que la revisión que realiza el tribunal superior debe ser integral y no de carácter formal o acotada a ciertos aspectos jurídicos, para efectivamente satisfacer el derecho al recurso[35].

El recurso de nulidad penal regulado en el *Código Procesal Penal*, conforme a los argumentos vertidos precedentemente, puede considerarse que satisface las exigencias del derecho al recurso y, por ende, de la Constitución. Además de los argumentos consignados anteriormente, esta posición se justifica en que el conocimiento del caso por parte de las Cortes de Apelaciones se realiza sobre la base de lo que se relata en audiencia por los intervinientes, mas no producto de una apreciación directa de la prueba, la cual no es reproducible en segunda instancia, a no ser que el juicio se repita, con las dificultades que aquello conlleva. Asimismo, como se explicitó precedentemente, el derecho al recurso puede quedar satisfecho sin la doble instancia, en la medida que se garantice una revisión integral y eficaz.

## III. Análisis del art. 387, inciso segundo del *Código Procesal Penal* en relación con el derecho al recurso

Hasta aquí se ha hecho referencia a la noción del derecho al recurso como integrante del debido proceso. Junto con ello se analizó el de nulidad como medio de impugnación para revisar las sentencias definitivas dictadas por los

[33] Horvitz y López (2004), p. 358.

[34] En ese sentido se puede citar a Navarro (2018), pp. 482-483, quien, además, manifiesta: "La exigencia de control integral derivada del contenido esencial del derecho al recurso obliga al interprete a descartar esa frontera de competencia para el tribunal que conoce del recurso de nulidad". Horvitz y López (2004), p. 359.

[35] Del Río (2012), p. 269.

tribunales orales en lo penal, al excluirse la posibilidad de revisarlo en virtud de una apelación. Al respecto se afirmó que el primero satisface las exigencias del derecho al recurso, de modo tal que su regulación positiva estaría en consonancia con las exigencias de nuestro sistema constitucional.

Ahora bien, acorde con el esquema anunciado en el apartado introductorio, corresponde determinar si el inciso segundo del art. 387 del *Código Procesal Penal*[36] satisface las exigencias del debido proceso penal. El precepto mencionado se encuentra en el libro III sobre recursos, específicamente en el título IV sobre el recurso de nulidad. En su inciso primero se refiere a la resolución que falla el recurso de nulidad, sea acogiéndolo o rechazándolo, estableciendo que no es susceptible de recurso alguno. Ello, obviamente sin perjuicio de la procedencia del recurso de queja[37] y la acción de revisión contemplada en el *Código Procesal Penal*. A su turno, el inciso segundo, hace referencia a la posibilidad de impugnar la sentencia dictada en el nuevo juicio, es decir, frente a la hipótesis de anulación de la primera sentencia, se verifica un segundo procedimiento oral. La particularidad del texto legal obedece a que las opciones recursivas que ofrece dependen del resultado que se produzca en el nuevo juicio (absolutorio o condenatorio), pero también queda supeditado a las decisiones pronunciadas en el juicio anulado (absolutorio o condenatorio).

Las posibles combinaciones que ofrece la disposición se consignan en la siguiente gráfica:

| Sentencia primer juicio (la anulada) | Sentencia segundo juicio | Procedencia del recurso respecto del segundo juicio |
|---|---|---|
| Absolutoria | Absolutoria | No |
| Absolutoria | Condenatorio | Si (solo por el imputado) |
| Condenatoria | Condenatoria | No |

[36] "Artículo 387.- Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código.

Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales".

[37] La procedencia del recurso de queja no ha sido pacífica. Véase Cortez (2006), pp. 408-411.

Como se aprecia, de manera excepcional, solo a favor del imputado, se concede la oportunidad de impugnar mediante el recurso de nulidad la sentencia que emana del segundo juicio. La razón deriva de la circunstancia que el legislador estimó que no era posible privar del derecho al recurso a quien primero fue absuelto y en el segundo juicio condenado. Las restantes opciones o combinaciones que contempla no dan lugar al recurso de nulidad, como sería el caso en que un imputado fuere nuevamente condenado, aun cuando se le aplique una pena superior. En relación con los demás intervinientes, el recurso les fue privado respecto de todas las posibles hipótesis.

El fundamento que parece estar detrás de esta disposición es de economía procesal y de certeza jurídica. Lo primero con miras a evitar la repetición ilimitada de juicios, con los altos costos que esto conlleva y lo segundo a objeto de obtener una decisión que ponga término al conflicto penal. La primacía de factores de economía procesal y certeza jurídica, por sobre el derecho al recurso amerita una mayor reflexión. Lo consignado resulta más destacable si, además, se considera que la concesión de un recurso lo es para enmendar errores judiciales. Esto en materia penal resulta de la máxima relevancia, porque la posibilidad de impugnar una resolución judicial, permite controlar la vigencia de las garantías constitucionales que pueden verse afectadas durante el proceso penal, que en este caso quedan derechamente excluidas de la posibilidad de ser revisadas.

La doctrina también ha manifestado sus aprensiones en relación con este artículo. López ha declarado lo incomprensible que resulta que no se conceda recurso de nulidad respecto de la sentencia condenatoria dictada en el segundo juicio, cuando la primera también lo hubiere sido. Agrega que si durante el segundo juicio se produce infracción a las garantías constitucionales no se vislumbra por qué el afectado no tendría derecho a impugnar dicha resolución. Agrega que una disposición como la comentada puede significar que el Estado se resguarde con una suerte de "blindaje", que le permite afectar derechos fundamentales del acusado durante el proceso penal. Concluye que resulta necesario que esta disposición se ajuste a la normativa constitucional e internacional de derechos humanos vigente en nuestro país, garantizando el derecho a recurrir en contra de las sentencias condenatorias[38]. Gonzalo Cortez, por su parte, también considera problemático cuando la segunda sentencia, al igual que la primera, es condenatoria, por oponerse al derecho al recurso. Al contrario, para el caso que ambas sentencias fueran absolutorias considera que esto puede ser explicado porque en este caso prima la garantía del imputado de no ser objeto de un nuevo enjuiciamiento por

[38] Horvitz y López (2004), pp. 445-446.

los mismos hechos y por economía procesal impidiendo que existan variados procesos sobre un mismo objeto[39]. En el mismo sentido, Carlos del Río manifiesta el grave problema que significa desde la perspectiva del derecho al recurso, un precepto como el 387 inciso segundo del *Código Procesal Penal*, explicando que esta extrema simplificación de los problemas jurídicos acarrea situaciones complejas, como es el caso en que se niega el recurso de nulidad cuando el primer fallo era absolutorio y el segundo también, pero que esto pasa a ser escandaloso cuando ambas sentencias son condenatorias[40].

Una crítica adicional que ha suscitado el precepto comentado es que concede un efecto a las sentencias declaradas nulas. Esto puede ser discutible si se considera que la nulidad priva de eficacia a la resolución[41]. Justamente esta consecuencia explica que el juicio oral se realice nuevamente. Así las cosas, resulta incomprensible que el juicio anulado superviva con el objeto de determinar si excepcionalmente se concederá el derecho a recurrir respecto del nuevo juicio. Todavía más compleja resulta esta circunstancia si consideramos que por esta vía se puede dar vigencia a una resolución que fue anulada por una violación de garantías constitucionales. Basándose en este argumento Natalio Vodanovic ha manifestado que esta disposición afecta el art. 76 de la CPR al hacer revivir procesos fenecidos[42].

Como se adelantó en la primera parte de este trabajo, este tema ha sido objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional en diecinueve ocasiones.

---

[39] Cortez (2006), p. 412.

[40] Del Río (2012), p. 264 y ss.; En el mismo sentido Arellano (2013), p. 1 y ss. y Horvitz (2009), p. 23 y ss.

[41] Sobre los efectos de la declaración de nulidad, véase Carrasco (2019), p. 583 y ss.

[42] Vodanovic (2002), p. 2: "Es principio interpretativo textual que las palabras técnicas de los que profesen una ciencia o arte, se tomen en el sentido de los que profesan la misma ciencia o arte. Esta regla hermenéutica general requería una clara ejecutoria de los juristas –que han desarrollado tal principio–, quienes, no obstante, como se verá, la transgredieron en el tema que se aborda.

Las voces 'anular' o 'invalidar' en el contexto del derecho, y especialmente en su rama procesal, tienden a designar el efecto de una resolución por cuya virtud otra, o una actuación procedimental dada, queda sin efecto o fuerza. Es tan radical la consecuencia, que suele decirse que 'lo anulado nunca existió'. Aunque *fictio juris*, el aforismo es al mundo del derecho verdadero, real, pues lo que fue invalidado se desvaneció absolutamente, y no puede sobrevivir sino para constatar que fue dejado sin efecto.

Ello constituye la esencia o efecto de la nulidad, sea sustantiva o procesal, y no debiendo los legisladores usar el término y concepto de modo diverso, lo hacen y contravienen los principios más elementales del instituto in comento al disponer, en el artículo 387 inciso 2° del NCPP, que la sentencia y juicio anulados sobrevivirán para calificar el mayor o menor valor del nuevo juicio y sentencia".

*1. Requerimientos declarados inadmisibles:*
*En nueve oportunidades la Corte Constitucional chilena estimó que las presentaciones debían ser declaradas inadmisibles*

- Se resuelve decretar la inadmisibilidad del requerimiento por faltar el requisito de la gestión pendiente, al encontrarse ejecutoriada la sentencia definitiva, en: STC de 11 de abril de 2007, rol 764-07; STC de 2 de mayo de 2007, rol 775-07; STC de 27 de febrero de 2014, rol 2629-14; STC de 23 de abril de 2015, rol 2783-15 y STC de 11 de agosto de 2015, rol 2876-15.
- Se declaran inadmisibles por falta de fundamento razonable de la sentencia: STC de 2 de abril de 2008, rol 1055-08 y STC de 3 de noviembre de 2009, rol 1512-09. En el caso del último fallo mencionado toda vez que el requerimiento se dirige a impugnar un conjunto de normas sobre el sistema de recursos contemplado en el C*ódigo Procesal Penal*, no una disposición precisa. La presentación pretende que el Tribunal modifique el sistema de recursos, lo que supera los términos del requerimiento de inaplicabilidad (Considerando 6.º).
- Por no resultar decisiva su aplicación en la gestión pendiente: STC de 30 de junio de 2009, rol 1409-09, el motivo de la inadmisibilidad se explica en el siguiente considerando:

> "6º. Que, a mayor abundamiento, se observa que en la parte petitoria del requerimiento se invoca como posiblemente infringido el N.º 26º del artículo 19 de la Constitución Política, sin que en su parte expositiva exista referencia alguna a él ni a la forma en que la aplicación de las normas impugnadas pudiera generar una contravención al mismo"

y en la STC de 8 de octubre de 2009 rol 1507- 09, en la que se estimó que la disposición no resulta de aplicación decisiva para la gestión pendiente (considerando 6.º).

*2. Requerimientos rechazados:*
*En nueve ocasiones los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad fueron rechazados*

- STC, de 30 de enero de 2008, rol 986-07: Los abogados defensores deducen acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. El fundamento invocado consiste en que durante el primer juicio el imputado fue condenado por homicidio simple a la pena de tres años y en el segundo por homicidio calificado a la pena de siete

años. Si bien respecto del primer fallo no recurrieron de nulidad por no haber agravio, la sentencia dictada en el segundo juicio fue contraria a sus planteamientos, por lo cual dedujeron recurso de nulidad para ante la Corte Suprema. La defensa manifiesta que la gestión pendiente corresponde al mencionado recurso de nulidad, junto con un incidente de nulidad procesal relativa al certificado de ejecutoria. El Tribunal Constitucional rechaza el recurso, haciendo presente que su decisión se limita a determinar la constitucionalidad de la disposición para el caso concreto (considerando 9.º). La constitucionalidad del art. 387 del *CPP* no está sujeta a examen y en su aplicación al caso específico no genera una incompatibilidad con la CPR (considerando vigésimo tercero). Agrega que la seguridad y certeza jurídica son relevantes por lo que debe precluir la posibilidad de impugnar las resoluciones judiciales (considerando cuadragésimo sexto). Voto en contra de dos ministros[43]. En la STC de 1 de abril de 2008, rol 821-07. El tribunal reitera los argumentos vertidos en el rol 986-07 (considerando octavo y ss.).

- STC, de 7 de octubre de 2008, rol 1130-07: La requirente interpone acción de inaplicabilidad a favor de la imputada, quien fuera condenada por cuasidelito de homicidio en un primer juicio, este fuere anulado, y al momento de deducir la acción desconoce si en el segundo litigio pudiera volver a ser sancionada, en cuyo caso quedaría sin el derecho de impugnar de nulidad dicha sentencia en virtud de lo dispuesto en el art. 387 inciso segundo del C*ódigo Procesal Penal*. Por su parte, el tribunal estima que la certeza y seguridad jurídica son inherentes al proceso, lo que es coherente con la preclusión de la impugnabilidad de las resoluciones judiciales. Agrega que toda sentencia en algún aspecto es agraviante para alguna de las partes y si se estima que siempre debe haber un recurso para la parte vencida el proceso nunca terminará. Además, en este caso no se planteó una cuestión concreta de constitucionalidad, puesto que no se especificó el efecto contrario a esta ni cómo se producen.
- STC de 5 de agosto de 2010, rol 1432-09: El tribunal señala que el diseño del sistema recursivo es una prerrogativa propia del legislador (considerando decimoquinto). La competencia del tribunal no es examinar la legalidad, sino, más bien, valorar la constitucionalidad de los preceptos (considerando decimosexto). En STC de 26 de agosto de 2010, rol 1443-09, se reiteran similares razones.

[43] Ministros Hernán Vodanovic Schnake y Mario Fernández Baeza, p. 37 y ss.

- STC de 31 de agosto de 2010, rol 1501-09: En este requerimiento el rechazo del tribunal se fundamenta en que, si bien el requerimiento fue declarado admisible, dado que al momento de su interposición existía una gestión pendiente, posteriormente cuando se dicta la sentencia dicho proceso había concluido (considerando octavo). En virtud de este motivo la aplicación de la disposición no resulta decisiva (considerando noveno).
- STC de 1 de septiembre de 2015, rol 2802-15: Se rechaza que el sistema recursivo contemplado en el *Código Procesal Penal* sea contrario al derecho al recurso contemplado en la CPR y en los tratados internacionales y que el recurso de nulidad permite corregir los diversos vicios que puedan haber afectado los derechos fundamentales de los justiciables (considerando vigésimo segundo y tercero). Similar a lo señalado en la STC de 16 de julio de 2017, rol 3103-16: El rechazo se fundamenta en que el derecho al recurso se satisface por la revisión que realiza un tribunal superior (considerando noveno). Además, el art. 387 del *CPP* no impide que se interponga un recurso de queja. También en la STC de 10 de abril de 2019, rol 4187-17.

Se debe hacer notar que en los roles 2802-15, 3103-16 y 4187-17 hubo votos disidentes y en el caso rol 3103-16 hubo empate de votos. Esto muestra cómo paulatinamente se fue consolidando una posición en la magistratura constitucional, que culminó en la conformación de una mayoría de votos, según se expresa en la sentencia que se analiza a continuación.

### *3. Requerimientos acogido: Hasta la fecha es el único*

- STC de 13 de agosto de 2018, rol 5878[44]: Los argumentos por los que el tribunal acoge el requerimiento estimando que la disposición colisiona con el texto constitucional fueron los siguientes:
  1) Se afecta la igualdad ante la ley plasmada en el art. 19 n.º 2 de la CPR, puesto que el art. 387 del *Código Procesal Penal* establece diferencias arbitrarias, o expresado en las propias palabras de la sentencia "el legislador estableció una desigualdad que al no tener causa razonable, se constituye en una diferencia arbitraria" (considerando décimo cuarto y décimo quinto) y,
  2) Porque el precepto vulnera el derecho al recurso que integra el debido proceso, consignado en el art. 19 n.º 3 de la Cons-

[44] Este caso el imputado es condenado en el juicio anulado y en el nuevo, aplicándosele una pena superior en el segundo.

titución Política, toda vez que se le impide al condenado de poder recurrir de eventuales vicios en los que se podría haber incurrido durante el curso del procedimiento (considerando décimo noveno).

## IV. Conclusión

La jurisprudencia sostenida del Tribunal Constitucional mantuvo una posición mayoritaria, de acuerdo con la cual rechazó dieciocho requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sea por temas de admisibilidad o porque del análisis concreto de la disposición puesta en relación con la norma constitucional, consideró que no existió tal vulneración. Solo en la última sentencia dictada en el año 2018, se acoge el requerimiento por estimar que se afecta la garantía del debido proceso y la igualdad ante la ley.

En este trabajo se considera que dicho fallo es acertado. El inciso segundo del art. 387 del *Código Procesal Penal* niega a los intervinientes la posibilidad de revisar las decisiones judiciales. Lo expresado resulta particularmente crítico en el caso de las sentencias condenatorias dictadas en el segundo juicio, porque impide que se puedan revertir decisiones viciadas, lo que redunda en una posible afectación de los derechos fundamentales de los imputados. De este modo, la improcedencia de un medio de impugnación hace primar la seguridad jurídica por sobre el debido proceso, lo cual resulta difícil de comprender.

## Bibliografía

Arellano, Alejandro (2013). "Recurso de nulidad y derecho al recurso: Comentario a raíz de la limitación establecida en el artículo 387 del Código Procesal Penal". *Revista Ius Novum del Centro de Estudios de la Universidad* de Talca.

Carrasco, Jaime (2019). *La Nulidad procesal en el derecho procesal civil chileno. Técnica protectora de los derechos y garantías de las partes y terceros técnicos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Cortez, Gonzalo (2006). *El recurso de nulidad, doctrina y jurisprudencia*. 2ª ed. Santiago: Editorial Legal Publishing.

Del Río, Carlos (2012). "Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal". *Estudios Constitucionales,* año 10, n.° 1.

Evans, Enrique (1999). *Los derechos constitucionales II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2006). *La nueva justicia penal frente a la Constitución*. Santiago: Editorial LexisNexis.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel (2006). "La apelación en el nuevo proceso penal frente al derecho constitucional al debido proceso". *Revista de Derecho Público*, n.º 67.

HORVITZ, María Inés (2009). "Acerca de la garantía del condenado de recurrir en contra de la sentencia condenatoria". *Informes en derecho. Doctrina procesal penal*, n.º 6.

HORVITZ María Inés y Julián LÓPEZ (2004). *Derecho procesal penal chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo II.

LETELIER, Enrique (2014). "El derecho fundamental al recurso según la doctrina jurisprudencial del sistema interamericano de protección de los derechos humanos". *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 23.

MONTERO AROCA, Juan y José FLORS MATÍES (2005). *Tratados de recursos en el proceso civil*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

MOSQUERA, Mario y Cristián MATURANA (2019). *Los recursos procesales*, 3ª ed. actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

NAVARRO, Roberto (2018). *Derecho procesal penal chileno I*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.

NOGUEIRA, Humberto (2009). *El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones*. Santiago: Editorial Librotecnia.

NOGUEIRA, Humberto *et al.* (2009b). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudio en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Santiago: Editorial Librotecnia.

ROMERO, Alejandro (2021). *Curso de derecho procesal civil. Los medios de impugnación*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, tomo V.

VODANOVIC, Natalio (2002). "Restricciones del recurso de nulidad. Algunos alcances comparados y doctrinarios". *Revista de Derecho*, n.º 7.

## *Sentencias*

Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, del 29 de mayo de 2014.

Dictamen de 20 de junio de 2000, Gómez Vásquez c. España, 701/1996.

Herrera Ulloa v/s Costa Rica dictado por la CDH el 2 julio 2004.

STC de 1 de abril de 2008, rol 821-07.

STC de 1 de enero de 2015, rol n.º 2802-15.

STC de 10 de abril de 2019, rol n.º 4187-17.

STC de 11 de abril de 2007, rol 764-07.

STC de 11 de agosto de 2015, rol n.º 2876-15.

STC de 13 de agosto de 2019, rol n.º 5878-18.

STC de 16 de julio de 2017, rol n.º 3103-16.
STC de 2 de abril de 2008, rol 1055-08.
STC de 2 de mayo de 2007, rol 775-07.
STC de 23 de abril de 2015, rol n.º 2783-15.
STC de 26 de agosto de 2010, rol 1443-09.
STC de 27 de febrero de 2014, rol n.º 2629-14.
STC de 3 de noviembre de 2009, rol 1512-09.
STC de 30 de junio de 2009, rol 1409-09.
STC de 31 de agosto de 2010, rol 1501- 09.
STC de 5 de agosto de 2010, rol 1432- 09.
STC de 7 de octubre de 2008, rol 1130-08.
STC de 8 de octubre de 2009, rol 1507- 09.
STC de 30 de enero de 2008, rol 986-07.

# EL INJUSTO DE LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

# RATIONALE BEHIND THE PUNISHMENT OF PARTICIPATION IN CRIME

*Pablo Castillo Montt*[*]

Resumen: El artículo presenta de manera detallada la evolución que ha tenido en Alemania la discusión en torno al fundamento del castigo de las figuras de inducción y complicidad, revisando, en primer lugar, las teorías del injusto autónomo de la participación y sus defectos y, luego, los planteamientos que derivan el injusto del hecho principal. La exposición pretende ilustrar de mejor manera no solo la razón detrás del castigo de estas figuras, sino que, también, los criterios que debiesen orientar la interpretación de las normas que regulan la intervención delictiva de personas distintas a los autores.

Palabras clave: Participación, antijuridicidad, injusto.

Abstract: The following work presents a detailed account of the German discussion around the rationale behind the punishment of incitement and complicity. It begins with a review of theories that defend the autonomous criminal nature of such conducts, as well as their weak points, and then reviews propositions that derive the reason for punishment from the main criminal act. The idea behind this is to clearly illustrate not only the reason behind the punishment of criminal participation but also the criteria that should guide the interpretation of the provisions applicable to people involved other than the main perpetrators.

Keywords: Criminal Participation, Incitement, Complicity

[*] Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adólfo Ibáñez. Legum Magister y Doctor en Derecho, Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg. Profesor de Derecho Penal e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. pablocastillom@udd.cl

## Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad exponer los planteamientos teóricos más relevantes presentes en la discusión jurídica alemana para explicar el contenido y estructura del injusto de la participación criminal.

La discusión sobre el fundamento del castigo de la participación criminal busca aclarar dónde él radica, o sea, por qué responde penalmente el partícipe, con lo cual se puede establecer la legitimidad de su castigo. Sin embargo, no se trata exclusivamente de un problema de legitimación del castigo del partícipe, ya que, dependiendo del fundamento que se le asigne al castigo de la participación, su estructura va a ser distinta, lo que impacta directamente en la resolución de casos.

En este trabajo, las distintas corrientes de pensamiento respecto al tema serán divididas en dos grupos: Por una parte, se expondrán aquellas teorías que ven el injusto de la participación como independiente del injusto del hecho principal. Por otra parte, se expondrán aquellas que ven el injusto de la participación como un derivado del injusto del hecho principal.

Dentro de los esquemas que plantea la independencia del injusto de la participación se pueden identificar tres categorías: La primera ve el injusto básicamente en la vulneración de un bien jurídico distinto al protegido por cada tipo penal principal. El partícipe arrastra al autor a un hecho culpable (teoría de la participación en la culpa) o injusto (teoría de la participación en el injusto). Una segunda concepción (teoría de la solidaridad) renuncia a una fundamentación del injusto del partícipe basada en la vulneración de algún bien jurídico. Según esta teoría, el carácter antijurídico de la participación se basa en la solidaridad del partícipe con el injusto ajeno y la influencia nociva que de ello se deriva para la sociedad. Por último, se encuentra la teoría de la causación pura, que ve el injusto de la participación en la vulneración autónoma del bien jurídico protegido por el tipo penal principal.

Al segundo grupo pertenece la teoría de la causación orientada a la accesoriedad y la teoría de la vulneración accesoria del bien jurídico. El fundamento común de ambas teorías radica en la cocausación de la vulneración del bien jurídico llevada a cabo por el autor, diferenciándose en que la teoría de la causación orientada a la accesoriedad deriva el injusto de la participación exclusivamente del injusto del autor, mientras que la teoría de la vulneración accesoria del bien jurídico sostiene una naturaleza dual del injusto, considerando su construcción en parte autónoma y en parte derivada.

Luego de exponer la discusión y ponderar los argumentos pertinentes, se defenderá la tesis de que la teoría de la causación orientada al principio de accesoriedad se impone por sobre el resto, ya que no solo es completamente compatible con la regulación legal alemana, sino, también, es la que mejor

permite resolver de manera satisfactoria los problemas relativos a la participación derivados de la constitución del injusto.

En último lugar, se analizará el problema de la causalidad en la complicidad y el problema que presenta el castigo de los *extraneus* en los delitos especiales propios, desde la perspectiva de la teoría de la causación orientada a la accesoriedad.

## I. Primer grupo: Teorías del injusto autónomo

### *1.1. Teoría de la participación en la culpabilidad*

#### 1.1.1. Planteamiento

Los principios de esta noción del fundamento del castigo de la participación son reconducibles, incluso al derecho canónico[1] y han sido defendidos en la literatura alemana principalmente por Beling y Hellmuth Mayer[2].

Una primera versión de la teoría se basa en la incapacidad de explicar el castigo del partícipe, recurriendo a la cooperación en la ejecución del hecho principal[3], ya que, por una parte, dicha conducta tendría un escaso valor causal en relación con el hecho principal, y, por otra, sería fácilmente sustituible, de forma que ello no podría justificar su castigo[4]. Por lo tanto, pese a existir una efectivo vínculo causal que une la participación criminal con el hecho principal, este no tendría el peso suficiente como para justificar su castigo, por lo que su fundamento tendría que buscarse en un elemento, propio e independiente de la acción del partícipe.

Según Hellmuth Mayer, el fundamento último del castigo de la participación radicaría en que el partícipe arrastra al autor al actuar culpable. Esto ocurre, en el caso de la inducción, al generar el partícipe la resolución delictiva del autor[5], y, en el caso de la complicidad, mediante el refuerzo que ella implica de la resolución del autor a cometer el hecho[6].

En el caso de la inducción, únicamente esta forma de ver el injusto del partícipe podría explicar la equivalencia de penalidad con la autoría, ya que, desde una perspectiva causal, la distancia entre la acción del inductor y

[1] Lange (1940), p. 36.
[2] Trechsel (1967), p. 20.
[3] Mayer (1953), p. 319 ss.
[4] *Ibid*.
[5] *Ibid*.
[6] *Ibid*.

el hecho principal debiese tener un efecto atenuante en la penalidad[7]. Esta línea de argumentación ve en la acción de incitación al autor a delinquir como un equivalente al comportamiento mismo del autor, siendo el argumento subyacente, que el inductor, si bien no comete el delito de propia mano, crea al delincuente[8].

En consecuencia, la equivalencia penológica de ambas conductas se justificaría mediante la ponderación de dos puntos de vista. Por una parte, se debe tomar en consideración que el inductor se encuentra, tanto objetiva como subjetivamente, más distanciado del hecho principal que el autor[9]. Desde un punto de vista objetivo, el menor aporte causal que importa la conducta del inductor, si se compara con la del autor, debiese significar que al inductor se le debería juzgar de manera más benigna.

Subjetivamente, no debiese tenerse en cuenta la disposición interna del inductor en su desmedro, ya que no es esta la que se manifiesta en la ejecución del hecho principal, sino que es exclusivamente la del autor. Incluso, el inductor puede tener motivos distintos a los del autor para querer la realización del hecho principal[10]. Asimismo, en el plano subjetivo, debe reconocérsele una atenuación al inductor, ya que la distancia con el hecho principal hace que se vea disminuida su capacidad de percibir los contramotivos que se derivan de la existencia de una norma jurídica penalmente reforzada. El razonamiento de Hellmuth Mayer discurre sobre la lógica de que quien no se "ensucia las manos" tiene menos reparos en aprobar la ejecución de un hecho[11]. Sin embargo, sí debería considerarse, en perjuicio del inductor, el hecho de que este, además de provocar la ejecución del hecho delictivo, también "seduce" al autor para que cometa el delito[12].

De modo que de la ponderación de ambos puntos de vista se desprendería la justificación de la igual punición de inductor y autor[13].

Ahora bien, respecto a la justificación del castigo de la complicidad, Hellmuth Mayer niega que ella pueda derivarse solamente del escaso aporte causal que presta el cómplice, de forma que el castigo de la complicidad se justificaría en atención al efecto que su conducta tiene sobre el autor del delito, y no atendiendo al hecho principal, ya que la disponibilidad de un cómplice tendría como efecto en el autor de amplificar su voluntad delictiva[14].

---

[7] Mayer (1953), p. 319.
[8] *Ibid*.
[9] *Ibid*.
[10] *Ibid*.
[11] *Ibid*.
[12] *Ibid*.
[13] *Ibid*.
[14] *Ibid*.

En resumen, el injusto de la conducta del partícipe se construiría mediante una combinación derivada de la implicación del autor en el actuar culpable (ya sea mediante la incitación del autor o la amplificación de su voluntad delictiva) y del aporte causal al hecho principal.

### 1.1.2. Objeciones

Esta explicación del injusto de la participación criminal ha sido generalmente considerada como insatisfactoria[15].

En primer lugar, se le critica a la teoría de la participación en la culpabilidad el ser incompatible con el derecho positivo[16]. El § 29 del *Código Penal* alemán establece la punibilidad independiente del partícipe, conforme a la cual "cada partícipe será castigado según su culpabilidad, sin consideración de la culpabilidad de otro", lo que se conoce como el principio de accesoriedad limitada, el cual se opondría a una explicación del injusto del partícipe sobre la base del involucramiento del autor en un actuar culpable, ya que la norma posibilita el castigo del partícipe en un hecho principal llevado a cabo por un autor inimputable, lo que deja en claro que la "seducción" del autor no es relevante para la punibilidad de la participación. Además, las normas sobre participación criminal del *Código Penal* alemán (§§ 26, 27), para determinar la penalidad de la participación, no toman en cuenta el grado de intensidad de la influencia ejercida sobre el autor, sino que consideran exclusivamente la gravedad del hecho principal.

Adicionalmente, se objeta que este planteamiento no sería acertado respecto de la complicidad, ya que el argumento de la causación de la culpa ajena solo es aplicable a la inducción. En la complicidad, la formación de la voluntad delictiva corre por cuenta del autor[17], y el cómplice no tiene influencia al respecto[18], por lo que la teoría de la participación en la culpabilidad no sería idónea para justificar la punibilidad del cómplice.

De aceptarse la visión del injusto, basada en la corrupción del autor llevada a cabo por parte del partícipe, entonces el injusto de la participación criminal tendría un doble carácter. Respecto de la vulneración del bien jurídico protegido por el tipo penal principal, la participación sería accesoria, pero respecto de la corrupción del autor sería autónoma, o sea, parte participación, parte autoría, lo cual conllevaría un número de problemas sistemáticos, los cuales no serán mencionados aquí, ya que trascienden el objeto de estudio del presente trabajo[19].

---

[15] Welz (2010), p. 24.
[16] Roxin (2003), § 26, n.m. 16.
[17] *Op. cit.*, § 26, n.m. 18.
[18] Nikolidakis (2004), p. 22.
[19] *Op. cit.*, p. 23 ss.

Además, de seguirse esta teoría, debiese concluirse que el agente provocador sería penalmente responsable, ya que produce la corrupción del autor[20]. Sin embargo, según doctrina mayoritaria alemana, el agente provocador debiese permanecer impune[21]. Adicionalmente, debiese afirmarse el castigo del inductor en los casos en los cuales el bien jurídico no se encuentra protegido a su respecto –por ejemplo, en el caso de la víctima sobreviviente a una tentativa de homicidio a petición–, ya que ha corrompido al autor, lo que vulneraría el principio de la impunidad de las autolesiones[22].

Sin embargo, el argumento decisivo en contra de la teoría de la participación en la culpabilidad se encuentra en el principio de autorresponsabilidad, conforme al cual el individuo es capaz de auto-determinarse y, en consecuencia, es exclusivamente responsable por su actuar[23]. Bajo esta perspectiva, no sería posible imputarle al partícipe la corrupción del autor principal, puesto que el autor mismo es responsable por su actuar. Esta consideración basta para rechazar de plano el planteamiento de la teoría de la participación en la culpabilidad desde una perspectiva jurídico-material como fundamentación del injusto de la participación criminal[24].

### *1.2. Teoría de la participación en el injusto (Teoría de la desintegración)*

#### 1.2.1. Planteamiento

Dada la incompatibilidad de la teoría de la participación en la culpabilidad con el principio de la accesoriedad limitada, Stefan Trechsel[25] y Günter Less[26] desarrollaron una teoría de la participación en el injusto, la cual –al igual que la teoría de la participación en la culpabilidad– ve el injusto de la participación criminal no solo en la afectación del bien jurídico protegido por el tipo penal principal, sino, también, en un menoscabo en la figura del autor mismo. La diferencia radica en que el partícipe, en vez de responder por el involucramiento del autor en un actuar culpable, respondería por involucrar al autor en una acción antijurídica, lo que contribuiría a la desintegración social del autor. Esto, sumado a la contribución causal, justificaría la punición del partícipe[27].

[20] Welz (2010), p. 24; Lange (1940), p. 48.
[21] Roxin (2003), § 26, Rn. 8.
[22] Nikolidakis (2004), p. 24.
[23] Schumann (1986), p. 1.
[24] Kindhäuser (2011), p. 306.
[25] Trechsel (1967).
[26] Less (1957).
[27] Trechsel (1967), p. 32.

Günter Less[28] analiza extensamente si acaso el contenido del injusto de la participación no se agota realmente en la vulneración (o puesta en peligro) del bien jurídico protegido mediante el tipo penal principal. Partiendo de la base de que tanto el autor como el inductor reciben la misma pena, debiese rechazarse la vulneración del bien jurídico como exclusivo fundamento del injusto de la participación criminal, ya que sobre ese supuesto el inductor debiese gozar de un trato atenuado dada su menor participación en el hecho; no sería posible imputar plenamente al inductor la afectación del bien jurídico producida por el autor.

La justificación del tratamiento indiferenciado del inductor se encontraría en el doble contenido de injusto de su acción[29]. Su injusto no residiría solamente en la mera participación en un hecho ajeno, sino, también, en el determinar a otro a la comisión de un delito. El solo acto de determinar a otro a la comisión de un acto antijurídico presenta un contenido de injusto distinto a la posterior vulneración de un bien jurídico. El inductor involucra al autor en un actuar antijurídico, lo sitúa en un estado fáctico de contrariedad con el derecho, vulnerando con ello su integridad socia[30]l. Vinculando su postura con la teoría del bien jurídico, Günter Less afirma que el inductor no solo vulnera mediatamente el bien jurídico protegido por el tipo penal principal, sino que, también, el derecho del autor al libre desarrollo de su personalidad[31].

Una variante de esta teoría es propuesta por Markus Welzel y Stratenwerth[32], quienes proponen que el injusto de la participación residiría en el aumento de la carga criminal que debe soportar la sociedad producto de la actividad del partícipe, ya que la inducción y la complicidad fomentarían un aumento en la cantidad de delitos. El razonamiento consiste en que, a falta de partícipes, menor actividad criminal, e, inversamente, mientras más inductores (causas) y cómplices (facilidades de comisión), mayor la cantidad de delitos.

Como se puede observar, en este caso el injusto no reside en la afectación de la persona del autor, sino en una afectación de la sociedad en su totalidad.

### 1.2.2. Objeciones

Esta teoría es rechazada completamente en el discurso jurídico alemán actual[33], ya que, si bien es compatible con el principio de accesoriedad limitada,

[28] Less (1957), p. 43 ss.
[29] *Op. cit.*, p. 46.
[30] *Op. cit.*, p. 47.
[31] *Op. cit.*, p. 52.
[32] Nikolidakis (2004), p. 30.
[33] Mitsch (1968), p. 81 ss.

igualmente sería incapaz de explicar el sistema de determinación de la pena del partícipe. Si fuese esta la base sobre la cual se construye la punibilidad del partícipe, entonces debiese regirse su castigo según una medida relacionada con la desintegración social experimentada por el autor, y no según la penalidad asignada al delito principal[34].

Al igual que la teoría de la participación en la culpabilidad, la teoría de la desintegración no resulta aplicable al caso de la complicidad, puesto que no existe una relación necesaria entre la determinación a cometer el delito por parte del autor y la complicidad. La determinación a delinquir y, por tanto, la desintegración social del autor, puede preceder al aporte del cómplice, sin que por ello la cooperación del cómplice deje de ser punible[35].

Por lo demás, no cabría equiparar la vulneración efectiva de un bien jurídico que implica la realización del hecho punible principal con el efecto que pueda tener la participación en la integridad social del autor, dado que consisten en modalidades y efectos jurídicos distintos, por lo que la teoría no podría justificar el tratamiento penológico indiferenciado entre inductor y autor que prevé la legislación alemana[36].

De la misma forma en que se critica a la teoría de la participación en la culpabilidad por contradecir el principio de autorresponsabilidad, se critica a esta teoría el hecho de hacer responsable al partícipe por el efecto que genera en una persona que actúa libremente, de forma que no podría responsabilizarse por ello a terceras personas[37]. Adicionalmente resulta cuestionable que la integridad social del autor libre y responsable sea merecedora de protección penal, especialmente si se atiende a la escaza protección penal que dispensa el sistema jurídico alemán frente a influencias criminales[38] y que el Estado no tiene una pretensión de control sobre el fuero interno ciudadano[39].

### *1.3. Participación criminal como solidaridad con el injusto ajeno*

#### 1.3.1. Planteamiento

Heribert Schumann plantea una construcción del injusto del partícipe independiente del injusto del hecho principal, basada en la solidaridad con el injusto ajeno expresada por la participación, lo cual fundamentaría su castigo.

[34] Jakobs (1993), Abs. 22. 2 a).
[35] Welz (2010), p. 25.
[36] *Ibid.*
[37] Kindhäuser (2011), p. 306.
[38] Roxin (1993), Vor § 26, n.m. 11.
[39] Haas (2008), p.130; Nikolidakis (2004), p. 29; Wolff-Reske (1995), p. 97.

Parte de la base de que la causación de la vulneración del bien jurídico llevada a cabo por el autor principal no puede justificar el castigo de la participación, puesto que dicha vulneración corresponde al ámbito de responsabilidad del autor y no podría serle imputable al partícipe. Sobre la base del principio de autorresponsabilidad, concluye que la influencia que pueda tener el partícipe sobre un tercero no fundamenta la antijuridicidad de su conducta, puesto que ello se sitúa fuera de su esfera de competencia[40]. La comisión del hecho principal pertenecería completamente a la esfera de responsabilidad del autor, lo cual haría necesaria una justificación alternativa del castigo de la participación. Por lo tanto, Heribert Schumann busca el injusto en el comportamiento mismo del partícipe y concluye que es la dañosidad social que encierra la participación, la cual no se deriva de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino de la lesión de un interés social: el partícipe atentaría contra los valores básicos de la conciencia jurídica[41]. El injusto de la participación criminal, que se expresa como solidaridad con el injusto ajeno en la conducta del partícipe, consistiría en la creación de un peligro social-psicológico para la capacidad de vigencia del derecho[42].

Asimismo, reconoce que una referencia a un interés social tan difuso puede ser problemática a la hora de fundamentar la punibilidad de la participación, puesto que, por regla general, el concepto de conducta delictiva se encuentra vinculado a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico concreto (sea individual o colectivo). Sin embargo, afirma que no necesariamente toda conducta delictiva implica una afectación de un bien jurídico, y para ello ofrece como ejemplo el castigo de la tentativa inidónea, en la cual no existe ni siquiera un peligro abstracto para un bien jurídico, pero que, sin embargo, se castiga exclusivamente en atención al desvalor de acción, el cual, según la teoría de la impresión, tendría lugar cuando la conducta exterioriza una voluntad contraria a derecho, que es idónea para perturbar profundamente la confianza colectiva en la vigencia del ordenamiento jurídico[43]. A partir de dicha consideración, Heribert Schumann sostiene que la conducta del partícipe exteriorizaría una solidaridad con el injusto ajeno que justificaría su castigo, puesto que entregaría un ejemplo inaceptable para la sociedad[44].

### 1.3.2. Objeciones

La primera crítica a la que se enfrenta la teoría de Heribert Schumann tiene relación con la considerable indeterminación del concepto de solidaridad,

[40] Schumann (1986), p. 42.
[41] *Op. cit.*, p. 50.
[42] *Ibid.*
[43] *Op. cit.*, p. 49.
[44] Schumann (1986), p. 50.

por lo que no sería judicialmente operativa. Al ser un concepto tan abierto, sería demasiado difícil determinar en qué casos un partícipe ha solidarizado con un injusto ajeno[45]. Además, habría que reconocer que, en los casos en que el partícipe logre acreditar que no actuó por solidaridad con el injusto ajeno, sino que por otros motivos (por ejemplo, a causa de una necesidad económica extrema), no procedería su castigo[46].

En segundo lugar, la teoría no sería capaz de explicar la diferencia de penalidad entre la inducción y la complicidad, ya que en ambos casos el grado de solidaridad con el injusto ajeno sería el mismo[47]. Tampoco explicaría la considerable diferencia entre la penalidad asignada por la ley a la participación y la de la tentativa inidónea, siendo que ambas tendrían el mismo contenido de injusto desde la perspectiva de la capacidad expresiva de criminalidad de la conducta. Lo cierto es que la punibilidad de la participación no puede ser explicada con ayuda de la teoría de la impresión, ya que se trata de situaciones completamente diferentes, que se mueven en distintos planos de justificación: mientras la participación provoca una afectación de bienes jurídicos, la tentativa inidónea no produce ni puede producir efecto alguno[48]. Tampoco podría explicar por qué el ordenamiento jurídico alemán deja impune la tentativa de complicidad, si en ella ya se expresa una solidaridad con el autor y, en consecuencia, conforme a la idea de la solidaridad debiese ser también castigada.

Por último, se afirma que la teoría encerraría una contradicción en sí misma: detrás de la idea de la solidaridad como ejemplo inaceptable para la sociedad que fundamentaría el castigo de la participación se escondería la idea de que la participación se castiga porque sería una fuente de influencia negativa para terceros. Sin embargo, el punto de partida del planteamiento de Heribert Schumann es el principio de autorresponsabilidad, el cual postula que cada ciudadano debe configurar su conducta de una forma tal que solo él mismo no dañe bienes jurídicos[49]. En consecuencia, sería completamente contradictorio imputar al partícipe comportamientos futuros y eventuales de individuos indeterminados, si conforme al principio de autorresponsabilidad cada uno responde exclusivamente por su conducta[50].

[45] Nikolidakis (2004), p. 34.
[46] *Ibid*.
[47] Ingelfinger (1992), pp. 119 ss.
[48] Roxin (1994), p. 368.
[49] Schumann (1986), p. 42.
[50] Nikolidakis (2004), p. 36.

## *1.4. Teoría causal pura*

### 1.4.1. Planteamiento

Klaus Lüderssen[51] y Eberhard Schmidhäuser[52] proponen una construcción de la participación criminal como delito autónomo, cuyo injusto sería completamente independiente del injusto del autor.

Esta teoría se asemeja a los planteamientos anteriores en cuanto reconoce en la participación la independencia de su injusto. La diferencia reside, sin embargo, en que esta teoría no construye el injusto del partícipe con referencia ni al autor ni a valores sociales, sino que ve en la participación una vulneración directa al bien jurídico protegido por los tipos penales principales. En otras palabras, se afirma que el partícipe mismo lesiona directamente la pretensión de indemnidad del bien jurídico protegido.

Según esta teoría, el injusto de la participación se fundamentaría principalmente en atención a su desvalor de acción, de forma que las normas sobre participación previstas en los §§ 26, 27 del *Código Penal* alemán no serían cláusulas que expanden el alcance de la pena prevista para el autor hacia los partícipes, sino que serían normas que derechamente fundamentan su castigo.

Eberhard Schmidhäuser explica que de no existir normas sobre participación criminal, igualmente sería posible el castigo de la participación mediante una interpretación extensiva de los tipos penales principales[53], puesto que tanto la autoría como la participación exhiben el mismo desvalor de acción en cuanto ambas conductas constituyen una vulneración ilegítima de un bien jurídico, siendo solamente posible una distinción en el plano del merecimiento de pena, ya que existiría una intensidad diferenciada del comportamiento delictivo[54]. Tanto autor como partícipe lesionan el bien jurídico protegido por el tipo penal principal. Desde una perspectiva material, no habría diferencia alguna entre las normas de participación y los tipos penales de la parte especial; solo se diferenciarían en cuanto a la técnica legislativa, ya que una descripción de cada conducta de participación criminal sería muy engorrosa.

Eberhard Schmidhäuser hace un paralelo entre la estructura del delito de autor y el delito de participación, donde el acaecimiento del hecho principal sería el "resultado" respecto de la participación. En este esquema, el hecho principal no formaría parte del injusto del partícipe, sino que fun-

[51] Lüderssen (1967), p. 119 ss.
[52] Schmidhäuser (1983), p. 532 ss.
[53] *Ibid.*
[54] *Ibid.*

damentaría solamente el merecimiento de pena[55], como una especie de condición de punibilidad[56], siendo la relación de dependencia existente entre la punibilidad de la participación y el hecho principal exclusivamente fáctica[57]. El resultado de esta teoría es que el partícipe tendría un tipo penal propio que emerge de la combinación de las normas sobre participación y los tipos penales de la parte especial[58].

Similar es el planteamiento de Maria-Katharina Meyer[59], quien ve en las normas sobre participación tipos penales independientes, en el sentido de que la participación criminal es un tipo especial de conducta reprochable[60]. La dependencia de la participación del hecho principal y el principio de accesoriedad servirían solamente para darle contorno; se trataría de una particularidad del tipo de la participación, consecuencia de la técnica legislativa. La función de las normas de participación sería exclusivamente limitadora de la punibilidad frente a un eventual castigo indiscriminado de toda conducta que se encuentre conectada causalmente con un hecho delictivo principal[61].

Esta independencia de la participación se vería reflejada en el § 30 del *Código Penal* alemán que castiga la tentativa de inducción, por lo cual la existencia de un hecho principal no sería un requisito necesario para afirmar una participación punible. Según esta concepción del injusto, el partícipe llevaría a cabo la conducta descrita en el tipo penal principal, solo que no en calidad de autor[62].

### 1.4.2. Objeciones

Si se entiende que los tipos penales de la parte especial no solamente se encuentran referidos a quienes realizan la conducta en calidad de autores, sino que, además, a los inductores y cómplices, en los delitos especiales el partícipe debiera también satisfacer todos los elementos del tipo para poder ser castigado, lo que implicaría que los partícipes en los delitos especiales propios debiesen quedar impunes, ya que el deber especial no los alcanzaría.

[55] Schmidhäuser (1983), p. 532.
[56] Nikolidakis (2004), p. 37.
[57] Lüderssen (1967), p. 119.
[58] *Op. cit.*, p. 118.
[59] Meyer (1979), p. 252.
[60] *Op. cit.*, p. 253.
[61] *Op. cit.*, p. 258.
[62] *Op. cit.*, p. 256.

Sin embargo, el § 28 inc. 1.º del *Código Penal* alemán establece:

> "Si faltan características especiales personales (§ 14, inciso 1) en el partícipe (instigador o cómplice), que fundamenten la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el § 49, inciso 1".

Ello da cuenta de que la ausencia de la calidad especial del partícipe no significa la impunidad de su conducta, sino una mera rebaja de la pena, por lo que no corresponde entender la participación como una conducta punible autónoma de la conducta principal, sino como una lesión mediata –vale decir, mediante el autor– de un bien jurídico que se encuentra protegido no solo respecto del autor sino que respecto de toda persona[63].

Además, si se considera que la conducta del partícipe es autónoma en cuanto a su injusto, la participación en el suicidio debiese ser punible, puesto que el partícipe realizaría el tipo de homicidio, solo que no en calidad de autor. Sin embargo, la legislación alemana no prevé un tipo especial para la participación en el suicidio, y las normas que sancionan la participación (§§ 26 y 27 del *Código Penal* alemán) presuponen la existencia de un hecho típico principal. En consecuencia, y dado que el suicidio es atípico en el derecho alemán, la participación en él también lo es.

Como se expondrá más adelante, el injusto de la participación criminal se encuentra íntimamente ligado, desde un punto de vista material, al hecho principal. La referencia al hecho principal es indispensable para fundamentar el castigo de la participación y para poder describir el comportamiento punible, ya que una construcción autónoma –vale decir, sin referencia al hecho principal– diluiría la determinación típica, contraviniendo así el principio de legalidad. La participación es intrínsecamente accesoria, ya que no puede concebirse una descripción típica de la inducción o de la complicidad sin referencia a un hecho principal. Ni la inducción ni la complicidad pueden concebirse aisladamente, porque siempre se refieren a algo más. El principio de accesoriedad de la participación es un requisito de fundamentación de la pena, y, además, una garantía, ya que restringe las posibilidades de extensión de la punibilidad a toda clase de conductas que se encuentren causalmente vinculadas a un delito[64].

Al igual que en los delitos de resultado, en los cuales la consecuente afectación del bien jurídico derivada de la conducta es un elemento integrante del injusto, en la participación criminal el hecho principal también forma parte de él[65].

---

[63] Renzikowski (1997), p. 45.

[64] Nikolidakis (2004), p. 39; Ingelfinger (1992), p. 116.

[65] Roxin (2003), § 26 n.m. 14.

## II. Segundo grupo: Teorías del injusto derivado

### *2.1. Teoría de la causación orientada a la accesoriedad*

#### 2.1.1. Planteamiento

En razón de las objeciones a que se ven enfrentadas las teorías del injusto independiente, hoy es la teoría de la causación orientada a la accesoriedad la mayoritariamente aceptada por la doctrina[66] y jurisprudencia[67] alemana.

En oposición a las teorías del injusto independiente, el planteamiento de esta teoría es bastante sencillo: el injusto de la participación no es independiente, sino que depende del injusto del hecho principal y su fundamento no radica en algún tipo de afectación al autor o en una infracción autónoma de la tipo penal principal.

Para esta concepción del injusto de la participación, los §§ 26 y 27 del *Código Penal* alemán amplían la punibilidad por el hecho principal, precisamente en razón de la causación del injusto ajeno. La contrariedad a derecho de la conducta del partícipe residiría en la co-causación accesoria de una vulneración de un bien jurídico[68]. De esta forma, el partícipe no infringe por sí mismo la norma del tipo penal principal, sino que contribuye –ya sea instigando al autor o apoyándolo física o psíquicamente– a su infracción[69].

#### 2.1.2. Objeciones

Algunos autores afirman que, en los términos planteados por esta teoría, la conducta del partícipe no puede ser considerada delictiva, ya que para ello es necesario que el comportamiento en sí, vale decir, considerado autónomamente, importe un ataque independiente a un bien jurídico protegido, de forma tal que la teoría prescindiría de un requisito esencial de la fundamentación del injusto[70].

Adicionalmente, se afirma que la teoría incurriría en una petición de principio en cuanto a lo que respecta a la necesidad material del principio de accesoriedad[71]. Si bien el planteamiento operaría sobre la base del principio

[66] Roxin (2003), § 26 n.m. 26; Kühl (2012), § 20 n.m. 132; Schönke/Schröder (2010), Vor. §§ 25 ff., n.m. 17; Wessels/Beulke (2011), p. 209.

[67] Kühl (2012), § 20, n.m. 132.

[68] Jescheck/Weigend (1996), § 64 I 2; Kudlich (2004), p. 360; Kühl (2012), §20 n.m. 132.

[69] Schönke/Schröder (2010),Vor. §§ 25 ff., n.m. 17.

[70] Roxin (2003), § 26, n.m. 27.

[71] Schumann (1986), p. 46.

de accesoriedad, no justificaría por qué la conducta accesoria adquiere el carácter de injusto punible[72], limitándose solamente a describir la relación de causalidad existente entre la participación y el hecho principal, sin explicar la forma en que el injusto realizado por el autor se transfiere a la figura del inductor o cómplice[73], por lo que la pregunta del por qué el inducir o cooperar a la realización del tipo constituye un injusto punible quedaría sin respuesta. Para los críticos de esta teoría, el hecho de que el partícipe se encuentre vinculado causalmente a una conducta antijurídica realizada por el autor no permite fundamentar el injusto penal.

A mayor abundamiento, según los detractores de esta teoría, ella no podría justificar satisfactoriamente, por una parte, la impunidad del agente provocador, unánimemente admitida[74], ya que respecto de él concurren todos los requisitos de una inducción punible[75]. Por otra parte, el planteamiento no permitiría fundamentar la impunidad de la víctima en los casos de participación necesaria, cuando a su respecto concurren todos los requisitos de la participación criminal[76]. Por ejemplo, en el caso de la víctima que sobrevive a una tentativa de homicidio a petición, ella debiese ser castigada por inducir a la realización del hecho conforme a los §§ 26, 216 del *Código Penal* alemán[77].

### *2.2. Teoría de la vulneración accesoria del bien jurídico / teoría mixta de la causación*

#### 2.2.1. Planteamiento

Claus Roxin, sintetizando la teoría causal pura y la teoría de la causación orientada a la accesoriedad[78], postula que la participación criminal en sí misma consistiría en una afectación dolosa de un bien jurídico, la cual operaría mediante una intervención desprovista de caracteres de autoría en la ejecución dolosa de una conducta típica y antijurídica[79]. El injusto de la participación residiría en el ataque mediato a un bien jurídico penalmente protegido por el tipo penal principal.

Según Claus Roxin, el injusto del partícipe tendría una doble naturaleza. Por una parte, sería un injusto dependiente o derivado del hecho

[72] Haas (2008), p. 133.
[73] Schumann (1986), p. 46.
[74] Roxin (2003), § 26, n.m. 28.
[75] Welz (2010), p. 29.
[76] *Ibid.*
[77] *Ibid.*
[78] Roxin (1994), Vor. § 26, n.m. 22.
[79] *Op. cit.*, Vor. § 26, n.m. 1.

principal, por cuanto se le imputaría al partícipe el injusto del autor[80]. Por otra parte, sería independiente, porque el injusto del autor solo puede ser imputado al partícipe cuando la colaboración al hecho del autor simultáneamente constituye un ataque propio del partícipe al bien jurídico[81].

En consecuencia, para Claus Roxin deben concurrir dos requisitos copulativos para que exista una participación criminal punible: En primer lugar, debe existir una causación accesoria de una lesión del bien jurídico mediante una intervención en un hecho delictivo doloso, la cual sería una condición necesaria, mas no suficiente, del castigo de la participación. Lo anterior implica que el hecho principal debe alcanzar al menos el grado de tentativa[82]. Adicionalmente, la conducta del partícipe debe importar una afectación autónoma de un bien jurídico, lo que requiere que el bien jurídico se encuentre protegido también a su respecto. Esta segunda exigencia fluiría de los principios generales de la teoría de la imputación, ya que solamente se puede responsabilizar penalmente por la afectación de un bien jurídico a quienes respecto de los cuales se encontraba protegido dicho bien jurídico[83].

Según Claus Roxin, esta síntesis permitiría fundamentar adecuadamente la impunidad de la víctima en los casos de participación necesaria, puesto que, si bien en esos casos se verifica una intervención en un hecho delictivo doloso, el bien jurídico no se encuentra protegido a su respecto, ya que la víctima es el propio titular del mismo, por lo que no concurrirían todos los requisitos de la participación punible. Por ejemplo, en el caso de la víctima sobreviviente a una tentativa de homicidio a petición, o en el caso de la víctima de usura, lo que ocurre es que tiene lugar una autolesión mediata, cuya impunidad se explica en razón de que el bien jurídico no se encuentra protegido a su respecto, sino que solamente respecto de terceros; la afectación de los bienes jurídicos por parte de su titular no genera responsabilidad penal[84].

Lo mismo ocurriría respecto de los partícipes en conductas punibles que, de haberlas realizado en calidad de autor, no generarían responsabilidad penal para ellos, como sería el caso del condenado que induce a un tercero a que lo ponga en libertad, o el caso de quien induce a otro a que lo encubra. En ambos casos, no procede sancionar al partícipe, ya que el ordenamiento jurídico no protege el bien jurídico a su respecto.

Respecto del agente provocador, Claus Roxin fundamenta su impunidad en el hecho de que este no tiene por objetivo la lesión efectiva del bien

[80] Roxin (2003), § 26, n.m. 11.
[81] *Ibid*.
[82] *Op. cit.*, Vor. § 26, n.m. 4.
[83] *Op. cit.*, § 26, n.m. 9.
[84] *Op. cit.*, § 26, n.m. 44.

jurídico, de forma que no se configuraría a su respecto el elemento autónomo del injusto de la participación, que presupondría un dolo de consumación. En consecuencia, la inducción a un hecho punible realizada con la finalidad de aprehender al autor durante la fase de tentativa no sería punible[85].

Por último, en relación con los partícipes *extraneus* en un delito especial propio, la punibilidad se fundamentaría sin mayores problemas, ya que, si bien quien no goza de las características especiales descritas en el tipo penal no puede afectar inmediatamente el bien jurídico, ello no significa que este no se encuentre protegido a su respecto, de forma que su afectación mediata lógicamente debiese ser punible.

### 2.2.2. Objeciones

Si bien los resultados que arroja el planteamiento de Claus Roxin son considerados deseables, René Bloy y Marios Nikolidakis[86] afirman que la teoría sería dogmáticamente inconsistente[87], puesto que el injusto de la participación debe ser dependiente o independiente del hecho principal, pero no podría ser simultáneamente accesorio e independiente[88]. La construcción de Claus Roxin del injusto de la participación sumaría dos cosas completamente heterogéneas (principio de accesoriedad y el principio de la vulneración propia del bien jurídico)[89], cuya relación no estaría demostrada, ni existiría un factor común que permita tratarlos conjuntamente[90]. Adicionalmente, la suma de dos teorías traería consigo también la suma de las objeciones que se le formula a cada una[91].

## III. Resumen y valoración de la discusión

De las consideraciones expuestas relativas al contenido y estructura del injusto de la participación se puede afirmar el rechazo de los planteamientos que ven el injusto de la participación en algo ajeno a la lesión del bien jurídico protegido por los tipos penales. De la cantidad de objeciones que se presentan a dichos planteamientos, es el principio de autorresponsabilidad el que entrega el motivo más sólido para fundamentar su rechazo.

---

[85] Roxin (1994), Vor. § 26, n.m. 2.
[86] Nikolidakis (2004), p. 47; Bloy (1985), pp. 253 ff.
[87] Nikolidakis (2004), p. 48.
[88] *Ibid.*
[89] Bloy (1985), p. 253.
[90] *Op. cit.*, p. 254.
[91] Nikolidakis (2004), p. 28; Bloy (1985), p. 254.

Por una parte, deben ser rechazadas las teorías basadas en la idea de una corrupción del autor, puesto que, aun cuando efectivamente tenga lugar en algunos supuestos de participación, ella no le puede ser imputable al partícipe y, en consecuencia, no podría fundamentar su responsabilidad penal. En este sentido, el principio de autorresponsabilidad representa un obstáculo insalvable para este tipo de fundamentación, que excluye *de lege ferenda* la corrupción del autor como un motivo plausible de la punibilidad de la participación.

Por otra parte, el principio de autorresponsabilidad también excluye la posibilidad de considerar la solidaridad con el autor como parte del contenido del injusto punible de la participación, ya que esta es incompatible con este principio.

Ya que estas teorías no pueden entregar una legitimación jurídico material de las normas sobre participación criminal, ni tampoco producen criterios de interpretación operativos para dichas normas, debe buscarse la solución en las teorías de la causación.

En el marco de los planteamientos relacionados con la causación, es la teoría de la causación orientada a la accesoriedad la que mejor explica la regulación de la participación[92], siendo improcedentes las objeciones que se plantean a su respecto, según se argumentará a continuación.

Como se expuso supra, se le critica a la teoría de la causación orientada a la accesoriedad el no entregar fundamento suficiente para fundamentar jurídico materialmente el principio de accesoriedad. La transferencia del injusto del autor hacia el partícipe no tendría explicación y, además, omitiría una fundamentación referida al bien jurídico.

Al respecto, cabe aclarar que el principio de accesoriedad es un elemento determinante de la estructura jurídico-material de la participación, sin el cual no se la puede construir como conducta penalmente relevante, puesto que su carácter delictivo solo se puede establecer con referencia al hecho principal y su resultado. La punibilidad de la participación no puede fundamentarse sin referencia al principio de accesoriedad.

Según la teoría de la causación orientada a la accesoriedad el injusto de la participación consiste en la afectación mediata de un bien jurídico. Entonces, tanto el hecho principal como la participación comparten un elemento común consistente en la afectación de un bien jurídico. Tanto al autor como al partícipe les es imputada la causación de una misma afectación de un bien jurídico, solo que en el caso de la participación esta causación opera mediatamente, lo que obliga a concebir al injusto de la participación como derivado del hecho principal.

[92] Kühl (2012), p. 701.

Sin embargo, la naturaleza derivada del injusto de la participación no implica que el partícipe responda por un injusto ajeno. El principio de accesoriedad es un principio de imputación que permite vincular materialmente un resultado –en el sentido de "estado de cosas antijurídico"– con una conducta, aun cuando ella carezca de caracteres de autoría[93]. El partícipe no responde porque el autor haya cometido un hecho ilícito, sino porque él ha contribuido a la realización del tipo. De esta manera, el comportamiento accesorio se constituye como un injusto propio, mediante el cual el partícipe hace suyo el hecho principal.

La conexión entre el hecho principal y la conducta de participación (o sea, el principio de accesoriedad) no es una decisión arbitraria del legislador, sino que emana de la esencia del fenómeno de la participación[94], la cual solo puede ser entendida como conducta criminal cuando uno la observa en relación con un hecho criminal principal. Sin él, toda conducta accesoria pierde su sentido delictivo[95].

El partícipe toma parte en un hecho punible y causa mediatamente la afectación de un bien jurídico penalmente protegido, y en ello reside su propio injusto. Tanto el injusto del autor como el del partícipe encuentran su base en la misma lesión del bien jurídico.

Como se puede ver, el principio de accesoriedad no es una necesidad formal, sino de carácter jurídico material, que permite imputar al partícipe el injusto típico[96], por lo que debe abandonarse la idea de la independencia de la participación.

Asimismo, debe descartarse la objeción de que la teoría de la causación orientada a la accesoriedad descuida la referencia al bien jurídico. La exigencia de que el bien jurídico también debe encontrarse protegido respecto del partícipe se desprende –tal como afirma Claus Roxin– de los principios generales de la imputación[97], y no tiene que ver con el tipo de intervención en el hecho punible. Tanto la autoría como la participación presuponen que el bien jurídico protegido por el tipo penal principal se encuentre protegido respecto del autor y del partícipe. En cualquier situación en la que el bien jurídico afectado no se encuentre protegido respecto de algún interviniente, debe descartarse a su respecto la imputación del injusto típico.

Lo anterior no es algo independiente del principio de accesoriedad, sino que es parte integrante de él, de forma que la participación criminal

[93] Nikolidakis (2004), p. 50.
[94] *Op. cit.*, p. 51.
[95] Bloy (1985), p. 251.
[96] Nikolidakis (2004), p. 50; Bloy (1985), p. 250.
[97] Roxin (2003), § 26, n.m. 9.

–afectación accesoria del bien jurídico protegido– presupone siempre que el bien jurídico se encuentre protegido respecto del partícipe, de lo contrario no se puede realmente hablar de participación[98].

Ya que el injusto específico de la participación reside en la causación accesoria de una afectación típica de un bien jurídico, no podría hablarse de una afectación accesoria, cuando el bien jurídico no se encuentra protegido respecto del partícipe[99]. En tal caso, no podría fundamentarse el injusto del partícipe, porque él no se encuentra en posición de afectar el bien jurídico de manera jurídico penalmente relevante, de forma que falta el "resultado" de la participación[100]. Se trata de un requisito inmanente de la responsabilidad e imputación[101].

En conclusión, la teoría de la causación orientada a la accesoriedad, correctamente entendida, lleva a los mismos deseables resultados de la teoría de Claus Roxin, sin necesidad de afirmar una naturaleza dual del injusto de la participación.

## IV. Aplicaciones prácticas

### *4.1. Causalidad como requisito objetivo básico de la complicidad*

La determinación del injusto de la participación criminal no solo tiene relevancia para legitimar su castigo, sino que tiene también relevancia para precisar el tipo objetivo de la complicidad y el requisito de la causalidad del aporte.

En Alemania, el § 27 del *Código Penal* exige solamente que el cómplice haya prestado ayuda para la comisión del hecho principal. Al respecto se pregunta: ¿qué es lo que debe entenderse específicamente por "prestar ayuda"?, ya que sería un concepto poco expresivo, que debe ser precisado interpretativamente y cuyo significado depende en gran medida de la concepción que se tenga del injusto de la participación[102].

Sobre este punto, se discute si es necesario un vínculo causal entre el hecho principal y la ayuda prestada para poder afirmar la complicidad. La doctrina mayoritaria –partidaria de la teoría causal orientada a la accesoriedad– afirma la aplicabilidad de las reglas generales sobre causalidad a la complici-

[98] Nikolidakis (2004), p. 50; Bloy (1985), p. 256.
[99] Welz (2010), p. 33.
[100] Nikolidakis (2004), p. 52.
[101] Rackow (2007), p. 77.
[102] Osnabrüge (2002), p. 24.

dad[103]. Sin embargo, quienes entienden que la participación posee un injusto autónomo, renuncian al requisito de la causalidad en el ámbito de la complicidad y, en vez, trabajan con el principio del incremento del riesgo como criterio de imputación, interpretando la complicidad como un delito de peligro[104].

Por su parte, en Chile, se desprende del § 4 del título III del libro I del *Código Penal* que la punibilidad de la complicidad depende de la existencia de un hecho principal que al menos haya alcanzado el grado de tentativa[105].

Ahora bien, en la doctrina nacional no existe total claridad respecto a la relación necesaria entre cooperación y hecho principal y, por tanto, respecto al criterio conforme al cual debe delimitarse la punibilidad de la tentativa. Algunos autores dan a entender que bastaría para el castigo de una cooperación en un crimen o simple delito que se haya dado principio a la ejecución, sin que sea necesaria una cooperación efectiva (en el sentido de un nexo causal comprobable entre aporte y ejecución del hecho)[106].

Lo cierto es que no se puede prescindir de la causalidad en el ámbito de la complicidad, ya que ello hace imposible la distinción entre complicidad tentada y acabada. La complicidad acabada requiere al menos de un nexo causal entre el comportamiento del cómplice y la ejecución del hecho, de lo contrario se trataría de una complicidad tentada, ya que de otra forma no es posible imputar al cómplice el hecho principal.

La opinión mayoritaria en Alemania parte de la base de que el aporte del cómplice debe posibilitar, facilitar, intensificar o asegurar la realización del tipo principal. Esto precisamente debido a que la complicidad deriva su carácter de injusto del hecho principal, por lo cual el nexo causal entre ambas conductas es un requisito fundamental para su punibilidad al cual no se puede renunciar[107].

Lo mismo debiese concluirse en nuestro ordenamiento jurídico, ya que es el único factor objetivo que permite trazar la línea establecida por el legislador en el § IV, el cual no prevé una pena para la complicidad tentada, lo cual hace necesario determinar cuándo existe tentativa de complicidad (impune) y cuándo comienza la complicidad punible.

---

[103] Schmidt (2012), p. 436.

[104] Otto (2004), § 22, n.m. 52.

[105] Balmaceda (2014), p. 291 s.; Cury (2009), p. 630; Hernández (2011), p. 414; Novoa (2005), p. 197.

[106] Cury (2009), p. 628 afirma: "no es necesaria una intervención causal". Garrido (2007), p. 420 exige que: "La acción de colaboración ha de ser considerada por el autor". En atención a los ejemplos que entrega, pareciera no exigir causalidad, sino la mera consciencia en el autor de que existe el aporte idóneo para facilitar la comisión del delito, aun cuando no haga uso de él al momento de la ejecución.

[107] Schönke/ Schröder (2010),Vor. §§ 25 ff., n.m. 7.

### *4.2. Accesoriedad en los delitos especiales propios*

Respecto de aquellos delitos especiales que no tienen un tipo común correlativo, se discute si acaso es posible la participación de personas que no tienen la calidad especial descrita en el tipo. Esta constelación de casos es entendida por la doctrina[108] y jurisprudencia[109] en Chile generalmente como un problema de "comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo" lo cual genera una dificultad basal de comprensión del problema.

El problema no se encuentra explícitamente resuelto en el C*ódigo Penal* chileno[110] y la discusión tiende a girar en torno a la aplicación del art. 64 inc. 1.° del C*P*[111], según el cual las circunstancias personales modificatorias de la responsabilidad penal solo afectan la responsabilidad de los partícipes en quienes concurran.

Un sector de la doctrina[112] ve la comunicabilidad como la consecuencia lógica del carácter accesorio de la participación criminal[113], ya que el bien jurídico subyacente a estos tipos penales también se encuentra protegido respecto del partícipe[114]. Dado que la calidad especial no sería una circunstancia personal modificatoria de responsabilidad penal, sino fundamentadora del injusto, el art. 64 inc. 1.° no vendría al caso[115].

Otro sector, crítico de la teoría de la comunicabilidad, propone, sobre la base del art. 64 inc. 1.° del C*P*, la incomunicabilidad de la calidad especial, de modo que la participación solo sería posible cuando existe una norma especial (por ejemplo, art. 250)[116]. Más allá de criticar la desproporcionali-

---

[108] Hernández (2011), p. 372; Rodríguez y Ossandón (2005), p. 127; Novoa (2005), p. 236; Van Weezel (2007), p. 114.

[109] Véase Hernández (2011), p. 372 ss.

[110] Hernández (2011), p. 372; Novoa (2005), p. 240.

[111] Van Weezel (2007), p. 114.

[112] Cury (2009), p. 643 ss.; Garrido (2007), p. 431.

[113] Novoa (2005), p. 241 ss.

[114] O*p. cit.*, p. 241. "Una de estas razones es la que mira a la naturaleza misma y fin de la ley penal, que es la protección de bienes jurídicos de gran valía social y el hecho de que el legislador ha sistematizado los diversos tipos delictivos precisamente considerando los diversos bienes jurídicos cuya protección pretende la ley penal". Es así como, aunque la ley penal haya restringido algunos tipos a la conducta de cierta clase de personas que en ellos podrían obrar como autores propiamente tales (ejecutores totales de la conducta típica), sea explícita o implícitamente, lo que ella se propone es que el hecho típico no sea realizado, ni por el cualificado a solas, ni por éste con colaboración o ayuda del no cualificado.

[115] Cury (2009), p, 647.

[116] Rodríguez y Ossandón (2005), p. 136. Hernández (2011), p. 378.

dad del castigo del *extraneus*[117] –juicio político-criminal reservado al legislador, no corregible por la vía dogmática– se le critica fundamentalmente a la teoría de la comunicabilidad la incoherencia sistemática de la imputación accesoria en el delito especial, puesto que se sancionaría al *extraneus* por la infracción de un deber que no le compete[118].

Lo cierto es que no se trata de la comunicabilidad de la calidad de sujeto especial ni de la imputación de la infracción de un deber, sino de un problema de imputación de injusto típico. Al partícipe no se le castiga como si fuera un funcionario público que infringe un deber especial, sino que se le castiga por su participación en la producción de un injusto típico cuya realización se encuentra restringida a un círculo reducido de autores, sobre quienes efectivamente pesa un deber especial. Si bien al *extraneus* no se le puede imputar el injusto típico en calidad de autor, nada obsta a la imputación accesoria de la vulneración de un bien jurídico llevada a cabo por un autor cualificado en conformidad con las reglas generales de participación.

En los delitos especiales propios, la punibilidad de la participación se fundamenta exclusivamente sobre la base del principio de accesoriedad. Si bien un *extraneus*, en principio, no está en posición de vulnerar los bienes jurídicos protegidos por los tipos especiales, su participación accesoria habilita la imputación del injusto del hecho principal. La imposibilidad jurídica y fáctica de realizar el injusto típico especial del *extraneus*, no obsta a la imputación mediata del injusto, el cual se hace posible en el momento en que este contribuye causal y dolosamente a su realización.

La calidad de funcionario y la infracción de deber son un presupuesto normativo del injusto y no su fundamento. El fundamento de la punibilidad de la infracción del deber es la vulneración del bien jurídico protegido por el tipo penal principal[119]. El fundamento del injusto en el caso de los delitos

[117] Van Weezel (2007), p. 115: "[...] esta solución no deja de ser insatisfactoria: precisamente en los casos en que la ley atiende en forma absoluta al estatus del sujeto activo, de modo que en ausencia de tal estatus el hecho ni siquiera es punible, se termina castigando al *extraneus* siempre y en forma más intensa que en los casos en los que la cualificación personal constituye sólo una circunstancia agravante. La solución arroja de un golpe al ciudadano corriente en una situación cualificada de deber y lo nivela, por ejemplo, con el juez que prevarica o con funcionario público que malversa fondos a su cargo". Similar Rodríguez y Ossandón (2005), p. 129 s.

[118] Van Weezel (2007), p. 115. N.a.P. 153. "Respecto de la infracción del deber subyacente, sin embargo, lo anterior significa que en tales delitos opera la accesoriedad, lo que no parece compatible con la idea de los delitos de infracción de un deber positivo… en los que tal deber sólo puede ser infringido por quien se encuentra vinculado por él". Hernández (2011), p. 379; Rodríguez y Ossandón (2005), p. 129.

[119] Rodríguez y Ossandón (2005), p. 118 "[...] al concebir estos delitos como de infracción de deber no desaparece la referencia al bien jurídico [...] pese a que lo relevante sea la

contra la función pública cometidos por funcionarios no tiene que ver con "que su ejecución normalmente importa abuso de poder o el aprovechamiento de ciertas ventajas"[120] sino que en la vulneración del bien jurídico "correcto funcionamiento de la función pública"[121], que solo quien ostenta la calidad de funcionario se encuentra en una posición jurídica de llevar a cabo.

Si bien ni el inductor ni el cómplice realizan el tipo penal, ni poseen la calidad especial requerida por la norma, es perfectamente posible atribuirles responsabilidad por el injusto típico realizado por el autor especial.

## Bibliografía

Balmaceda Hoyos, Gustavo (2014). *Manual de derecho penal. Parte general*. Santiago: Librotecnia.

Baunack, Martina (1999). *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe: Unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe.* Berlin:Duncker & Humblot.

Bloy, René (1985). *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.

Cury Urzúa, Enrique (2009). *Derecho penal. Parte general*. 9ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo i.

Garrido Montt, Mario (2007). *Derecho penal. Parte general*. 4ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo ii.

Haas, Volker (2008). *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*. Berlin: Duncker & Humblot.

Hernández Basualto, Héctor (2011), en Jaime Couso y Héctor Hernández (dirs.), *Código penal comentado*. Santiago: Legal Publishing, libro i.

Ingelfinger, Ralph (1992). *Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit*. Berlin, Duncker & Humblot.

Jakobs, Günther (1993). *Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlage und die Zurechnungslehre, 2. Auflage*. Berlin: DeGruyter.

Jescheck, Hans-Heinrich Thomas Weigend, (1996). *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Auflage*. Berlin: Duncker & Humblot.

referencia al deber que, de lesionarse, determina la tipicidad… Aunque no se haga referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, aunque se afirme que la defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un riesgo prohibido, sino con el incumplimiento de un deber institucional, el bien jurídico siempre está en el trasfondo".

[120] Rodríguez y Ossandón (2005), p. 129. N.a.P. 110.

[121] *Op. cit.*, p. 110.

KINDHÄUSER, Urs (2011). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

KUDLICH, Hans (2004). *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*. Berlin: Duncker & Humblot.

KÜHL, Kristian (2012). *Strafrecht: allgemeiner Teil, 7. Auflage*. München, Vahlen Verlag.

LANGE, Richard (1940). *Die Notwendige Teilnahme*. Berlin, DeGruyter.

LESS, Günter (1957). "Der Unrechtscharakter der Anstiftung". *ZStW*, vol. 69.

LÜDERSSEN, Klaus (1967). *Zum Strafgrund der Teilnahme*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

MAYER, Hellmuth (1953). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer.

MEYER, Maria-Katharina (1979). "Tatbegriff und Teilnehmerdelikt". *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*.

MITSCH, Wolfang (1986). *Straflose Provokation strafbarer Taten: Eine Studie zu Grund und Grenzen der Straffreiheit des agent provocateur.* Lübeck: Schmidt-Römhild.

NIKOLIDAKIS, Marios (2004). *Grundfragen der Anstiftung: Strafgrund - agent provocateur - Objektsverwechslung*. Berlin: Duncker & Humblot.

NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). *Curso de derecho penal chileno. Parte general*. 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo II.

OSNABRÜGGE, Stephan (2002). *Die Beihilfe und ihr Erfolg: zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB.* Berlin: Duncker & Humblot.

OTTO, Harro (2004). *Strafrecht AT, 7. Aufl*. Berlin: DeGruyter.

RACKOW, Peter (2007). *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang.

RENZIKOWSKI, Joachim (1997). *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y María Magdalena OSSANDÓN WIDOW (2005). *Delitos contra la función pública*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

ROXIN, Claus (1993), en Burkhard JÄHNKE, Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE, Walter ODERSKY (Hrsg.) (1993). *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Lieferung: §§ 25-27, 11. Auflage*. Berlin/New York: Beck Verlag.

ROXIN, Claus (1994), en Wilfried KÜPER, Jürgen WELP (Hrsg.) (1994). *Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.H. Beck.

ROXIN, Claus (2003). *Strafrecht, Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C.H. Beck.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1983). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Tübingen: Mohr Siebeck.

SCHMIDT, Rolf (2012). *Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Auflage.* Grasberg bei Bremen: Rolf Schmidt Verlag.

SCHÖNKE, Adolf, Horst SCHRÖDER (Hrsg.) (2010). *Strafgesetzbuch (Kommentar), 28. Auflage*. München: C.H. Beck.

SCHUMANN, Heribert (1986). *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: Mohr Siebeck.

TRECHSEL, Stefan (1967). *Der Strafgrund der Teilnahme*. Bern: Stämpfli.

VAN WEEZEL, Alex (2007). *Delitos tributarios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

WESSELS, Johannes, Werner BEULKE (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau, 41. Auflage*. Heidelberg: C.F. Müller.

WELZ Markus (2010). *Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe: Überlegungen insbesondere zur Abgrenzung von Anstiftung und psychischer Beihilfe sowie zur Durchführung einer Wahlfeststellung zwischen den Teilnahmeformen*. Frankfurt am Main: Peter Lang.

WOLFF-RESKE, Monika (1995). *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung: Ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfestrafbarkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlag.

# LAS DONACIONES Y SU ESPECIAL TRATAMIENTO JURÍDICO EN MOMENTOS DE CALAMIDAD PÚBLICA

# DONATIONS AND THEIR SPECIAL LEGAL TREATMENT IN MOMENTS OF PUBLIC CALAMITY

*Felipe Lagos Torres*[*]

Resumen: En momentos de calamidad pública, las donaciones son esenciales para ayudar a las personas afectadas a superarla, pues muchas veces los gobiernos no son capaces de enfrentar solos la emergencia. Por este motivo es que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con leyes que fomentan las donaciones con motivo de catástrofes a través de incentivos tributarios, pero que en gran medida son desconocidas por la sociedad.

Palabras clave: Catástrofe, donaciones, leyes, incentivos, ayuda.

Abstract: In times of public calamity, donations are essential to help affected people overcome it, as governments are often unable to face the emergency alone. For this reason, our legal system has laws that encourage donations due to catastrophes through tax incentives, but which are largely unknown by society.

Keywords: Catastrophe, Donations, Laws, Incentives, Help.

## Introducción

Para nadie es una incógnita que Chile es un país que se caracteriza por la gran frecuencia y diversidad de sus desastres naturales. Inundaciones, desbordes de

[*] Abogado de la Universidad del Desarrollo y Máster en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas de la Universidad de Salamanca, España. Correo electrónico: felipe.lagos.torres@gmail.com

ríos, sequías y aluviones son algunos de los desastres naturales que ocurren todos los años en nuestro país.

Los terremotos, con sus respectivos maremotos, merecen un registro aparte. Nuestro país se encuentra situado sobre uno de los fragmentos más activos de subducción del accidente geológico conocido como Cinturón de Fuego del Pacífico, lo que le da una gran actividad sísmica. Se ha estimado que un chileno que completa la esperanza de vida que se proyecta para nuestro país vive, en promedio, tres terremotos de gran intensidad. A modo de ejemplo, una persona que hoy tiene ochenta y cinco años vivió el terremoto de Chillán de 1939 (el más mortífero de nuestro país), el megaterremoto[1] de Valdivia de 1960 (el movimiento telúrico más grande que se tenga registro en la historia de la humanidad) y el megaterremoto de Cobquecura de 2010. A esos hay que sumarles todos los "simples terremotos" que están entre medio, de menor intensidad, pero terremotos igualmente, con muertos, heridos, damnificados y daños en la infraestructura. Esta actividad geológica también es la responsable de la gran cantidad de volcanes que hay en Chile, con sus respectivas erupciones.

Así es como puede entenderse por qué se decía que el único desastre natural que no teníamos eran los tornados, por ser propios de las zonas tropicales, sin embargo, en mayo del año 2019 en dos días hubo seis tornados entre las regiones de Ñuble y de La Araucanía. Extraños fenómenos que la ciencia meteorológica ha anunciado como normales en Chile, a consecuencia del cambio climático.

Hasta el momento, se ha omitido los peligros antrópicos o con origen en las acciones del ser humano, como lo fue el mega incendio del verano de 2017, que abarcó diez de las quince regiones de nuestro país[2], y que llegó a reducir a cenizas un asentamiento humano entero, como el poblado de Santa Olga en la Región del Maule.

Estos acontecimientos obligan a los gobiernos a tomar distintas medidas para enfrentar las crisis humanitarias y económicas que se producen, medidas que en algunos casos tienen como fin superar la crisis y, por tanto, son temporales, por ejemplo, decretando Estados de excepción constitucional que permiten maniobrar de mejor manera, hacer uso del 2 % constitucional sobre la ley de presupuesto, etc.; mientras que en otros casos se genera normativa permanente que, incluso, cambia la estructura del Estado, en este segundo caso se puede recordar cómo tras el terremoto de Chillán

[1] Se llama megaterremoto a aquel movimiento sísmico cuya magnitud es superior a 8,5.° en la escala de Richter.

[2] Actualmente Chile tiene dieciséis regiones, ya que la actual Región de Ñuble era en ese tiempo la provincia de Ñuble, perteneciente a la Región del Biobío.

de 1939 el gobierno de Pedro Aguirre Cerda promulgó la Ley n.º 6434 de Reconstrucción, Auxilio y Fomento de la Producción, que entre otras cosas creó la Corporación de Fomento de la Producción –Corfo– y la Corporación de Reconstrucción y Auxilio[3].

Del mismo modo, tal como actúa el Estado frente a las catástrofes, también lo hacen los particulares. La cooperación es una reacción natural del ser humano frente a las calamidades públicas, la que se refleja cuando la ciudadanía se vuelca espontáneamente a ayudar a los habitantes de las zonas afectadas. Esta ayuda se puede presentar de las más diversas maneras, y claro está, en la medida de las posibilidades de cada uno. La cooperación, siendo complementaria a las medidas que adopta el Estado, muchas veces es fundamental, lo que se refleja cuando en ocasiones son los mismos gobiernos quienes reconocen que, ante una situación descontrolada, no son capaces de dar a vasto con las necesidades de la emergencia.

Una de las formas más comunes que se utiliza para prestar ayuda ante una catástrofe son las donaciones. Alimentos, ropa y artículos de higiene personal puede que sean los artículos más solicitados para los afectados y, por tanto, los que más se donen, pero también se puede tratar de herramientas y materiales de construcción o insumos médicos entre muchos otros.

Aunque está clara la importancia que llegan a tener las donaciones al momento de enfrentar una catástrofe, su existencia y el logro de sus fines puede verse amenazado por nuestro propio ordenamiento jurídico.

## I. La donación en el *Código Civil*

### *1. Descripción general*

La donación es un contrato real, unilateral y gratuito por el cual una de las partes contratantes denominada donante transfiere, gratuitamente a la otra denominada donatario, una parte de su patrimonio, por una mera liberalidad, enriqueciéndola. La donación está, en el *Código Civil*, regulada a propósito de la sucesión por causa de muerte, a partir del art. 1386 que la define[4]. Posteriormente, el art. 1401 dice que cuando lo donado tenga un valor superior a dos centavos de peso, previo a la ejecución del contrato es necesario realizar

[3] La Corporación de Reconstrucción y Auxilio sería posteriormente, en 1953, fusionada con la Caja de Habitación, creándose así la Corporación de la Vivienda (Corvi), que, a su vez, es la antecesora jurídica del Servicio de Vivienda y Urbanismo (Serviu).

[4] Art. 1386 del *Código Civil*: "La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra que la acepta".

el trámite de la insinuación[5], sin el cual la donación será nula en la parte que exceda de esos dos centavos. La insinuación es un trámite judicial voluntario, en el cual el futuro donante le pide al juez civil de su domicilio la autorización para efectuar esta donación superior a dos centavos. El motivo está en el derecho sucesorio (recuérdese que la donación está regulada a propósito de la sucesión por causa de muerte), ya que en Chile no existe la libertad de testar, por lo que forzosamente se debe respetar las legítimas[6] tanto en su totalidad como en la cuota que a cada legitimario le corresponde. El causante debe respetar esas cuotas de la herencia y, por consiguiente, el donante también debe respetarlas respecto a la herencia futura que dejará a sus herederos.

La ley permite que solo un cuarto de la masa hereditaria puede ser legada libremente, la cuarta de libre disposición, y que solo otro cuarto puede ser destinado a mejorar a ciertos herederos, la cuarta de mejoras, luego la donación está sujeta a estas restricciones con el objetivo de no defraudar a los herederos. He ahí el motivo por el cual, Andrés Bello, al redactar el *Código Civil*, estableció que las donaciones hechas por montos superiores a dos centavos debían tener previamente la autorización del juez civil, a través de la insinuación, para que este velara por el respeto de las cuotas hereditarias.

Para el redactor de *Código Civil*, siguiendo a Savigny, es un elemento de las donaciones el *animus donandi*, es decir, el donante tiene que disminuir su patrimonio buscando enriquecer al donatario a través de la donación[7]. Sin este objetivo lucrativo en favor del donatario era impensado que alguien quisiera practicar una donación en favor de otro, no tendría sentido. Este enriquecimiento originado en una donación, según el art. 17 n.° 9 de la Ley de Impuesto a la Renta, no constituye renta, por lo que no está afecto a aquel impuesto, pero sí está afecto a un impuesto específico a las donaciones. Aquí es donde aparece el derecho tributario, el que representa un importante papel en el universo de las donaciones.

## *2. El impuesto a las donaciones*

Al igual que en el *Código Civil*, en el derecho tributario las donaciones están reguladas a propósito de la sucesión por causa de muerte, en específico es la Ley n.° 16271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, del año 1965, la que refundiendo el texto de la Ley n.° 5427 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, del año 1934, regula esta materia

[5] Regulado procesalmente en los arts. 889 y 890 del *Código de Procedimiento Civil*.

[6] Parte de la herencia que le corresponde a los herederos forzosos o legitimarios.

[7] Art. 1398 del *Código Civil*: "No hay donación, si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero".

equiparando prácticamente en todo el impuesto a las donaciones respecto del impuesto a las herencias. Esta ley indica que el sujeto pasivo es el donatario[8], siendo él quien tiene la carga de pagar el impuesto, ya que es él quien se está enriqueciendo, impuesto que debe pagarse antes de materializarse la donación.

El impuesto a las donaciones es un impuesto progresivo, es decir, mientras las donaciones sean de montos mayores, el impuesto igualmente irá incrementando la tasa impositiva. A continuación, se muestra la tasa impositiva que afecta a la donación según el monto donado[9]:

- Las donaciones que no excedan de 80 Unidades Tributarias Anuales (en adelante UTA) pagarán un 1 % de impuesto.
- Si la donación es superior a 80 UTA, se aplicará el párrafo inmediatamente anterior hasta ese tope, y en la parte de las donaciones que exceda de las 80 UTA, pero no exceda de 160 UTA, pagará un 2,5 % de impuesto.
- Si la donación es superior a 160 UTA, se aplicará el párrafo inmediatamente anterior hasta ese tope, y en la parte de la donación que exceda de las 160 UTA, pero no exceda de las 320 UTA, pagará un 5 % de impuesto.
- Si la donación es superior a 320 UTA, se aplicará el párrafo inmediatamente anterior hasta ese tope, y en la parte de la donación que exceda de las 320 UTA, pero no exceda de las 480 UTA, pagará un 7,5 % de impuesto.
- Si la donación es superior a 480 UTA, se aplicará el párrafo inmediatamente anterior hasta ese tope, y en la parte de la donación que exceda de las 480 UTA, pero no exceda de las 640 UTA, pagará un 10 % de impuesto.
- Si la donación es superior a 640 UTA, se aplicará el párrafo inmediatamente anterior hasta ese tope, y en la parte de la donación que exceda de las 640 UTA, pero no exceda de las 800 UTA, pagará un 15 % de impuesto.
- Si la donación es superior a 800 UTA, se aplicará el párrafo inmediatamente anterior hasta ese tope, y en la parte de la donación que exceda de las 800 UTA, pero no exceda de las 1 200 UTA, pagará un 20 % de impuesto.
- Si la donación es superior a 1 200 UTA, se aplicará el párrafo inmediatamente anterior hasta ese tope, y en la parte de la donación que exceda de las 1 200 UTA pagará un 25 % de impuesto.

[8] Art. 52 Ley n.º 16271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones. Véase también Servicio de Impuestos Internos (2004). Circular n.º 19.

[9] Art. 2 Ley n.º 16271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones.

### *3. Exenciones al impuesto a las donaciones*

Sin perjuicio de lo anterior, el presente impuesto no tiene una aplicación rígida en todas las donaciones, ya que dependiendo de distintos factores que se pasarán a exponer, presenta exenciones y recargos que, incluso, en algunos casos se aplican simultáneamente.

De este modo, las donaciones efectuadas al cónyuge, a los ascendientes, al adoptante, a los hijos o al adoptado y a los descendientes de ellos estarán exentas del pago de impuesto hasta completar la suma de 5 UTA. Estas exenciones se aplicarán a los tramos anteriormente señalados, desde el primer tramo. Cuando estas donaciones tengan como beneficiarios parientes colaterales del donante en segundo, tercero o cuarto grado, tendrán la misma exención hasta la suma que no exceda de las 5 UTA, pero en lo no exento se aplicará el impuesto indicado en el párrafo anterior recargado en un 20 %, mientras que el recargo aumentará al 40 % si el donatario tiene un parentesco más lejano con el donante o si no tuviera parentesco. Finalmente, cuando la donación imponga un gravamen al donatario, se avaluará dicho gravamen y se descontará del monto donado, aplicándose el impuesto a la suma resultante de esta resta[10].

Como se ha analizado hasta el momento, estas exenciones solo alcanzan al parentesco, sufriendo, incluso, altos recargos cuando el donatario no tiene relación parental. Igualmente puede apreciarse que es un impuesto que grava el hecho de donar, sin entrar a examinar las motivaciones que hubo para realizarse.

Por otro lado, la misma Ley n.° 16271 establese otro tipo de exenciones[11], que esta vez alcanza al 100 % del impuesto, en beneficio de ciertas donaciones efectuadas a determinadas causas que se indican a continuación[12]:

- Las que se efectúen a la Beneficencia Pública Chilena, a las municipalidades o a las fundaciones y corporaciones de derecho público financiadas por el Estado.
- Las donaciones "de poca monta", que por costumbre se otorguen en beneficio de personas a quienes no alcanzan las exenciones del art. 2 de la ley.
- Las donaciones que tengan como fin construir, reparar o mantener templos de cualquier religión reconocida por el Estado y que estén dedicados a su culto.

[10] Art. 2 Ley n.° 16271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones.

[11] Art. 18 Ley n.° 16271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones.

[12] En el mismo artículo hay dos exenciones más que se han omitido en este trabajo por no tratar sobre donaciones, sino que al pago de alimentos y asignaciones hereditarias respectivamente.

- Donaciones que se realicen a la beneficencia pública, a la difusión de la educación escolar o al desarrollo de las ciencias en el país.
- Aquellas donaciones autorizadas por decreto del Presidente de la República que tengan como fin exclusivo el bien público.

Este es el sistema general que regula las donaciones en Chile, como se puede observar, cronológicamente parte por la solicitud que el donante hace al juez civil para autorizarlo a efectuar la donación, solicitud que se tramita a través de la insinuación. Continúa con el análisis que el juez civil hace respecto del patrimonio del donante, verificando si la donación solicitada respeta o no las cuotas forzosas que establecen las normas de la sucesión. Si de este análisis el juez estima que dichas cuotas son violadas, rechazará la insinuación, negando la donación, mientras que, si estima que las cuotas se han respetado, autorizará la donación. A continuación, una vez autorizada la donación se calculará el impuesto respectivo, el cual se debe enterar en arcas fiscales. Finalmente, pagado el impuesto, el donante puede proceder a entregar la donación al donatario.

Del análisis anterior puede entenderse cómo este sistema no coopera en nada a la celeridad con que se necesita actuar en momentos de enfrentar una catástrofe. El solo trámite de la insinuación, aunque no sea una contienda, durará todo lo que sea necesario según la carga de trabajo del tribunal, el cual es probable también se vea afectado por la emergencia, generando que las donaciones se liberen tardíamente, y no lleguen a tiempo para cubrir las necesidades de la emergencia. Por otro lado, la donación se encarece, respecto del donante la insinuación genera costos, mientras que el donatario adquiere una carga tributaria. Este encarecimiento hay que tenerlo especialmente presente respecto del donatario, quien, frente a una catástrofe, si no es el Estado, lo normal es que sea alguna fundación, corporación u ONG. Luego, ¿tendrán estas instituciones, que no son generadoras de renta y que por excelencia son receptoras de fondos o subsidios ligados a proyectos, fondos libres para pagar este impuesto?

Aquí se toca otro punto importante, que termina entrabando la cooperación. Como se dijo anteriormente, al redactar nuestro *Código Civil*, Andrés Bello asume el *animus donandi* como elemento del contrato de donación, asumiendo con ello que el donatario es el destinatario final de la donación. Pero en la actualidad, y principalmente en momentos de calamidad pública, el donatario no es más que un intermediario calificado por su *lex artis* para administrar debidamente lo donado con el objetivo de satisfacer las necesidades de los afectados por la catástrofe.

Al principio se comentó que la gran cantidad de desastres naturales que presenta nuestro país genera, entre otras reacciones, la creación de normativa permanente con el fin de poder generar a futuro respuestas cada vez

más eficientes ante estas catástrofes. En los siguientes apartados se abordará la normativa que permite, frente a calamidades públicas, incentivar la colaboración de los particulares, a través de donaciones, para complementar los esfuerzos estatales destinados a superar las catástrofes, y permitiendo que estas tengan la celeridad que urge en esos momentos.

## II. Cómo enfrentar las catástrofes: Ley n.°16282[13, 14]

Tal como se comentó anteriormente, a medida que han ido ocurriendo desastres naturales en nuestro país, los gobiernos han ido creando normativas e instituciones que permitan prever y enfrentar debidamente las catástrofes. Tal vez la más importante de estas es la Ley n.° 16282, promulgada en 1965 a consecuencia de un terremoto ocurrido en el mes de marzo de ese año en la comuna de La Ligua. Dicha ley ordenó crear, por primera vez en la historia, un equipo permanente de expertos para que desarrollaran a lo largo de todo el territorio nacional una variedad de programas de prevención y combate de diversas catástrofes naturales. Este grupo de expertos derivó en un comité que empezó sus funciones en marzo de 1972, culminando, finalmente, en la creación de la Oficina Nacional de Emergencias del Ministerio del Interior (Onemi) en enero de 1974.

La misma ley crea un sistema simplificado para incentivar las donaciones que se pretenden realizar con motivo de enfrentar un sismo u otra catástrofe. Esta es una de las dos normas que modifica, para estos fines, el sistema de donaciones del *Código Civil* y demás leyes ya analizadas en el apartado anterior, siendo la otra norma la que se analizará en el apartado siguiente.

### *1. Efectividad de la norma*

Esta es una ley totalmente vigente desde su promulgación, pero su sistema donativo cobra efectividad solo una vez que, ocurrida una calamidad pública, cualquiera sea su origen, el Presidente de la República haya emitido un decreto supremo fundado, que establezca en el área afectada el Estado de Excepción Constitucional de catástrofe[15]. Ocurrido aquello, este sistema simplificado opera plenamente, pero solo por un plazo de doce meses contados desde la

[13] Ley n.° 16282 que fija Disposiciones para Casos de Sismos o Catástrofes (1965).

[14] Su texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el decreto supremo n.° 104 de 1977.

[15] Art. 1.° Ley n.° 16282 que fija Disposiciones para Casos de Sismos o Catástrofes (1965).

fecha de declaración de catástrofe, pudiendo el Presidente de la República extenderlo hasta por igual periodo por decreto supremo fundado[16].

*2. Sujetos intervinientes*

Esta ley tiene como finalidad estimular la cooperación de los particulares en los esfuerzos para superar las emergencias ocasionadas por calamidades públicas, permitiendo que prácticamente todo contribuyente pueda donar, tanto persona natural como jurídica, nacional o extranjera[17].

Puede ser donatario de estas donaciones el Estado de Chile, personas naturales o jurídicas de derecho público, fundaciones o corporaciones de derecho privado y universidades reconocidas por el Estado[18]. Todos ellos siempre y cuando trabajen directamente con los afectados por la calamidad pública ocasionada por la catástrofe y cuyo trabajo esté destinado a satisfacer las necesidades básicas de dichos afectados. También pueden tener como destino a una potencia extranjera, ya que la ley en comento indica que el decreto supremo puede emitirse para ayudar a otro país que esté padeciendo una catástrofe, por tanto, si el decreto supremo fundado tiene como fin la recolección de aportes y envío de ayudas al exterior, como un acto humanitario de solidaridad internacional[19], las donaciones tendrán el mismo tratamiento que tienen cuando se efectúan frente a una catástrofe nacional.

Recordemos que esta ley busca agilizar la entrega de ayuda a las personas afectadas por una catástrofe, y para que esto se produzca eficientemente, muchas veces se necesita de un intermediario, por lo que en este caso el donatario no necesariamente será el beneficiario de las donaciones. Los donatarios identificados en el párrafo anterior, exceptuando las personas naturales de la zona afectada y comprendida en el estado de excepción, no pueden ser beneficiarios de las donaciones. Lo que busca la ley respecto de los donatarios no beneficiarios es que ellos den una competente administración de las donaciones repartiéndola eficientemente entre las personas afectadas.

[16] Art. 19 decreto supremo n.º 104 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la Ley n.º 16282 (1977).

[17] Servicio de Impuestos Internos (2005).

[18] Art. 6 Ley n.º 16282 que Fija Disposiciones para Casos de Sismos o Catástrofes (1965).

[19] Art. 1.º decreto supremo n.º 104 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la Ley n.º 16282 (1977).

### *3. Bienes susceptibles de ser donados y su finalidad*

Con estas donaciones solo se debe buscar superar la emergencia dando ayuda inmediata a los afectados. La recuperación o reconstrucción de los daños ocasionados por la catástrofe no son parte de la competencia de esta norma[20].

Se puede donar tanto dinero como especies. La ley especifica que estas donaciones deben tener como exclusivo objetivo el satisfacer las necesidades básicas de: alimentación, abrigo, habitación, salud, aseo, ornato, remoción de escombro, educación, comunicación y transporte de los habitantes de la zona afectada y comprendida en el decreto que establece el Estado de Excepción Constitucional[21]. Cualquier donación que se salga de estos fines incumplirá los requisitos exigidos por la ley.

### *4. Procedimiento y verificación*

Como se dijo, es un sistema simplificado que busca agilizar la disponibilidad de las donaciones para socorrer a tiempo a los afectados. Un procedimiento propiamente tal no existe, lo que ocurre es que se elimina el trámite de la insinuación[22]. Las donaciones en dinero se deben efectuar a través de depósitos bancarios o transferencias electrónicas a cuentas bancarias acreditadas, mientras que las donaciones de especies deben efectuarse a través de la entrega de estos a los destinatarios.

Si el donatario es el Estado, la donación deberá acreditarse a través de un certificado emitido por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública[23]. Si el donatario es cualquier otro de los habilitados como tal en la ley, no es necesario que emitan un certificado, pero sí deben entregar al Servicio de Impuestos Internos un listado completo con la indicación de los donantes y lo donado[24, 25, 26].

---

[20] Aquella materia corresponde a la Ley n.º 20444 de 2010, que es lo que se analizará en el apartado siguiente.

[21] Art. 7 decreto supremo nº 104 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la Ley n.º 16282 (1977).

[22] Art. 7 inciso 1.º decreto supremo n.º 104 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la Ley n.º 16282 (1977), en relación con el art. 2 decreto ley n.º 45 dispone que las donaciones que se realicen al estado con los fines que indica estarán exentas del impuesto que señala (1973).

[23] Art. 7 inciso 2 decreto supremo n.º 104 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la Ley n.º 16282 (1977).

[24] Servicio de Impuestos Internos (2016), oficio n.º 2338.

[25] Servicio de Impuestos Internos (2020). Circular n.º 32. Los donatarios deben cumplir con esta obligación de informar presentando, al año siguiente de la donación, la declaración jurada n.º 1832 (Servicio de Impuestos Internos (2017). Resolución exenta n.º 98).

[26] Considerese que respecto de la pandemia de Covid-19, el Servicio de Impuestos Internos creó un certificado que debe ser otorgado por los donatarios que recepcionen donaciones

Por su parte, el donante siempre deberá guardar respaldo de la donación ante eventuales futuras fiscalizaciones, lo cual puede efectuarse a través de los respectivos comprobantes de depósito o transferencia, facturas exentas o boletas de compra, guías de despacho, contratos de transporte o despacho, contabilidad fidedigna, etcétera[27].

## 5. *Exenciones a las donaciones*

La primera exención tributaria que tienen las donaciones amparadas a esta ley, es la del Impuesto a las Donaciones, ya largamente tratado al inicio de este trabajo, el cual se exime en su totalidad[28]. Respecto de las donaciones en especie, se exime el pago del Impuesto al Valor Agregado[29]. Respecto de los donatarios, estas donaciones son ingresos no constitutivos de renta, conforme lo establecido en el art. 17 n.º 9 de la Ley de Impuesto a la Renta.

Por otro lado, toda exportación o importación relativa a las especies donadas están liberadas de todo tipo de impuesto, derecho, tasa o gravamen que corresponda a las aduanas, como también se liberan de toda tarifa de carga o descarga, movilización, almacenaje, operaciones complementarias u otras, ya sea en puertos, aeropuertos o estaciones de ferrocarriles, y se entenderán también eximidas de las prohibiciones, limitaciones y depósitos aplicables al régimen general de importaciones o exportaciones[30].

Respecto de las importaciones que constituyan donaciones y socorros, se hace presente que, aun cuando no estén en vigor los beneficios de la Ley n.º 16282 por no estar declarado el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe o por haber transcurrido el plazo de doce meses posteriores a su declaración o su eventual prórroga, igualmente estas podrán estar exentas del Impuesto al Valor Agregado, si el Servicio Nacional de Aduanas califica aquellas donaciones y socorros como tales, a su juicio exclusivo, y estas tengan como destinatarias fundaciones, corporaciones o universidades, corres-

destinadas a combatir exclusivamente aquella pandemia (Servicio de Impuestos Internos (2020). Resolución exenta n.º 49). Sin perjuicios de esto, la regla general sigue siendo que el donatario debe informar, pero no emite certificado alguno.

[27] Servicio de Impuestos Internos (2005). Véase también Servicio de Impuestos Internos (2016). Oficio n.º 2338.

[28] Art. 7 inciso 1.º decreto supremo n.º 104 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la Ley n.º 16282 (1977).

[29] Si bien no existe una indicación explicita, tanto el art. 6 inciso 1.º de la Ley n.º 16282, como el art. 7 inciso 1.º del decreto supremo n.º 104 de 1977 indican que estas donaciones "estarán exentas de todo pago o gravamen que las afecten", lo cual debe entenderse incluido.

[30] Art. 7 inciso 2 del decreto supremo n.º 104 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la Ley n.º 16282 (1977).

pondiendo al donatario acompañar los antecedentes que justifiquen aquella la exención[31].

*6. Incentivo tributario*

Como otro estímulo a los esfuerzos mancomunados para superar los efectos de las emergencias, la presente ley establece un incentivo a la donación, consistente en poder rebajar la cantidad donada como gasto necesario para producir renta, siempre que esto se haga en el mismo ejercicio tributario en que se efectuó la donación[32]. Recordemos que las donaciones, por su naturaleza, producen un empobrecimiento del patrimonio del donante. Luego, la rebaja como gasto tributario permite disminuir la base imponible del donante como una forma de compensar este empobrecimiento.

Adicionalmente se establece que pueden ser donantes aquellas empresas que se encuentren en situación de pérdida tributaria[33], en cuyo caso también podrán imputar la cantidad donada como gasto necesario para producir renta, aumentando así su pérdida tributaria[34].

Otro aspecto importante es que el art. 10 de la Ley n.° 19885 crea un Límite Global Absoluto a las donaciones que una empresa puede efectuar, ascendente al 5 % de su renta líquida imponible. Esto es que las donaciones que una empresa haga, sea amparadas a una o a varias leyes de donaciones en un mismo año tributario, en suma, no pueden superar este monto límite. Sin perjuicio de aquello, las donaciones que se efectúan bajo el amparo de la Ley n.° 16282 no están afectas a este límite[35]. Por tanto, las donaciones a que se refiere la Ley n.° 16282 no están afectas al Límite Global Absoluto, mientras que estas tampoco se consideran para el cómputo de dicho límite si hay donaciones amparadas a otras leyes de donaciones durante ese año tributario[36].

[31] Art. 12 letra B) n.° 7 inciso 2 decreto ley n.° 825 sobre Impuesto a las Ventas y Servicios (1974).

[32] Art. 7 inciso 1.° decreto supremo n.° 104 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la Ley n.° 16282 (1977), en relación con el art. 3 inciso 1° decreto ley n.° 45 dispone que las donaciones que se realicen al estado con los fines que indica estarán exentas del impuesto que señala (1973).

[33] Servicio de Impuestos Internos (2020). Circular n.° 32. Véase también Servicio de Impuestos Internos (2005).

[34] Servicio de Impuestos Internos (2020). Circular n.° 32.

[35] *Ibid*.

[36] *Ibid*.

## III. Cómo recuperarse de las catástrofes: Ley n.º 20444[37]

Las catástrofes tienen distinta naturaleza y generan distintos tipos de daños, habiendo algunas cuyos efectos son palpables en la infraestructura, como los terremotos, mientras que hay otras donde estos efectos no alcanzan esas dimensiones, como las epidemias, que solo atacan la salud de la población. Indistintamente de la naturaleza de la emergencia, la norma analizada en el apartado anterior permite enfrentar las crisis sin distinguirlas según sus efectos, pero su alcance solo permite hacer frente a las catástrofes, mas no recuperarse de ellas.

Como se comentó, si la emergencia es de aquellas que genera daños en la infraestructura, ya no basta con que se haya superado la emergencia, sino que en estos casos se hace imperante recuperarse de estos para que el país vuelva a la normalidad. En estos casos entramos en la esfera de competencia de la Ley n.º 20444, que crea el Fondo Nacional de Reconstrucción para casos de catástrofes y un sistema que incentiva las donaciones con estos fines que lo complementa.

### *1. Eficacia de la norma*

Al igual que la ley analizada en el apartado anterior, la Ley n.º 20444 es una norma plenamente vigente desde su promulgación en 2010, a propósito del terremoto de Cobquecura del 27 de febrero de ese año, pero su aplicación solo se puede producir a partir de la dictación de un decreto supremo fundado que establezca el Estado de Excepción Constitucional de catástrofe en el territorio afectado[38]. La diferencia con la ley anterior es que aquella, por sus fines frente a la contingencia, solo cobra eficacia por un lapso de doce meses, mientras que esta, por sus fines de reconstrucción, su eficacia dura dos años desde la fecha del decreto supremo que establece el Estado de Excepción Constitucional[39, 40].

[37] Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de Incentivo Tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[38] Art. 1.º inciso 5 Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de Incentivo Tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[39] *Ibid.*

[40] Estando el Presidente de la República facultado para reducir el plazo de dos años a través de decreto fundado, según el inciso 6 del art. 1.º de la Ley n.º 20444.

*2. Sujetos intervinientes*

Pueden ser donantes contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría que declaren su renta efectiva sobre la base de balance general según contabilidad completa[41], contribuyentes del Impuesto Global Complementario[42], contribuyentes del Impuesto Único de Segunda Categoría[43] y contribuyentes del Impuesto Adicional[44]. También pueden efectuar donaciones amparadas a esta ley, según se analizará más adelante, las sucesiones hereditarias[45].

Respecto del donatario, el art. 3.° de la ley indica que las donaciones deben efectuarse directamente al Fondo Nacional de Reconstrucción, siendo donatario en este caso el Fisco de Chile, caso en el cual el Ministerio de Hacienda determinará el destino de lo donado[46]. Sin perjuicio de lo anterior, el art. 8.° bis de la ley indica que excepcionalmente, con el objetivo de financiar obras específicas de reconstrucción, también puede donarse al Fondo Nacional de Reconstrucción a condición de financiar dicha obra específica o materializarse directamente la donación al beneficiario de la obra específica o a un tercero representante del beneficiario.

*3. Bienes susceptibles de ser donados y su finalidad*

En principio las donaciones deben hacerse en dinero. Como se indicó anteriormente, pueden donar personas no domiciliados ni residentes en Chile, así como tampoco la ley indica un límite respecto de la moneda, por lo que aquello permite que las donaciones puedan efectuarse tanto en moneda nacional como extrajera. Respecto de las donaciones efectuadas en moneda extranjera, se entenderá como monto donado aquel correspondiente a su equivalente convertido a moneda nacional según el tipo de cambio informado por el Banco Central de Chile para los efectos del n.° 6 del capítulo I, del *Compendio de normas de cambios internacionales*, del día en que se efectuó la donación[47].

[41] Art. 4 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[42] *Ibid*.

[43] Art. 5 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[44] Art. 6 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[45] Art. 7 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[46] Art. 2 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[47] Servicio de Impuestos Internos (2014). Circular n.° 22.

A su vez, las donaciones en dinero que se materialicen a través de documentos como cheques o vale vistas entre otros, se considerarán efectuadas el día en que se haga efectivo su cobro[48].

Excepcionalmente, y solo aquellos contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría que declaren su renta efectiva sobre la base de balance general según contabilidad completa, pueden también donar especies[49].

La donación, sea en dinero o especies, puede ir destinada a financiar directamente una obra específica, pudiendo, estas obras, consistir en la construcción, reconstrucción, reposición, remodelación, restauración, reemplazo o rehabilitación de infraestructura, instalaciones, obras y equipamientos ubicado en las zonas afectadas, pudiendo alcanzar no solo obras viales, educacionales o sanitarias, sino que, también, áreas silvestres protegidas, patrimonio histórico arquitectónico de zonas patrimoniales y zona típicas, infraestructura cultural y deportiva, entre otras y abarcando no solo la obra en sí, sino que, también, la elaboración de los diseños y estudios, y la adquisición de terrenos, mobiliario y equipamiento necesario para su funcionamiento[50].

Estas obras pueden recaer sobre bienes públicos o privados, pero si recaen sobre bienes privados, estos deben tener un manifiesto interés público o prestar un servicio a la comunidad en general, lo que deberá ser determinado previamente a través de un informe emitido por el Ministerio de Planificación[51] y fundamentado en una evaluación técnica económica que analice su rentabilidad social[52].

Finalmente, la ley permite que estas obras específicas lleven un reconocimiento respecto del o los contribuyentes que las financiaron, pudiendo colocarse, en un lugar visible, una placa recordatoria de los nombres de las personas o contribuyentes que aportaron para la reconstrucción[53].

---

[48] Servicio de Impuestos Internos (2014). Circular n.º 22.

[49] Art. 4 inciso 1.º Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[50] Art. 8 incisos 1 y 2 Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[51] Tener presente que en virtud de la Ley n.º 20530 del año 2011, se crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia que se transforma en el continuador jurídico del Ministerio de Planificación, el cual se suprime.

[52] Art. 8 inciso 3 Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[53] Art. 11 Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

### *4. Procedimiento y verificación*

Respecto de la forma de materializar las donaciones, primeramente, hay que indicar que las donaciones efectuadas al amparo de esta ley están eximidas del trámite de la insinuación regulado en el *Código Civil*[54].

Estas donaciones, al igual que las efectuadas en la ley analizada en el apartado anterior, se efectúan a través de la entrega de lo donado, transfiriendo o depositando el dinero o materializando la tradición de las especies.

Para los fines de registro y verificación de las donaciones, los donantes deben acreditar al Ministerio de Hacienda el hecho de haber efectuado la donación, fecha de ella y su monto a través de documentos que la acrediten fehacientemente[55] para, con posterioridad, el Ministerio, proceder a emitir un certificado que acredite la recepción de las donaciones[56]. Del mismo modo, respecto de las obras específicas financiadas por esta vía, se llevará un registro, el cual deberá estar permanentemente actualizado y publicado en la página web del Ministerio de Hacienda[57]. Cuando estas obras específicas tengan como donatario a un particular, el beneficiario o su representante deberá informar, al 31 de diciembre de cada año, el avance de estas, siendo responsable de su retraso por negligencia o desvío de las donaciones, y aplicándosele las sanciones que al respecto la ley indica[58].

### *5. Exenciones a las donaciones*

Al igual que en la ley analizada en el apartado anterior, las donaciones efectuadas al amparo de esta ley, cualquiera sea su naturaleza, están exentas del Impuesto a las Donaciones[59].

Las donaciones que se efectúen en especie están exentas del Impuesto al Valor Agregado, conservando, el donante, el derecho a hacer uso del crédito fiscal por el impuesto soportado al momento de adquisición de los bienes

[54] Art. 13 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[55] Servicio de Impuestos Internos (2014). Circular n.° 22.

[56] Art. 9 inciso 3 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[57] Art. 8 inciso 5 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[58] Art. 8 ter Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[59] Art. 13 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

donados, debiendo valorizarse estas donaciones al valor de costo[60] con las respectivas depreciaciones que hayan operado[61]. La adquisición de estas especies debe haber sido financiada con recursos del contribuyente registrados en su contabilidad completa[62].

Al igual que en lo analizado en el apartado anterior, en este caso las especies donadas también podrán estar exentas del Impuesto al Valor Agregado, si el Servicio Nacional de Aduanas, calificando aquellas donaciones y socorros como tales, a su juicio exclusivo, y teniendo como destinatarias fundaciones, corporaciones o universidades, debiendo el donatario acompañar todos los antecedentes que justifiquen aquella exención[63]. Del mismo modo, las importaciones o exportaciones de las especies donadas quedan exentas del pago de todo tipo de impuesto, tasa, derecho u otro gravamen aduanero[64].

Respecto de los donatarios, las donaciones son ingresos no constitutivos de renta, conforme lo establecido en el art. 17 n.º 9 de la Ley de Impuesto a la Renta.

### 6. *Incentivo tributario*

De la misma manera que la Ley n.º 16282, con el objetivo de estimular la cooperación del sector privado con la causa de la reconstrucción poscatástrofe, es que la Ley n.º 20444 crea un incentivo tributario, pero distinto al de la primera ley. En este caso el estímulo fiscal es mucho más agresivo, pero, a su vez, diferente respecto de cada tipo de contribuyente.

Los contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría podrán hacer uso de un crédito contra este impuesto equivalente al 50 % del monto donado[65] o del valor de las especies donadas[66], pudiendo imputar el resto como

[60] Art. 4 inciso 6 Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[61] Servicio de Impuestos Internos (2014). Circular n.º 22.

[62] Art. 4 inciso 7 Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[63] Art. 12 letra B) n.º 7 inciso 2 decreto ley n.º 825 sobre Impuesto a las Ventas y Servicios (1974).

[64] Art. 4 inciso 6 parte final Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[65] Art. 4 inciso 1° Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[66] De acuerdo con lo indicado anteriormente en cuanto a las donaciones en especie, este crédito del 50 % será con referencia al valor libro que las especie donadas tengan en la contabilidad del contribuyente.

gasto necesario para producir renta[67], pero si la donación tiene como fin el financiamiento de una obra específica y sea que done dinero o especies, solo podrá imputar, la totalidad del monto donado, como gasto necesario para producir renta[68]. Estas donaciones, a elección del contribuyente, no podrán exceder del monto de la renta líquida imponible o el 0,16 % del capital propio de la empresa al término del ejercicio[69]. Puede donar, incluso, el contribuyente que esté en situación de pérdida tributaria, debiendo aplicar, en este caso, solo la segunda alternativa de límite a la donación. El exceso a aquellos límites no podrá ser imputado como crédito ni como gasto necesario, constituyendo gasto rechazado, pero no pudiendo aplicársele la sanción del art. 21 de la Ley de Impuesto a la Renta[70]. El donante que se encuentre en situación de pérdida tributaria no tendrá derecho a crédito, pero sí podrá imputar el monto donado como gasto necesario para producir renta, aumentando así su pérdida[71].

Los contribuyentes del Impuesto Global Complementario pueden donar tanto al Fondo Nacional de Reconstrucción como al beneficiario o a un tercero en representación de este si lo que desea es financiar una obra específica, pero a diferencia de los contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría, solo pueden donar dinero. La cantidad donada por el contribuyente de Impuesto Global Complementario puede ser imputada en el mismo ejercicio contra las rentas obtenidas en el mismo año calendario, beneficiándose de un crédito contra este impuesto equivalente a un 40 % de la suma donada[72]. El monto restante no tiene beneficio tributario alguno.

Quienes tributen de acuerdo con el Impuesto Único de Segunda Categoría, la situación es similar a la anterior[73]. Su donación deberá realizarse a través de descuento por planilla acordado con el empleador, y este o los pagadores habilitados deberán imputar el crédito contra la retención del

[67] Art. 4 inciso 4 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[68] Servicio de Impuestos Internos (2014). Circular n.° 22.

[69] Art. 4 inciso 5 primera parte Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[70] Art. 4 inciso 5 segunda parte Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[71] Servicio de Impuestos Internos (2014). Circular n.° 22.

[72] Art. 5 inciso 1° Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[73] Art. 5 inciso 2 Ley n.° 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

impuesto en el mismo año calendario en que se haga el descuento, ya que cualquier donación entregada directamente por el trabajador no tendrá derecho a este beneficio[74].

Los contribuyentes del Impuesto Adicional podrán igualmente donar al Fondo Nacional de Reconstrucción, al beneficiario o a un tercero representante de este y solamente dinero, con un beneficio consistente a un crédito contra el impuesto ascendente al 35 % de la cantidad donada, reajustada según corresponda, y sumado a otros créditos en la medida que deban considerarse parte de la base imponible de este impuesto[75].

Finalmente, la Ley n.º 20444 establece un beneficio tributario imputable al Impuesto a las Herencias de la Ley n.º 16271, incluyendo dentro de esto dos situaciones distintas. La primera es aquella en la cual una persona efectúa una donación en dinero al Fondo Nacional de Reconstrucción, falleciendo posteriormente. El 40 % de esta donación sus herederos pueden imputarlo como crédito al pago del Impuesto a las Herencias, crédito que no formará parte de las asignaciones gravadas por aquel. La segunda situación es aquella en la cual, fallecido el causante y antes de que transcurran tres años desde el fallecimiento, las sucesiones hereditarias sean las que efectúen las donaciones en dinero al Fondo Nacional de Reconstrucción, caso en el cual tendrán derecho a imputar un 40 % del monto donado como crédito contra el impuesto en comento. En estos casos, el crédito se dividirá entre los herederos o legatarios a prorrata del valor líquido de sus cuotas o de la forma en que ellos libremente convengan en la liquidación del impuesto[76].

Las donaciones efectuadas bajo el amparo de esta ley tienen sus propios montos límites ya analizados anteriormente, por lo que, al igual que en el caso comentado en el apartado anterior respecto de las donaciones efectuadas para enfrentar las catástrofes, estas tampoco están sujetas al Límite Global Absoluto establecido por el art. 10 de la Ley n.º 19885, ni tampoco se consideran para calcular el cómputo de aquel límite[77].

[74] Servicio de Impuestos Internos (2014). Circular n.º 22.

[75] Art. 6 Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[76] Art. 7 incisos 1 y 2 Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[77] Art. 14 Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

## IV. Sanciones

Como lamentablemente es natural, siempre existe el riesgo de la aparición de algún contribuyente mal intencionado que busque aprovecharse, maliciosamente, de los beneficios que de buena fe la autoridad ha puesto a disposición de la sociedad para fomentar el aporte del sector privado a través de estas normas, motivo por el cual no es de menor importancia los resguardos que la autoridad ha establecido ante eventuales fraudes.

La Ley n.º 16282 no establece sanciones específicas, por lo que le serían aplicables las normas generales sobre gastos rechazados de la Ley de Impuesto a la Renta, así como las sanciones del art. 97 del *Código Tributario* y las eventuales sanciones penales si corresponde.

Respecto de la Ley n.º 20444, en principio le serían aplicables las mismas sanciones anteriores, pero esta ley, además, establece prohibiciones específicas y sanciones a estas. Las donaciones para obras específicas entregadas a beneficiarios o a sus representantes, establecen que estos serán los responsables de las obras y estarán obligados a informar de los avances y el correcto destino de las donaciones al Ministerio de Hacienda. Si se incumple con estas obligaciones o de ella se pudiera establecer el mal uso de las donaciones, se girará al beneficiario un impuesto equivalente al crédito utilizado por el donante de buena fe, siendo los administradores o representantes del beneficiario solidariamente responsables de su pago con sus respectivos reajustes, intereses y multas, el que se considerará como un impuesto sujeto a retención. Lo anterior con la posibilidad de salvar su responsabilidad si aquellos demuestren haberse opuesto a los actos que originaron el incumplimiento o que estos ocurrieron sin su conocimiento[78]. La presente ley prohíbe, también, que los beneficiarios de obras específicas otorguen cualquier tipo de contraprestación a los donantes o a las personas relacionadas con este que ahí se indican, en el año siguiente a aquel en que se haya efectuado la donación, en cuanto la donación no se haya utilizado en su totalidad para la ejecución de las obras comprometidas. Un incumplimiento a esta prohibición tiene como sanción la pérdida del beneficio tributario al que el donante tuvo derecho, debiendo pagar aquella cantidad con recargos y sanciones conforme al *Código Tributario*, entendiendo que aquel impuesto está en mora desde el término del periodo de pago correspondiente al año tributario en que se debió haber enterado el impuesto respectivo de no haber existido tal beneficio[79].

[78] Art. 8 ter Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

[79] Art. 17 Ley n.º 20444 que crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de incentivo tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe (2010).

## V. Conclusiones

A través del presente trabajo se ha podido apreciar cómo opera el régimen natural al que una donación está subordinada en nuestro ordenamiento jurídico, con sus procedimientos, límites, tiempos aproximados y las excepciones que el mismo régimen contempla. Con ello, pudo apreciarse también que aquel régimen no responde a la celeridad requerida para hacer circular bienes y liquidez frente a las urgentes necesidades que demandan los afectados de una catástrofe.

También, y en lo medular de este trabajo, se pudo comprender cómo la autoridad, a medida que nos hemos visto obligados a enfrentar estas adversidades naturales y antrópicas, han tenido que estructurar el ordenamiento jurídico de tal manera que facilite su propio margen de maniobrabilidad, frente a estas adversidades, y la maniobrabilidad y coordinación de los particulares entre ellos y con el Estado, para lograr, de ese modo, un trabajo mancomunado mucho más eficiente y rápido que permita superar las catástrofes lo más rápido posible, permitiendo la colaboración de todo el que esté en condiciones de hacerlo.

Se pudo también dimensionar el balance que se busca por la autoridad entre celeridad y orden, dando amplias facilidades, por un lado, pero exigiendo una máxima probidad, aunque con una ligera gradualidad en sus procedimientos, por el otro. Se habla de ligera gradualidad en sus procedimientos, ya que la primera ley, la que permite satisfacer las necesidades de los afectados durante la vorágine de la catástrofe es mucho más laxa tanto en los procedimientos inmediatos como en los posteriores de acreditación de la donación, con tal que esta quede totalmente acreditada. Mientras que la ley de reconstrucción, la que por su naturaleza comienza durante la relativa calma posterior a la catástrofe, es bastante más rígida y estricta en sus procedimientos *ex dure* y *ex post* a la donación. Por ejemplo, se pudo apreciar cómo la primera ley exige acreditar a través de los certificados del Ministerio del Interior (a través de la Onemi) las donaciones efectuadas al Estado, mientras que las donaciones efectuadas a particulares no exigen certificación, sino que una posterior acreditación al Servicio de Impuestos Internos con cualquier documento que demuestre fehacientemente la operación. La segunda ley, por su parte, exige que las donaciones sean exclusivamente al Fondo Nacional de Reconstrucción, debiendo acreditarse estas al Ministerio de Hacienda, el que emitirá los correspondientes certificados. Las excepciones de las obras específicas no modifican aquello, ya que igualmente debe acreditarse la donación al Ministerio de Hacienda y emitirse los respectivos certificados por este, el que conserva también las facultades fiscalizadoras y sancionatorias.

También pudo observarse que estas leyes, siendo ambas normativas totalmente vigentes desde su publicación, sus reglas solo se pueden aplicar desde que es emitido el respectivo decreto supremo que establece el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe para las zonas afectadas y hasta cumplido el plazo establecido en ellas mismas. Sin perjuicio de lo anterior, si se hace un análisis un poco más exhaustivo, se puede observar que la Ley n.º 20444, que, a su vez, es la que otorga mayores beneficios tributarios, por la extensión en el tiempo de la aplicación de sus reglas y la frecuencia con que suelen ocurrir estas adversidades en nuestro país, prácticamente tiene aplicación permanente, solo variando la zona afectada por la catástrofe y, por tanto, sobre la cual se puede efectuar las donaciones. A modo de ejemplo, y obviando la facultad del Presidente de la República de acortar el tiempo de aplicación de esta ley, si se toma en cuenta la totalidad de sus dos años y solo para efectuar este ejercicio, nos encontramos con que desde la dictación de esta ley el 28 de mayo de 2010, ella tuvo eficacia continua hasta el 31 de diciembre de 2013[80]; luego, el 2 de abril de 2014 (solo cuatro meses después de su término) vuelve a entrar en vigor a causa del terremoto de Iquique, diez días después ocurre lo mismo a partir del gran incendio de Valparaíso y el 17 de septiembre del mismo año ocurre lo mismo a causa del terremoto de Coquimbo, por lo que las donaciones efectuadas hasta 16 de septiembre de 2016 habrían podido optar a sus beneficios; cuatro meses después de eso, entre el 20 y 22 de enero de 2017 se emitió una serie de decretos en los cuales se decretó Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe a raíz de los incendios forestales que aquel verano azotaron la zona central de Chile, el cual habría permitido donaciones amparadas a esta ley hasta inicios de 2019; finalmente, un año después se vuelve a decretar el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe a causa de la pandemia de Covid-19[81]; así, podemos ver que en una década, son menos de dos años lo que sus reglas no habrían estado vigentes, cambiando solamente las zonas sobre las cuales se debería haber canalizado las donaciones.

Por otro lado, se pudo apreciar cómo ambas leyes, respecto del sistema establecido en el *Código Civil*, simplifican, agilizan, economizan e incentivan las donaciones. La simplificación se vislumbra al eliminarse el procedimiento insinuación y todo lo que aquello conlleva. La agilidad salta a la vista, al observar que los bienes o el dinero donado pueden inmediatamente estar a disposición de los necesitados. La economización se aprecia al eliminarse los

[80] Su artículo transitorio señaló este plazo superior a dos años extraordinario.

[81] Siendo esta última de las catástrofes que no dañan la infraestructura, por lo cual no permitiría la aplicación de estas donaciones con fines de reconstrucción, pero sí la Ley n.º 16282 que se analizó en primera instancia.

costos de la insinuación como la exención del impuesto a las donaciones y demás impuestos, tasas y aranceles. Finalmente, se incentiva la cooperación a través de los estímulos tributarios de crédito y gasto necesario para producir renta que se pueden imputar contra el Impuesto a la Renta.

## Normas

*Código Civil* (1855).

*Código Tributario* (1974).

Decreto ley n.º 824. Ley sobre Impuesto a la Renta, de 31 de diciembre de 1974.

Decreto Ley n.º 825. Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, de 31 de diciembre de 1974.

Decreto Supremo n.º 104, fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del título I de la Ley n.º 16282, 25 de junio de 1977.

Ley n.º 16271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, de 10 de julio de 1965.

Ley n.º 16282 que fija Disposiciones para Casos de Sismos o Catástrofes, de 28 de julio de 1965.

Ley n.º 19885 incentiva y norma el buen uso de donaciones que dan origen a beneficios tributarios y los extiende a otros fines sociales y públicos, de 6 de agosto de 2003.

Ley n.º 20444 Crea el Fondo Nacional de la Reconstrucción y Establece Mecanismos de Incentivo Tributario a las Donaciones Efectuadas en Caso de Catástrofe, de 28 de mayo de 2010.

### *Jurisprudencia*

Servicio de Impuestos Internos (2004). Circular n.º 19, 8 de abril de 2004.

Servicio de Impuestos Internos (2014). Circular n.º 22, 8 de abril de 2014.

Servicio de Impuestos Internos (2016). Oficio n.º 2338, 23 de agosto de 2016.

Servicio de Impuestos Internos (2020). Circular n.º 32, 29 de abril de 2020.

### *Otros documentos*

Servicio de Impuestos Internos (2005). Preguntas frecuentes, 24 de junio de 2005. Disponible en www.sii.cl/preguntas_frecuentes/renta/001_002_3202.htm [fecha de consulta: 30 de septiembre de 2020].

# IMPUESTO A LA TENENCIA DEL PATRIMONIO NETO O IMPUESTO A LA RIQUEZA

# WEALTH TAXES

*Matías Pascuali Tello*[*]

Resumen: Este artículo tiene por finalidad estudiar el impuesto a la tenencia del patrimonio neto o impuesto a la riqueza, señalando, en primer lugar, qué comprende este concepto para luego revisar los argumentos a favor o en contra de su establecimiento, luego revisaremos los problemas de aplicación práctica, a renglón seguido revisaremos su relación con la finalidad de los impuestos, principalmente considerando este impuesto como de aquellos que tienen una finalidad redistributiva.

Terminaremos dando una vuelta por ejemplos de este impuesto alrededor del mundo y revisando algunos casos en que se ha derogado, para terminar con la situación en Chile y el nuevo impulso que ha tenido como un impuesto extraordinario que se ha propuesto con motivo de la situación de emergencia económica mundial debido a la pandemia por Covid 19.

Palabras clave: Impuestos, patrimonio, riqueza.

Abstract: The purpose of this article is to study the tax on the net worth or wealth tax, first of all explaining this concept and then reviewing the arguments for or against its establishment, then we will review the problems of practical application, Next, we will review its relationship with the purpose of the taxes, mainly considering this tax as those that have a redistributive purpose.

We will end this article by taking a tour of examples of this tax around the world and reviewing some cases in which it has been repealed, to end the situation in Chile and the new impulse it has had as an extraordinary tax that has been proposed on the occasion of the global economic emergency situation due to the Covid 19 pandemic.

Keywords: Taxes, Wealth, Patrimony.

[*] Profesor investigador del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mpascuali@udd.cl

## Introducción

*Tax the rich, feed the poor*[1] esta frase (o alguna similar) la escuchamos en innumerables protestas alrededor del mundo, esta consigna (o algo similar) se ha escuchado en movimientos tales como Ocuppy Wall Street, el movimiento de los indignados en España o en las protestas de los últimos años en Chile, sin embargo, esta frase envuelve temas mucho más profundos, nos muestra una tensión existente entre aquellos que poseen el capital y el resto de la población.

Es innegable la existencia de desigualdades en el mundo moderno, sobre todo en países en vías de desarrollo, sin embargo, cabe preguntarnos si los impuestos son la mejor forma de enfrentar estas desigualdades.

Los impuestos surgen como una necesidad de los Estados de proveer de fondos para el desarrollo de sus actividades, en ese sentido se comprende la necesidad de contribuir al financiamiento de las arcas fiscales para su sustento, sin embargo, paralelamente, al nacer esta imposición surgen los derechos y principios que rigen la imposición y dentro de estos el principio de igualdad en las cargas tributarias y el principio de que las personas deberán ser sujetos de impuestos en relación con sus capacidades económicas o como se denomina generalmente el principio de la capacidad contributiva.

Sin embargo, esta visión de los impuestos como una forma de eliminar las desigualdades tienen ciertos visos de incompatibilidad con estos principios.

Así ha surgido en los últimos años la figura del impuesto al patrimonio, como una de las formas de enfrentar estas desigualdades, en este artículo nos preguntamos si un impuesto al patrimonio es una buena forma de enfrentar este problema, sus beneficios y complicaciones.

## ¿Qué es un impuesto al patrimonio?

En relación con el tipo de hecho gravado, los impuestos se pueden aplicar sobre distintos tipos de posiciones económicas, así, estos pueden aplicarse sobre la renta, el consumo y el patrimonio.

Los impuestos a la renta en términos simples se aplican sobre el aumento patrimonial, por tanto, gravan la actividad de generación de riqueza.

Por otro lado, los impuestos al consumo gravan la actividad de adquisición de bienes, por lo que lo que se grava es la utilización de la riqueza.

[1] Cóbrale impuesto al rico, alimenta al pobre.

Finalmente, los impuestos al patrimonio o impuestos a la riqueza gravan la titularidad o la posición de tenencia de bienes o activos.

## Tipos de impuestos al patrimonio

Cuando hablamos de impuestos al patrimonio nos referimos a aquellos impuestos cuyo hecho gravado tiene relación con el patrimonio o la riqueza[2] de una persona.

Los impuestos al patrimonio pueden clasificarse dentro de dos grandes grupos, aquellos que gravan la transferencia del patrimonio y aquellos que gravan la tenencia del patrimonio.

El impuesto a la tenencia del patrimonio, impuestos al patrimonio neto o impuestos a la riqueza son aquellos que se aplican esporádica o periódicamente sobre la riqueza de una persona, ya sea sobre su patrimonio general o sobre bienes específicos[3].

En consecuencia, acá también encontramos dos tipos de impuestos a la tenencia del patrimonio o a la riqueza, aquellos que gravan la tenencia de bienes específicos y aquellos que gravan el patrimonio neto de un individuo.

Respecto de aquellos que gravan el patrimonio neto de un individuo, más que gravar un hecho especifico, gravan una situación jurídica, la titularidad de un patrimonio neto, gravan el patrimonio inmóvil de un sujeto, por lo que tiene problemas de determinación y cuantificación.

Es así como, por ejemplo, Eric Rakowski los define como el impuesto, aplicado anual o periódicamente, al valor de la propiedad del contribuyente, incluidos activos financieros, deducidos los pasivos.

Sin embargo, como explica este autor, en la mayoría de estos impuestos, los pasivos que deben considerarse son aquellos asociados directamente a un activo específico, por tanto, es un tema de valoración del activo más que un tema de determinación de patrimonio, así, si tengo un bien raíz sujeto a una hipoteca, su valor para efectos del cobro de este impuesto disminuirá en relación con la deuda hipotecaria, sin embargo, si el contribuyente tiene pasivos de aplicación general, estos no tendrán un efecto en el valor del patrimonio[4].

Los impuestos otros impuestos al patrimonio referidos a bienes específicos o a operaciones o transferencias, por otro lado tienen una caracterís-

[2] En los países anglosajones se habla de Wealth Tax.

[3] Rebecca S Rudnick, .& Richard K Gordon, "Taxation of Wealth" en *"Tax Law Design and Drafting,* vol. 1, ed Victor Thuronyi, 1996, IMF, Washington DC, p. 292.

[4] Eric Rakowski, "Can Wealth Taxes be Justified?" (2000) *Tax Law Review* 53, 263, 266.

tica común, ellos gravan operaciones especificas en un momento determinado, lo que ayuda en su cuantificación.

## ¿Cuáles son los problemas de los impuestos al patrimonio neto?

Respecto del establecimiento de un impuesto al patrimonio neto cabe preguntarnos sobre la procedencia de su establecimiento, luego también es necesario que, de ser establecido, es válida la pregunta respecto de cuáles son los problemas de su implementación.

Respecto de la primera pregunta, de si procede imponer este gravamen, dentro de los autores que son partidarios del impuesto del patrimonio, señalan que este impuesto tiene un componente de justicia, en el sentido de señalar que el hecho de poseer un patrimonio pone a su titular en una posición económica superior respecto de quien no tiene estos bienes, y que, por tanto, su posición jurídica económica superior hace que de justicia deba concurrir de mayor forma al financiamiento del Estado[5].

Sin embargo, creemos que esta posición no es correcta, ya que si analizamos la situación de justicia de dos personas, uno con una riqueza especifica y el otro sin esta riqueza, la diferencia entre ambos es que uno obtuvo bienes mediante la obtención de una renta, renta que deberá haber sido gravada con el impuesto correspondiente sobre dicha renta, por lo que, si bien es correcto decir que el que tiene un patrimonio debe pagar más que quien no tiene dicho patrimonio, la única diferencia entre ellos es que quien tiene el patrimonio obtuvo una renta que el primero no, renta por la cual pagó o debió pagar impuesto a la renta y, por tanto, sí aportó de mayor manera al mantenimiento del Estado.

Otro argumento que se esgrime para señalar la inconveniencia de este impuesto es que es un desincentivo al ahorro, la OCDE señala que este impuesto podría ser una distorsión al comportamiento de ahorro de los contribuyentes[6], ya que por su estructura promueve el consumo, en el sentido de que si se obtiene un renta y se paga impuestos por ella, al invertir dicha renta adquiriendo activos o ahorrándola (es decir, mantengo la riqueza en el patrimonio) dicha inversión será gravada con estos impuestos al formar parte del patrimonio; en cambio, si dichas rentas se destinan al consumo y, por tanto,

[5] Mónica Gómez de la Torre, 414, "El restablecimiento del impuesto al patrimonio". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, xlv (2012) 409-426; 414.

[6] OECD, "The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD" 2018, p. 58.

no generan un activo incorporable al patrimonio, me desprendo de la renta y no se gatillará impuesto al patrimonio, acá nuevamente hay un incentivo perverso, ya que se castiga a quien ahorra y se premia a quien consume.

En este sentido Francisco Cabrillo señala:

> "Este impuesto desincentiva el ahorro al imponer una doble tributación a las rentas ahorradas. Quien obtiene una renta paga el IRPF[7]; si ahorra una parte de la renta, esta renta ahorrada tributa de nuevo cada año a través del Impuesto sobre el Patrimonio"[8].

Otra crítica que puede hacerse es que el impuesto a la tenencia del patrimonio general, más que un impuesto al patrimonio puede transformarse en un impuesto a las plusvalías, lo que va contra la naturaleza de las inversiones en activos financieros o inmobiliarios, ¿a qué nos referimos con esto?, piensen en un patrimonio formado principalmente por activos financieros, estos, por su estructura, van sufriendo cambios permanentes en sus valorizaciones, son esencialmente de precio móvil, sin embargo, establecemos un impuesto a la tenencia del patrimonio financiero se va a gravar a un contribuyente que no necesariamente ha materializado una ganancia en dicho mercado, este es el motivo por el cual el impuesto a la renta no grava las plusvalías, sino que grava los mayores valores de enajenación, ya que es justamente en ese momento en que el titular materializa una ganancia o una pérdida, por lo que estos patrimonios gravan una situación económica que no es real, cual es las variaciones de valorización de ciertos activos.

Finalmente está el argumento de que atenta contra el principio de la capacidad contributiva, este principio podemos definirlo como "la aptitud económica del obligado tributario de soportar el tributo a su cargo"[9].

De la definición mencionada creemos que el elemento determinante para entender este principio es el de aptitud para soportar, ya que la aptitud para soportar envuelve el hecho de que para el individuo el pago del impuesto no atente contra su posición económica, los impuestos, si bien son un sacrificio económico en pos del beneficio colectivo, este sacrificio no debe significar una de tal magnitud que se transforme en un perjuicio a su posición económica.

El gran problema de estos impuestos al patrimonio en relación con este principio viene dado por aquellas personas que tienen un patrimonio,

[7] El autor acá se refiere al impuesto a las renta de las personas físicas español.

[8] Francisco Cabrillo. "La supresión del impuesto al patrimonio". *Cuadernos de Economía*, número 58 de la Fundación para el análisis y los estudios sociales, p. 1.

[9] Alejandro Altamirano. *Derecho Tributario, teoría general*. Marcial Pons, 2012, Buenos Aires; p. 139.

ya sea en inversiones o inmobiliario, pero que, sin embargo, no poseen rentas, estas personas deberán deshacerse de su patrimonio para efectos de cumplir con su obligación tributaria, a este problema lo podemos denominar como el problema de liquidez del impuesto a la riqueza[10], por lo que cabe preguntarnos si una persona que tiene que vender sus activos para cumplir sus obligaciones tributarias tiene capacidad contributiva, creo que la respuesta es que no, no parece justa esta situación, por lo que creemos que la capacidad contributiva debe ir más unida a la liquidez que al patrimonio de una persona.

La pregunta que debemos hacernos es, ¿qué significa capacidad económica?, ya que dependiendo de esta definición creemos que variará la percepción que tenemos en cuanto a la conveniencia de estos impuestos al patrimonio.

En este sentido Patricia Toledo señala que es necesario distinguir la capacidad económica de la contributiva[11].

Otro principio que podría verse comprometido con estos impuestos es el principio de la no confiscatoriedad de los impuestos y la protección de la propiedad privada como límite al poder tributario.

Esto, ya que al gravar la tenencia del patrimonio de forma permanente y sucesiva, esta propiedad tenderá a ir disminuyendo progresivamente hasta llegar a tener un valor 0, con lo que, en la practica, y con el paso del tiempo, este impuesto se transformaría en una forma de expropiación de los recursos personales sin una debida indemnización.

Algunos podrían argumentar en forma contraria, en el sentido de establecer que el hecho de tener propiedad sobre un activo trae como consecuencia el generar algún tipo de renta, que lo natural del capital es la producción de frutos, sin embargo, el gravamos de dichos frutos son los impuestos a la renta, no los impuestos al patrimonio, este último se refiere específicamente al capital generador, el cual se verá disminuido progresivamente con la aplicación de este impuesto.

Luego de determinar la procedencia del impuesto y aceptando su eventual establecimiento, debemos revisar los problemas de su implementación.

El gran problema de estos impuestos es la determinación de su base imponible, tema que veremos a continuación.

---

[10] OECD. "The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD", 2018, p. 64.

[11] Patricia Toledo Zúñiga, *Análisis de la jurisprudencia constitucional desde la teoría general del derecho*, Tesos Doctoral UPF/2015, p. 130.

## ¿Cómo se determina la base imponible de un impuesto al patrimonio?

Los estadounidenses dicen que lo más importante en materia de negocio inmobiliario es el lugar, ellos hablan de *location*, *location*, *location*, acá, en materia de impuesto al patrimonio, lo más difícil e importante es la determinación de su base imponible, acá podríamos hablar de *valuation*, *valuation*, *valuation*.

Todo impuesto tiene ciertos elementos que forman parte de su estructura; así tenemos el hecho imponible, que es acto o situación que será gravada con impuestos, tenemos la tasa que el porcentaje que se aplica para determinar el impuesto y tenemos la base imponible, que es el monto o valor sobre el cual se aplica la tasa y que nos permite determinar el quántum impositivo.

Este último elemento es muy difícil de determinar en relación con el impuesto al patrimonio neto, y la dificultad viene de dos elementos: la determinación de que forma parte del patrimonio tributable y su valoración y de determinar el momento en que se fija este patrimonio para su valoración.

Respecto del primer punto, el tema de la valoración de activos, este es un elemento de especial dificultad, ya que los bienes que forman parte del patrimonio pueden valorizarse de muchas formas, existen valorizaciones comerciales, pueden valorizarse según su costo de adquisición reajustados o no, pueden valorarse según costo de reposición, etcétera.

Sin embargo, todas son válidas, pero son subjetivas y, por tanto, carecen del elemento seguridad que deben tener las valorizaciones de base imponible.

Podríamos pensar que esto es una dificultad de todos los impuestos, sin embargo, en este tipo de impuestos al no gravar un hecho o acto específico en que se establezca un valor de operación, no es posible fijar el precio indubitadamente.

Otro problema de valoración es algo que ya señalamos, el aplicar este impuesto, se gravan las plusvalías.

Por plusvalías entendemos el aumento del valor real de un bien mientras está en el patrimonio de una persona, la característica de estas plusvalías es que no son aumentos efectivos de valor patrimonial, sino que son variaciones del valor comercial de los bienes, estas plusvalías solo se materializarán en un aumento efectivo patrimonial cuando la persona venda estos vienes con dicho aumento de valor, este es justamente el motivo por el cual las plusvalías no se gravan con impuesto a la renta, ya que no son un incremento real ni generan una ganancia efectiva para el dueño.

Que estas plusvalías no se graven es lógico, ya que al ser una valoración tal como aumentan, en otro momento los bienes pueden perder valor o de-

valuarse, esto hace que este impuesto sea injusto, ya que al valorizarlo cada vez que el impuesto debe pagarse, los bienes que integran este patrimonio pueden tener un valor mayor y, por tanto, aumentar la base imponible del impuesto del patrimonio, gravando efectivamente las plusvalías.

El otro elemento contingente con relación al impuesto al patrimonio es el tema del momento de realizar la valoración; esto, ya que al ser un impuesto que grava una situación permanente, el hecho imponible no tiene un momento específico de ocurrencia, lo que hace difícil establecer un momento en que deben valorizarse los activos para fijar la base imponible, cualquier momento que se elija es arbitrario o artificial.

Una alternativa que se usa es establecer un valor promedio, sin embargo, esto puede no ser justo tampoco, ya que el promedio se puede ver afectado por manipulaciones de precios o si el precio es muy volátil, ser muy diferente a los valores reales de los bienes.

## ¿Este impuesto tiene una finalidad recaudatoria o redistributiva?

Esta es una pregunta vital, ya analizamos la conveniencia en justicia jurídica y económica del establecimiento de un impuesto al patrimonio con relación al aporte de una persona titular de dichas riquezas y de la capacidad contributiva, y con relación a la eficacia recaudatoria de este impuesto.

Uno de los mayores argumentos contra este impuesto es que no es un impuesto eficiente en cuanto a recaudación, sin embargo, si analizamos los argumentos de establecimiento y la finalidad de este, creemos que la finalidad de los que abogan por este impuesto no es la recaudación, sino que la eliminación de las brechas o desigualdades económicas existentes en algunas economías.

Acá, entonces, debemos hacernos dos preguntas: ¿Es necesario disminuir la brecha de riquezas mediante acciones directas a reducir esta brecha? y ¿de ser así preguntarnos si son estos impuestos la mejor vía para esta finalidad?

Respecto de la primera pregunta es un tema que pareciera ser claro, no es algo querido la existencia de grandes diferencias entre las personas con mayores ingresos y las personas con menores ingresos en una sociedad, sin embargo, es realmente la desigualdad un problema o el problema es la situación en que se encuentran los sectores más pobres en la sociedad.

Creemos que los más importante en una sociedad es que todos sus miembros vean satisfechas todas sus necesidades, en este sentido el problema no sería la desigualdad sino la pobreza; claramente la mejor economía en que existen muy bajos índices de desigualdad y todos sus miembros ven

satisfechas todas sus necesidades, pero esto es muy difícil, sobre todo en economías emergentes, por lo que nos cabe preguntarnos, ¿es preferible un país en que la desigualdad es mínima, pero nadie tiene sus necesidades satisfechas o una economía en que hayan grandes desigualdades, pero todos, incluso los más pobres tienen todas sus necesidades cubiertas?

Creemos que lo preferible es esto último, para lograr esto, una sociedad necesita recaudar para proveer a las necesidades de los menos afortunados, y esto se logra con impuestos eficientes en materia de recaudación, es decir, el impuesto al patrimonio tampoco sería eficiente en ese sentido, ya que no es exitoso en materia recaudatoria, este impuesto se transforma en un ejemplo de igualar hacia abajo.

Como consecuencia de lo anterior, y respondiendo la segunda pregunta, creemos que la mejor forma de disminuir las desigualdades no es aplicar impuestos al patrimonio a los que tienen más, sino establecer una estructura tributaria óptima que grave en sus rentas a quien tiene más, para así solventar ayudas a los que tienen menos, de esta forma se iguala hacia arriba.

Sin embargo, el argumento que fundamenta este impuesto como una forma de reducir las desigualdades es fuerte, de hecho la OCDE en su documento "The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD" de 2018 lo señala como uno de los fundamentos para establecer un impuesto sobre la riqueza[12].

## Situación del impuesto a la riqueza en el mundo

Este ha sido un impuesto que a lo largo de la historia ha sido relativamente usado, sin embargo, en los últimos años ha sido derogado por varios países, de hecho el número de países de la OCDE que tienen este impuesto dentro de su estructura tributaria bajó de doce en 1990 a cuatro en 2017[13].

El gran argumento para este comportamiento, de eliminar este impuesto, es que los costos de aplicar y fiscalizar son muy altos en relación con la tasa de recaudación, además, es un impuesto que motica el escape de capitales y la elusión mediante el uso de jurisdicciones protectoras[14].

Wojciech Kopczuck señala que la limitada recaudación ha hecho de la eliminación de estos impuestos una política aceptada en varios países desarrollados como Canadá, Suecia o Australia[15].

---

[12] OECD, "The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD" 2018, p. 51.

[13] *Op. cit.*, p. 16.

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

[15] Kopczuk, W. (2012), "Taxation of Intergenerational Transfers and Wealth", *NBER Working Paper Series*, No. 18584, p. 5.

A 2017 de los países OCDE solo España, Francia, Noruega y Suiza eran los únicos que tenían vigentes impuestos al patrimonio neto.

Esto no significa que no existan impuestos al patrimonio, sino que los países desarrollados han optado por gravar el patrimonio de forma focalizada a través de impuestos a la tenencia de ciertos bienes o a la transferencia de ellos, sin embargo, estos impuestos siguen siendo una parte muy reducida de las recaudaciones tributaria de dichos países, estos últimos corresponden a menos de un 6 % de la recaudación tributaria promedio en los países OCDE[16].

## ¿Qué pasa en Chile?

En Chile tuvimos un impuesto al patrimonio en la década de 1960, sin embargo, se eliminó principalmente por ser un impuesto poco útil en el sentido recaudatorio.

Si bien hoy tenemos algunos impuestos en que la base imponible está conformada de alguna u otra forma por el patrimonio, ninguno tiene la característica de ser un impuesto a la tenencia del patrimonio neto.

En Chile existe el impuesto a la herencia, que es un impuesto a la transferencia patrimonial, que grava a la masa hereditaria valorizada según las normas especiales existentes para dicha transferencia.

También tenemos un impuesto a la tenencia de ciertos patrimonios, este es el impuesto territorial que grava la titularidad del dominio sobre bienes raíces y, además, tenemos la denominada sobretasa del impuesto territorial, que es un impuesto personal sobre el patrimonio inmobiliario.

Hoy no tenemos un impuesto a la titularidad del patrimonio neto de los contribuyentes.

Sin embargo, en estos días en que estamos en una campaña presidencial, algunos de los candidatos están proponiendo el establecimiento de un impuesto de estas características.

Todos los proyectos parten de la base de establecer un gravamen anual, sobre el patrimonio neto, es decir, deduciendo de los activos los pasivo, con un tramo exento y una tasa proporcional aplicable sobre toda la base afecta.

Si bien estos proyectos solo establecen lineamientos generales creemos la conveniencia es discutible, en el sentido de que la recaudación propuesta es discutible, además que el riesgo de fuga de capitales en estos momentos de crisis económica mundial puede producir un efecto negativo en

[16] OECD, "The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD", 2018, p. 24.

la recaudación de otros impuestos exitosos como, por ejemplo, el impuesto a la renta.

## Una alternativa, impuestos al patrimonio neto en el contexto de la pandemia por Covid 19

Producto de la crisis mundial producida por la pandemia mundial producto del Covid 19, algunos países han propuesto o discutido el establecimiento de un impuesto al patrimonio neto de forma excepcional pera efectos de cubrir las transferencias y gastos extraordinario en que han debido incurrir los gobiernos por la pandemia.

En el caso de Chile se presentó un proyecto de Ley Chile de reforma Constitucional, el cual fue aprobado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, dicho proyecto pretendió establecer un impuesto al patrimonio de las personas naturales de grandes fortunas, con carácter transitorio a fin de poder financiar una renta básica de emergencia.

El proyecto era muy deficiente en términos técnicos legislativos tributarios, además de cuestionable en la forma de presentarse, ya que se presentó mediante iniciativa parlamentaria (existiendo en Chile iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia de proyectos de ley que establezcan tributos).

Este proyecto hasta la fecha de publicación se encuentra aprobado en su primer trámite constitucional en la Cámara de Diputadas y Diputados a la espera de continuar su tramitación[17].

En el ámbito mundial, se han presentado y aprobado varios proyectos de impuestos a la riqueza, transitorios y de emergencia; así, por ejemplo, Argentina fue uno de los pioneros al implementar un impuesto solidario de emergencia a través de la llamada Ley 27.605 de Aporte Solidario y Extraordinario[18].

También en Colombia se propuso una ley sobre impuesto solidario Covid sobre el patrimonio, sin embargo, luego de un gran reclamo social este no se aprobó.

Finalmente, otros ejemplos de países desarrollados que han discutido o aprobado estas leyes especiales son: Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Noruega y Australia.

[17] Para mayor información respecto a este proyecto véase Matías Pascuali, "Deficiencias técnicas del proyecto de ley de impuesto al patrimonio", en *Análisis Regulatorio*, número 4 https://derecho.udd.cl/cdre/files/2021/05/PASCUALI-M.-Impuesto-al-Patrimonio-AR-4-2021.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2021].

[18] www.argentina.gob.ar/covid-19-medidas-tributarias-nacionales/ley-ndeg-27605-aporte-solidario-y-extraordinario-para-ayudar [fecha de consulta: 6 de octubre de 2021].

## Conclusión

Los impuestos a la riqueza o al patrimonio neto, si bien han existido en el último siglo, han sido dejados de lado por la mayoría de los países, debido a sus altos costos de implementación y baja recaudación, además de los cuestionamientos sobre su validez, es por este motivo que creemos que de traer esta discusión a nuestro país es necesario sincerar los motivos por los cuales se intentaría aprobar, ya que creemos que el motivo es establecer un impuesto redistributivo más que recaudatorio.

En este sentido creemos que es necesario discutir si un impuesto como este cumple la finalidad redistributiva señalada o existen otras formas más aptas y útiles para lograr este fin.

## Bibliografía

Altamirano, Alejandro (2012). *Derecho tributario, teoría general*. Buenos Aires: Marcial Pons.

Cabrillo, Francisco. "La supresión del impuesto al patrimonio". C*uadernos de Economía*, número 58 de la Fundación para el análisis y los estudios sociales.

Gómez de la Torre, Mónica (2012). 414, "El restablecimiento del impuesto al patrimonio". *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLV.

Kopczuk, W. (2012). "Taxation of Intergenerational Transfers and Wealth". *NBER Working Paper Series*, No. 18584.

Pascuali, Matías (2021). "Deficiencias técnicas del proyecto de ley de impuesto al patrimonio". *Análisis Regulatorio,* número 4. Disponible en https://derecho.udd.cl/cdre/files/2021/05/PASCUALI-M.-Impuesto-al-Patrimonio-AR-4-2021.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2021].

OECD (2018). "The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD".

Rakowski, Eric (2000). "Can Wealth Taxes be Justified?". *Tax Law Review,* 53.

Rudnick, Rebecca S. & Richard K Gordon (1996). "Taxation of Wealth". Victor Thuronyi (ed.). *Tax Law Design and Drafting*. Washington DC.: IMF, vol. 1.

Toledo Zúñiga, Patricia (2015). *Análisis de la jurisprudencia constitucional desde la teoría general del derecho*. Tesos Doctoral UPF.

# ESTADO DE DERECHO Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL
## Segunda parte

# RULE OF LAW AND CONSTITUTIONAL ENVIRONMENTAL BLOCK
## Second Part

*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 generar la responsabilidad internacional del Estado de Chile ante el 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 en forma voluntaria el país. *Segundo*, una propuesta sobre la existencia de un bloque de consti-

[*] 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 UDD. 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

Nota: Esta es la segunda parte del artículo cuya primera parte se publicó en el número anterior de *Actualidad Jurídica*.

tucionalidad 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. Muestra de TI ambientales celebrados por Chile y mandatos o valores normativos esenciales de algunos de ellos

### *1. Comentarios preliminares*

De acuerdo con lo expuesto en el punto II. 2. A.2) del trabajo, en esta sección se aporta un catálogo con algunos de los principales TI ambientales celebrados

por Chile y que se encuentran vigentes, cuyo contenido formaría parte del Bloque de Constitucionalidad Ambiental planteado. Estos son categorizados por Subbloques, según el tema principal que regulan (por ejemplo: Subloques de cambio climático, de diversidad biológica, antártico y contaminación), y se desarrolla, brevemente y a modo de referencia (para explicar la presente doctrina), algunos de aquellos cuyo contenido reviste, en nuestra opinión, una especial importancia para el país durante este siglo XXI".

## *2. Catálogo de TI ambientales: Bloque de constitucionalidad ambiental en Chile*

El siguiente es el catálogo de TI ambientales, categorizados por subbloques temáticos y propuestos en atención a las materias especiales que regulan.

A) Subbloque de cambio climático

i. Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.
ii. Acuerdo de París sobre Cambio Climático.
iii. Protocolo de Kioto.
iv. Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.
v. Protocolo de Montreal Relativo a las Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono.

B) Subbloque de diversidad biológica

i. Convención de Diversidad Biológica.
ii. Convenio sobre Zonas Húmedas de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (RAMSAR).
iii. Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES).
iv. Convenio sobre la Conservación de Especies Migratorias de la Fauna Salvaje (CMS).
v. Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América.
vi. Convenio Internacional para la Regulación de la Caza de la Ballena.
vii. Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular África.
viii. Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura.

C) Subbloque antártico

i. Tratado Antártico.
ii. Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (Protocolo de Madrid).
iii. Convención sobre Conservación de Focas Antárticas.
iv. Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos.

D) Subbloque de contaminación

i. Convenio de Basilea para el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación.
ii. Acuerdo sobre la Cooperación Regional para el Combate Contra la Contaminación del Pacífico Sudeste por Hidrocarburos y Otras Sustancias Nocivas en Caso de Emergencia.
iii. Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes.
iv. Convenio de Minamata sobre el Mercurio.

### 3. *Algunos mandatos o valores normativos esenciales del bloque de constitucionalidad ambiental*

Para poder explicar lo expuesto en anteriores secciones y puntos de este texto, hemos seleccionado los siguientes TI ambientales cuyo contenido formaría parte del Bloque de Constitucionalidad Ambiental, todos de gran relevancia para Chile y sus proyecciones futuras como país:

A) Del Subbloque de Cambio Climático: El Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Acuerdo de París;
B) Del Subbloque de Diversidad Biológica: el Convenio de Diversidad Biológica y el Convenio RAMSAR y
C) Del Subbloque Antártico: El Tratado Antártico y el Protocolo de Madrid.

A) Subbloque de Cambio Climático

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático ("CMNUCC" o "Convención Marco"), fue adoptada en la ciudad de Nueva York (Estados Unidos de América), el 9 de mayo de 1992 y entró en vigor el día 21 de marzo de 1994. Este importante TI ambiental, fue ratificado por Chile, promulgado por medio del decreto n.° 123 del Ministerio de Relaciones

Exteriores, con fecha 31 de enero de 1995 y publicado en el *Diario Oficial* el 13 de abril del mismo año, encontrándose vigente.

El objetivo último de la Convención Marco, así como de todo instrumento jurídico conexo adoptado por la Conferencia de las Partes, es lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático[1].

En virtud del mandato o valor normativo esencial derivado de este TI, el Estado de Chile se ha comprometido, en el ámbito internacional y nacional, a conocer su realidad de emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI)[2] y a aportar a la estabilización mundial de las concentraciones de estos en la atmósfera a un nivel que no sea peligroso para la vida, producto del calentamiento global y el cambio climático asociado a este.

Dicho valor esencial, se expresa para las partes en determinados compromisos establecidos en la Convención Marco:

a) Elaborar, actualizar de manera periódica, publicar y facilitar a la Conferencia de las Partes (COP)[3], inventarios nacionales de las emisiones antropógenas por las fuentes y de la absorción por los sumideros[4] de todos los GEI no controlados por el Protocolo de Montreal;
b) Formular, aplicar, publicar y actualizar en forma regular programas nacionales y regionales, cuando proceda, que contengan medidas orientadas a mitigar el cambio climático y otras para facilitar la adaptación a ese fenómeno y
c) Promover y apoyar con su cooperación el desarrollo, la aplicación y la difusión, incluida la transferencia, de tecnologías, prácticas y procesos que controlen, reduzcan o prevengan las emisiones antro-

[1] El Sistema climático, está conceptualizado en el art. 1, numeral 3, de la Convención como: "la totalidad de la atmósfera, la hidrósfera, la biósfera y la geósfera, y sus interacciones". ONU, CMNUCC, *op. cit.*, p. 4. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf [fecha de consulta: 27 de abril de 2020],

[2] Los Gases de Efecto Invernaderp (GEI), están definidos en el art. 1, numeral 5, de la Convención como: "aquellos componentes gaseosos de la atmósfera, tanto naturales como antropógenos, que absorben y reemiten radiación infrarroja". ONU, CMNUCC, *op. cit.*, p. 4. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf [fecha de consulta: 27 de abril de 2020].

[3] La Conferencia de las Partes (Conference of the Parties, COP, en inglés), regulada en el art. 7 de la Convención, es el órgano supremo de esta y de todo otro instrumento jurídico que se adopte sobre la base de la misma.

[4] Sumidero está definido en el art. 1, numeral 8 de la Convención como: "cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe un gas de efecto invernadero de la atmósfera", *op. cit.*, p. 4. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf) [fecha de consulta: 27 de abril de 2020].

pógenas de GEI, en todos los sectores pertinentes (por ejemplo: la energía, el transporte, la industria, la agricultura, la silvicultura y la gestión de desechos).

Acuerdo de París sobre Cambio Climático

El Acuerdo de París ("El Acuerdo"), fue adoptado en la ciudad de París (Francia), el 12 de diciembre de 2015 y entró en vigor el día 4 de noviembre de 2016. Este relevante TI, fue ratificado por Chile, promulgado mediante decreto n.º 30 del Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha 13 de febrero y publicado en el *Diario Oficial* el 23 de mayo del mismo año, encontrándose hoy vigente.

De conformidad a su art. 2, al mejorar la aplicación de la Convención Marco (incluido el logro de su objetivo), tiene como finalidad reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos por erradicar la pobreza, en los términos establecidos por la norma.

Conforme al mandato o valor normativo esencial derivado de este TI, el Estado de Chile se ha comprometido, en el ámbito internacional y nacional, a desarrollar una comunicación que informe al mundo cuáles son las acciones de mitigación y adaptación al cambio climático a las cuales el país voluntariamente se ha obligado, y a contribuir, con la mayor ambición posible, a mantener la temperatura media mundial dentro de los márgenes fijados por el Acuerdo (esto es, por debajo de los 2°C respecto a niveles preindustriales y a proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5 °C).

Lo anterior, se concreta para las partes en determinados compromisos establecidos en el Acuerdo como. por ejemplo:

a) Cada cinco años todos los Estados partes deben comunicar y mantener sus objetivos nacionales de reducción de emisiones (es decir, sus planes de desarrollo para la reducción de emisiones o contribución determinada nacional), compromisos que deberán hacerse mayores, en forma progresiva, con cada entrega que realicen;
b) Todos los países deben poner en marcha políticas y medidas nacionales para alcanzar sus objetivos y contribuir a cumplir el objetivo del Acuerdo;
c) Las partes deberán adoptar medidas para conservar y aumentar, según corresponda, los sumideros y depósitos de GEI y
d) Un objetivo mundial relativo a la adaptación, que consiste en aumentar la capacidad de adaptación, fortalecer la resiliencia y reducir la vulnerabilidad al cambio climático con miras a contribuir al desarrollo sostenible.

Finalmente, cabe comentar que, en la actualidad, se tramita en el Congreso Nacional una ley de cambio climático, que debe respetar el marco jurídico establecido por TI en la materia.

¿Por qué serían TI sobre derechos humanos?

Se postula, pues, que ambos acuerdos internacionales pueden ser considerados como TI sobre derechos humanos, debido a que existe una creación jurisprudencial en la materia, a través de casos judiciales relevantes de derecho comparado, que permitirían afirmar que las personas tienen un derecho humano al ambiente, al clima sano y, por ende, a salir de la actual urgencia climática. En este sentido, se hace referencia, específicamente, a dos juicios que, en los últimos años, han causado un gran impacto en el área en el ámbito internacional: el caso Juliana v/s Estados Unidos y el caso Urgenda v/s Holanda.

Juliana v/s Estados Unidos

El primer caso, trata de una acción civil-constitucional ejercida, durante el año 2015, por veintiún demandantes de entre ocho y veintiún años de edad en contra del gobierno federal de Estados Unidos de América y varias autoridades de ese país, incluyendo a su Presidente[5]. En términos generales, la demanda presentada por la organización sin fines de lucro Our Children's Trust, en representación de los jóvenes estadounidenses, está basada en la responsabilidad nacional e internacional del Estado, sobre la base de ciertas normas y doctrinas jurídicas. En ella, se sostiene que los demandados infringieron los derechos de los adolescentes al permitir y promover actividades que perjudicaron de manera significativa su vida, libertad y propiedad, debido a que habrían tenido conocimiento (apoyado por la ciencia), por más de cincuenta años, de que el $CO_2$ producido a escala industrial por la quema de combustibles fósiles estaba generando niveles críticos de calentamiento global y también cambio climático. Más aún, estos habrían autorizado y subsidiado la extracción, el desarrollo, el consumo y la exportación de combustibles fósiles, permitiendo deliberadamente que las concentraciones de GEI aumentaran a niveles sin precedentes en la historia. Continuar en esa dirección, implicaba desestabilizar aún más el sistema climático del que dependen las presentes y futuras generaciones de la nación para su bienestar y sobrevivencia. En este sentido, el juicio tiene por objetivo principal solicitar a los tribunales de justicia que exijan al gobierno estadounidense la adopción de un plan de

[5] El nombre de una de las jóvenes demandantes es Kelsey Cascadia Rose Juliana, incluido en el caratulado de la causa ("Juliana v US"). El Presidente en ejercicio al momento de la interposición de la demanda era Barack Obama (2015), puesto que luego ocuparía Donald Trump.

medidas vinculantes, claras y efectivas para reducir las emisiones de GEI, algo que los demandantes consideraban que no se habría llevado a cabo de manera adecuada a esa fecha (lo que resultaba aún más evidente con la negación del fenómeno del cambio climático antropocéntrico, la pasada postura de Estados Unidos frente al Acuerdo de París y las políticas de desregulación ambiental desarrolladas por la Administración del presidente Donald Trump). Así, los demandados no solo estaban violando su obligación de proteger y mantener ciertos recursos naturales esenciales del pueblo estadounidense, para beneficio de los ciudadanos (incluyendo aguas, tierras y aire-atmósfera); sino que, también, estaban discriminando indebidamente con sus decisiones a los jóvenes del país (las nuevas generaciones) quienes serían los más afectados con los efectos de las acciones y omisiones gubernamentales en materia ambiental, y en el adecuado ejercicio de sus derechos constitucionales[6].

Más allá del detalle de los argumentos de fondo de la acción, los diversos aspectos procedimentales asociados a esta y su resultado (finalmente no prosperó), creemos que lo interesante es que esta fue admitida a tramitación, avanzó en las distintas etapas del proceso y que en los pronunciamientos de los jueces que intervinieron en ella se plasmaron conclusiones muy interesantes. Nos parece que la gran virtud de este caso, consiste en aplicar el derecho medioambiental estadounidense vinculado a los derechos constitucionales de las personas, fortaleciendo la acción y sus pretensiones mediante la posibilidad de estar ante la violación de derechos humanos. Esta argumentación permitió a los tribunales sostener que, en este caso, también se afecta el derecho constitucional de los demandantes a vivir en un sistema climático estable, el que, si bien no se encontraría expresamente consagrado en una norma, sí se entendería ser parte del Bill of Rights o Carta de Derechos. Lo anterior, corresponde a una construcción doctrinaria en la materia que entiende que ello sería procedente en relación con la Novena Enmienda, que es la que resguarda los derechos retenidos por el pueblo estadounidense, aun cuando se trate de derechos naturales e innominados[7].

## Caso Urgenda v/s Holanda

También conocido como el Caso del Clima, representa una de las más grandes victorias de la denominada litigación climática. El juicio, desarrollado en

[6] Astorga y Costa (2021).

[7] Arratia Salinas, María Ignacia (2018). *Surgimiento de nuevos derechos en materia de cambio climático, a la luz de la novena enmienda de Estados Unidos*. Memoria de grado. Santiago: Universidad de Chile, p. 22 y siguientes,. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/150923/Surgimientos-de-nuevos-derechos-en-materia-de-cambio-clim%C3%A1tico-a-la-luz-de-la-Novena-Enmienda-de-Estados-Unidos.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 9 de mayo de 2020].

Holanda, se inició con la presentación de una demanda, el 20 de noviembre de 2013, por los demandantes, una pequeña ONG medioambiental llamada Urgenda (contracción de "Urgent Agenda"), cuyo objetivo fundacional es promover la transición hacia una sociedad sustentable, y junto a 886 ciudadanos, solicitando al órgano jurisdiccional holandés competente ordenar al gobierno de ese país que cumplir con sus compromisos nacionales e internacionales en materia de cambio climático.

Uno de los principales argumentos del caso, fue que las actuales emisiones de GEI, en particular las de $CO_2$, amenazaban con poder alcanzar un calentamiento global mayor a los 2ºC en comparación con los niveles preindustriales, lo que podría aparejar graves consecuencias dentro de la biosfera del planeta. De acuerdo con la parte demandante, el actuar del Estado holandés habría sido negligente e ilegal, al ser contrario al deber de cuidado que un Estado debe ejercer para proteger a la sociedad que gobierna. Dicho Estado, tiene la capacidad y responsabilidad sistemática por el total de emisiones de GEI alcanzados en el país, además del deber de establecer políticas adecuadas y pertinentes para prevenir y evitar los efectos negativos del fenómeno climático.

De tal forma, en relación con las políticas públicas, la demandante argumentó que el Estado holandés tiene una obligación legal basada en los compromisos adquiridos a partir de la Conferencia de las Partes de la CMNUCC del año 2009, para limitar a no más de 2°C el aumento de la temperatura global respecto a los niveles preindustriales. En igual sentido, los Acuerdos de Cancún del año 2010 promueven que los países del Anexo I tengan una responsabilidad adicional, para reducir el volumen de sus emisiones anuales de GEI al 2020, en un rango de entre 25 % y 40 % comparado con el año 1990. Por otro lado, dentro del segundo periodo de compromiso del Protocolo de Kioto (2013 a 2020), los países miembros de la Unión Europea pactaron una meta de reducción del 20 % de sus emisiones de GEI, dejando abierta la posibilidad de alcanzar, incluso, el 30 % de reducción. Finalmente, cabe tener presente que el Estado holandés ha respaldado el Plan de Acción de Bali, la Enmienda de Doha y los Acuerdos de Durban, en los que se acordó crear un cuerpo normativo para combatir el cambio climático, que se plasmó en el Acuerdo de París, del cual Holanda es parte. No obstante, considerando las políticas de cambio climático holandesas, modificadas por el gobierno de turno en 2013, el país europeo alcanzaría una reducción de un máximo de 17 % para el año 2020, lo que constituye un porcentaje muy bajo teniendo en cuenta el estándar aludido, incumpliendo de esta forma sus compromisos internacionales[8].

[8] Astorga y Costa (2021).

En relación con el deber de cuidado que debe tener el Estado para con sus ciudadanos, se cita el art. 21 de la Constitución de Holanda, que señala: "Será preocupación de las autoridades velar por mantener el país habitable, así como también proteger y mejorar el medio ambiente". También, se invocaron los arts. 2 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), referidos al derecho a la vida y al respeto a la privacidad y la vida familiar, respectivamente. En adición, se hace presente la violación del art-6:162 del *Código Civil* holandés, el que para los demandantes contendría el deber de cuidado debido por el Estado en favor de sus ciudadanos. Si bien se intentó utilizar la alta contribución nacional de GEI del Estado, como inobservancia de dichas regulaciones vinculada a los efectos negativos del cambio climático, estos argumentos no fueron tomados en consideración por la Corte, sirviendo solo para establecer de mejor manera el estándar debido del cuidado antes referido[9].

Creemos que los aspectos más notables del fallo del tribunal competente, favorable a los demandantes, pueden resumirse de la siguiente forma:

a) Se declara admisible la acción promovida por una ONG y un grupo de individuos en defensa de intereses de generaciones presentes y futuras, lo que supone una comprensión ampliada de la representación de intereses colectivos, cuya admisibilidad es aún cuestionada;
b) La decisión judicial se funda en normas nacionales e internacionales, tanto en materia ambiental como de derechos humanos (la vinculación del ejercicio de los derechos fundamentales y la protección del sistema climático y del ambiente constituye un camino prometedor no solo para el litigio climático, sino, además, para garantizar la eficacia de normas internacionales diversas en el ámbito nacional);
c) El fallo tiene en cuenta la evidencia científica para establecer la relación de causalidad existente entre la inactividad de las autoridades respecto de la mitigación de emisiones de GEI y los daños que generará el calentamiento global en la vida y la salud de las personas (los informes del IPCC y el principio de precaución serían suficientes para considerar probados los riesgos del comportamiento pasivo del Estado para los derechos de las personas);
d) Se desecha el argumento de que los jueces no deben interferir en cuestiones de política ambiental nacional e internacional, reservadas a otras ramas del poder público (ya que el cambio climático nece-

[9] Abarca Lucero, José Miguel (2017). *Prueba de la causalidad y valoración de la evidencia científica en la litigación del cambio climático: Aporte del caso Urgenda vs Holanda*. Memoria de grado. Santiago: Universidad de Chile, p. 61 y siguientes. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/159500 [fecha de consulta: 9 de mayo de 2020].

sita la acción conjunta de la comunidad internacional, los jueces nacionales son competentes para verificar la adopción, por parte del Estado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de los compromisos internacionales y la protección de los derechos humanos en su territorio)[10];

e) Se estima que el multilateralismo es fundamental para la lucha contra el cambio climático, cada país es responsable de la parte que le corresponde en ella y también la ciudadanía de aquellos Estados que no presenten contribuciones determinadas nacionales ambiciosas pueden hacer valer sus demandas en temas relacionados ante los tribunales nacionales;

f) En muchos países, una vez que se ratifica un acuerdo internacional, se incorpora en su ordenamiento jurídico interno; debiendo respetarse, por estar al mismo nivel que una ley o, incluso, en ciertos casos (cuando versan sobre derechos fundamentales), por encima de cualquier otra ley salvo las de rango constitucional y

g) No obstante tratarse de una sentencia de un tribunal nacional (Holanda), que no sienta precedente obligatorio, constituye un importante logro en la materia y ha sido considerada como un referente sobre la estrategia y la argumentación a utilizar en diversas acciones ante los tribunales de otros países[11].

B) Subbloque de Diversidad Biológica

Convenio de Diversidad Biológica

El Convenio sobre la Diversidad Biológica ("el Convenio" o "CBD" por sus siglas en inglés) de la Organización de las Naciones Unidas, fue firmado en el año 1992 durante la Cumbre de la Tierra en Rio de Janeirol y entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Este acuerdo internacional fue ratificado por Chile, promulgado a través del decreto supremo n.º 1963 del Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha 28 de diciembre de 1994 y se publicó en el *Diario Oficial* el 6 de mayo de 1995. Se encuentra actualmente vigente.

Aunque con anterioridad al CBD ya existían TI relacionados con aspectos específicos de la biodiversidad, este es el primer acuerdo global que abarca todos los temas relevantes sobre la materia en forma comprensiva y en todos los niveles conocidos (recursos genéticos, especies y ecosistemas). Además, reconoce, en forma explícita, que la conservación de la diversidad

[10] Castro Niño (2019). Disponible en www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/educacion-y-cultura/urgenda-contra-paises-bajos-un-hito-en-la-lucha-judicial).[fecha de consulta: 9 de mayo de 2020].

[11] Astorga y Costa (2021).

biológica es una meta común de la humanidad y la base fundamental del proceso de desarrollo. Así, entre sus objetivos principales destacan la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa de sus beneficios, contemplando, incluso, el acceso a la biotecnología y la seguridad en actividades relacionadas con organismos vivos modificados.

En este caso, el mandato o valor normativo esencial, que se desprende de la ratificación de su texto, es que el Estado de Chile debe proteger la diversidad biológica existente dentro de su territorio. Este sería, entonces, el principio básico de nivel constitucional que el TI ambiental en comento estaría aportando al país.

Lo expuesto se especifica en obligaciones determinadas establecidas en este acuerdo internacional como, por ejemplo:

a) Informes nacionales sobre las medidas para poner en práctica el Convenio;
b) Medidas e incentivos para la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica y
c) Consideraciones específicas dentro de la evaluación de impacto ambiental.

Cabe recordar que, debido a la época de dictación de la CPR y al menor desarrollo existente en relación con el tema por esos años, el concepto de diversidad biológica no fue considerado ni recogido por la Carta Fundamental. Por lo tanto, es a partir de la ratificación por Chile de este TI, junto con su incorporación al ordenamiento jurídico interno, que el Estado debe observar dicho mandato y ejecutar los mecanismos para la implementación del mismo (por ejemplo: Estrategias Nacionales de biodiversidad y sus planes de acción, informes nacionales, etc.)[12]. Además, la Ley Bases Generales del Medio Ambiente también se refiere a la diversidad biológica siguiendo lo establecido por el Convenio.

### Convención relativa a zonas húmedas de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convención RAMSAR)

La Convención RAMSAR, fue suscrita el 2 de febrero de 1971 en la ciudad de Ramsar (Irán). Fue ratificada por el Estado de Chile, promulgada por decreto n.° 771 del Ministerio de Relaciones Exteriores, con fecha 4 de septiembre y que fue publicado en el *Diario Oficial* el 11 de noviembre del mismo año. Se encuentra en la actualidad vigente.

[12] ONU (1992). Convenio de Diversidad Biológica.

El objetivo de la Convención RAMSAR es la conservación y el uso racional de los humedales, mediante acciones locales y nacionales sobre la base de la cooperación internacional, como contribución al logro de un desarrollo sostenible en todo el mundo. Los humedales, definidos en términos muy amplios en este acuerdo internacional, están entre los ecosistemas más diversos y productivos del planeta, proporcionando relevantes servicios esenciales y suministrando agua potable a los seres vivos. Sin embargo, también son espacios que se encuentran en constante exposición a la degradación y la conversión para otros usos, siendo afectados por diversos factores como el cambio climático, la contaminación y su mal uso.

Así, en virtud del mandato o valor normativo esencial derivado de este TI, el Estado de Chile se ha comprometido, en el ámbito internacional y nacional, a proteger los humedales, reconociendo su importancia para la diversidad biológica, ecosistemas y la vida de la población.

Lo indicado, se expresa en obligaciones determinadas establecidas en este acuerdo internacional como, por ejemplo:

a) Trabajar en favor del uso racional de todos los humedales de su territorio;
b) Designar humedales idóneos para la lista de humedales de importancia internacional (la "Lista de Ramsar") y garantizar su manejo eficaz y
c) Cooperar en el plano internacional en materia de humedales transfronterizos, sistemas de humedales compartidos y especies compartidas[13].

Sobre la base de este TI han surgido normas jurídicas nacionales posteriores, como la Ley n.º 21202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos, y su reglamento.

¿Por qué serían TI sobre derechos humanos?

Se propone que estos dos acuerdos internacionales pueden ser considerados como TI sobre derechos humanos, debido a la gran importancia que, desde una perspectiva antropocéntrica, tiene, para la existencia de las personas y el ejercicio de otros derechos fundamentales (por ejemplo: vida, integridad física y psíquica, salud, educación, habitación, alimentación y agua), el desarrollo sano y equilibrado de la naturaleza, el ambiente y la diversidad biológica en sus distintos niveles (recursos genéticos, especies y ecosistemas).

Además, en la actualidad, es conocido el estrecho vínculo existente entre cambio climático y biodiversidad. A saber, el cambio climático es uno

[13] ONU (1971), Convención Ramsar.

de los principales factores que impulsan la pérdida de la biodiversidad en el mundo (junto con otros como la contaminación, la sobreexplotación, la pérdida de hábitats y las especies exóticas invasoras), identificando entre sus causas principales la quema de combustibles fósiles, la deforestación, la agricultura intensiva y la ganadería en el ámbito industrial. Por su parte, la biomasa, los bosques, los océanos y otros ecosistemas terrestres, costeros y marinos son, entre otros, potenciales relevantes sumideros[14] y, por tanto, elementos que contribuyen de gran manera a la mitigación del cambio climático. Más aún, los ecosistemas más sanos son capaces de lidiar mejor con los efectos del fenómeno climático, que los degradados (con una menor biodiversidad, cobertura vegetal-forestal y especies que puedan sobrevivir a los impactos de este fenómeno), adaptándose más adecuada y exitosamente a las variaciones del clima y aumentando las probabilidades de supervivencia de todos.

Por todo lo anterior, estaríamos en presencia de convenciones mediante las cuales los Estados buscarían garantizar el derecho humano a la protección del ambiente y a un clima sano, que permita superar la actual urgencia climática y vivir en armonía con el ambiente del planeta.

Ahora bien, desde un punto de vista más ecocéntrico o biocéntrico, también cabe tener presente que, se observa un importante desarrollo contemporáneo en relación con explorar la viabilidad y conveniencia de darle ciertos derechos a animales, ecosistemas o la naturaleza en su conjunto.

La construcción jurídica de que el ser humano es el único sujeto de derecho, está siendo hoy cuestionada. Si bien, dicha tensión no es nueva, con una evolución de varios años en la filosofía moral, lo que resulta novedoso es que esta se ha ido extendiendo también al derecho, en el plano doctrinario, normativo y jurisprudencial. En este sentido, con respecto a los animales (seres vivos no humanos), es posible identificar ciertas legislaciones comparadas que regulan ciertas materias relacionadas a través de leyes (por ejemplo: leyes de maltrato animal, fauna, caza, etc.), algunos TI sobre la protección del bienestar animal (por ejmplo: Declaración Universal de los Derechos de los Animales, 1978 UNESCO; Convenio Europeo de Animales de Compañía, 1987, etc.) y también constituciones políticas que los reconocen como sujetos de derecho al ser parte de la naturaleza (por ejemplo: Bolivia y Ecuador). Junto con lo anterior, existe jurisprudencia de tribunales, en distintos países del planeta (por ejemplo: Estados Unidos, Colombia, Argentina, etc.),

[14] Sumidero está definido en el art. 1, numeral 8 de la Convención como: "cualquier proceso, actividad o mecanismo que absorbe un gas de efecto invernadero de la atmósfera", *op. cit.*, p. 4. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/6907.pdf [fecha de consulta: 27 de abril de 2020].

que, en casos concretos, sostiene su calificación como personas no humanas, siendo reconocidos como sujetos de derecho en determinadas legislaciones (por ejemplo: el chimpancé "Suiza" en Brasil; la orangutana "Sandra" en Argentina; etc.), evidenciando una expansión de la personalidad jurídica a seres vivos distintos del ser humano[15].

En cuanto a los ecosistemas, existen varios ejemplos en el ámbito mundial, en los que se les ha reconocido la calidad de sujetos de derechos. Solo por mencionar algunos: el río Whanganui de Nueva Zelanda; los ríos Atrato, Cauca, Magdalena, la Amazonía, y el páramo de Pisba de Colombia; en Ecuador también se han protegido ecosistemas o valores ambientales significativos; y tanto algunos Estados de México, Bolivia y Australia incluyen los derechos de la naturaleza en algunas de las normas de mayor jerarquía de su ordenamiento jurídico. Finalmente, en una reciente celebración del día de la madre tierra de las Naciones Unidas, también se instaló una mesa especial para debatir este tema.

Estas decisiones, ya sean en el plano constitucional (Bolivia), políticas públicas o resoluciones judiciales (por ejemplo: Colombia y Ecuador), dejan en evidencia las enormes presiones y amenazas que afectan los ecosistemas, representan un verdadero llamado a la acción mediante algunas medidas que se pueden adoptar para protegerlos, y que responden a progresivos cambios de paradigmas con implicaciones no solo jurídicas, sino, también, sociales y culturales. Todo parece indicar, que se estaría avanzando desde un antropocentrismo a una visión más ecocéntrica de la vida y del derecho que regula la vida en común**,** algo que seguiría desarrollando en los próximos años.

Sin ir más lejos, actualmente, en el contexto de un nuevo proceso constituyente, se discute en Chile la viabilidad y conveniencia de establecer una constitución ecológica[16]. Esta propuesta ha ido tomando bastante fuerza

[15] Campusano (2018), pp. 237-257.

[16] Pero ¿qué significaría una Constitución ecológica en la práctica? Según Ignacio Martínez, abogado de Fundación Terram: "Uno podría aproximarse a una constitución ecológica como aquella en la que la protección ambiental y el reconocimiento de la relación intrínseca entre sociedad y naturaleza permean todo el contenido una carta fundamental. Esto se podría ver reflejado, por ejemplo, en la incorporación constitucional del principio de justicia ambiental y la noción de equidad intergeneracional". Y agrega también: "Reconocer y resguardar ciertos bienes comunes como el agua y las costas, consagrar el derecho humano al agua y saneamiento, como también avanzar en un efectivo y ampliado deber del Estado de protección de la naturaleza, pensando no solo en los servicios que nos brinda, sino por su valor propio". Para Ezio Costa, director ejecutivo de la ONG Fiscalía del Medio Ambiente (FIMA): "Una constitución ecológica debiera ser una que tenga en su centro, y como una de sus prioridades, la protección del medio ambiente y la armonización de la relación entre la sociedad y este". Sosteniendo, además: "Hay principios constitucionales que tienen que ver con una constitución ecológica. Por ejemplo, el principio de justicia ambiental, el principio intergeneracional de protección

en el último tiempo, en especial en el ámbito de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales, y que postula realizar un cambio bastante más radical a lo que existe hoy en el país, en relación con las normas que regulan el funcionamiento en sociedad y la relación con el entorno natural.

C) Subbloque Antártico

Tratado Antártico

El Tratado Antártico, se firmó el 1 de diciembre de 1959 en Washington (Estados Unidos) y entró en vigencia el 23 de junio de 1961. Fue ratificado por el Estado de Chile, promulgado mediante decreto n.° 361 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 24 de junio y que fue publicado en el *Diario Oficial* el día 14 de julio del año 1961. Se encuentra en vigor.

A través de este tratado, se establece un marco normativo sobre el uso de la Antártica, la cooperación entre naciones, el intercambio de datos, el régimen de inspecciones de las actividades que se realizan en la Antártica, la condición de *statu quo* de las reclamaciones territoriales de siete de los países que lo firmaron (entre ellos Chile), las actividades de terceros Estados en dicho continente, y las normas y convenciones para la conservación de los recursos y del ambiente. Además, constituye la base de varios acuerdos com-

del medio ambiente y del buen vivir. Hay cosas que tienen que ver con la organización del Estado, como son la creación de agencias independientes, el hecho de que la organización territorial esté basada en los ecosistemas y una distribución de poder en materia regulatoria ambiental que le permita a las regiones y a las comunas, efectivamente, hacer valer sus opciones de desarrollo". Junto con ello: "Actualmente tenemos el derecho de vivir en un ambiente libre de contaminación. Creemos que tiene que mejorar su redacción, convertirse en un derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado". Dentro de las necesidades para enfrentar los conflictos ambientales cree importante: "[…] consagrar y garantizar un adecuado y efectivo acceso de los bienes comunes en general –como el agua–, el acceso a la información, la participación ciudadana y a la justicia en materia ambiental", considerando: "Una clausura de limitación a la propiedad que permita que se hagan modificaciones en favor de la protección ambiental y que eso no signifique violar ni la propiedad, ni el emprendimiento o libertades económicas". Finalmente, señala: "Las maneras en que el derecho ha protegido al medio ambiente hasta ahora no han sido suficientemente fuertes. Ahí hay una carencia que ha traído complejidades y complicaciones para todos y todas, entonces trazar como esta idea y concepto más profundo de lo que sería una constitución ecológica creemos que podría ser útil. Y lo vemos necesario para hacerle frente a la crisis, entonces queremos que la constitución tenga futuro, sino vamos a estar en 10 o 20 años más con nuevas crisis sociales producidas o agravadas por el tema ambiental". Sofía Roblero Valenzuela (2020). "Ezio Costa y Constitución Ecológica". *El Mostrador*, sección de Sustentabilidad. Disponible en www.elmostrador.cl/agenda-pais/2020/08/30/ezio-costa-y-constitucion-ecologica-las-maneras-enque-el-derecho-ha-protegido-al-medio-ambiente-hasta-ahora-no-han-sidosuficientemente-fuertes/ [fecha de consulta: 25 de abril de 2021].

plementarios que, junto con las medidas adoptadas en el marco del Tratado Antártico y los acuerdos conexos, suelen denominarse el *Sistema* del Tratado Antártico (STA).

En virtud del mandato o valor normativo esencial derivado de este TI, el Estado de Chile se ha comprometido, en el ámbito internacional y nacional, a dar al territorio antártico un uso pacífico, de cooperación científica e intercambio de informaciones en el plano mundial, que vele por la conservación de su territorio y ambiente, pudiendo desarrollar actividades en el lugar, pero manteniendo congeladas sus reclamaciones con pretensión soberana en este[17].

Lo señalado, se concreta en obligaciones determinadas establecidas en este acuerdo internacional, como, por ejemplo:

a) El Tratado establece que ninguna actividad que se lleve a cabo durante su vigencia, constituirá fundamento para hacer valer, apoyar o negar una reclamación de soberanía ni para crear nuevos derechos de soberanía en la región. Los Estados firmantes se comprometen a no hacer nuevas reclamaciones de soberanía territorial y a no ampliar las que se hicieron con anterioridad a su firma, mientras el Tratado esté en vigencia;
b) *Se prohíben las explosiones nucleares y la eliminación de desechos radiactivos*[18];
c) Se contempla un mecanismo de inspección, por el cual cualquier país firmante puede enviar observadores facultados para visitar las instalaciones de cualquier otra parte contratante, con el fin de asegurar la aplicación de las disposiciones del Tratado y
d) Las partes se comprometen a informar por adelantado sobre expediciones, estaciones ocupadas y personal o equipos militares introducidos en apoyo a las actividades científicas[19].

Este TI ha servido de base a la dictación de otras normas jurídicas nacionales como la Ley n.° 21255, que establece el Estatuto Chileno Antártico.

### Protocolo de Madrid

El Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente (también conocido como "Protocolo de Madrid"), fue firmado el 4 de octubre de 1991 en Madrid (España), y entró en vigor el 14 de enero de 1998.

[17] ONU (1959), art. IV del Tratado Antártico.
[18] *Op. cit.*, art. V.
[19] *Op. cit.*, art. VII.

El Estado de Chile, lo ratificó, promulgándolo mediante decreto n.º 396 del Ministerio de Relaciones Exteriores y fue publicado el día 18 de febrero de 1998. Se encuentra en vigor.

Este TI ambiental, forma parte de los acuerdos complementarios que se entienden incluidos dentro del denominado Sistema del Tratado Antártico (STA), considerando también a las medidas convenidas para la protección de la flora y fauna antártica, a la Convención para la Conservación de Focas Marinas y a la Convención para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos. El Protocolo de Madrid establece los principios, procedimientos y compromisos ambientales para las partes, que junto con considerar los anteriores acuerdos internacionales específicos alcanzados en el área, busca avanzar hacia una mejor y más adecuada protección antártica.

En virtud del mandato o valor normativo esencial derivado de este acuerdo internacional, el Estado de Chile se ha comprometido, a escala internacional y nacional, a proteger en forma extensa del ambiente tanto de la Antártica, como de sus ecosistemas dependientes y asociados.

Lo anterior, se especifica en exigencias determinadas establecidas en este acuerdo internacional como, por ejemplo:

a) Asegurar que las actividades humanas permitidas en la zona (por ejemplo: las actividades mineras está prohibidas y el turismo está permitido) no tengan repercusiones adversas en el entorno natural antártico, ni en sus valores estéticos y científicos;
b) Velar porque todas las actividades deban planificarse y dirigirse basándose en información suficiente que permita proteger el ambiente antártico y en el valor de la Antártica para las investigaciones científicas y
c) Respetar las normas especiales de los cinco anexos, sobre conservación de la flora y fauna antártica, evaluación de impacto ambiental, eliminación y tratamiento de residuos, la prevención de la contaminación marina y el sistema de áreas protegidas.

La protección del ambiente en el continente antártico es de gran importancia para Chile debido a la mayor cercanía espacial (comparado a otros países) y la relación o dependencia que existe con su ecosistema continental sudamericano.

¿Por qué serían TI sobre derechos humanos?

Se propone que estos dos acuerdos internacionales así como los demás que componen el Sistema Antártico Chileno, pueden ser considerados como TI sobre derechos humanos, debido a la relevancia de estos al proteger derechos fundamentales como el de la paz y la protección del ambiente o a un ambiente sano. De esta forma, si bien el Tratado Antártico no es un TI ambiental propia-

mente tal, a diferencia del Protocolo de Madrid, del análisis conjunto de todos los componentes del Sistema del Tratado Antártico chileno, incluyendo, además, la reciente ley que establece el Estatuto Chileno Antártico (en particular lo dispuesto en su título VI sobre protección y conservación del ambiente antártico), es posible sostener que este régimen especial antártico está construyendo sobre la lógica de derechos fundamentales, al estar constituyendo un lugar único en el mundo para la realización exclusiva de actividades destinadas a la paz, a la ciencia, con prohibición de actividades militares o bélicas (no violencia), pruebas nucleares, actividades extractivas (por ejemplo: mineras o petroleras), ni que perturben la vida de la fauna y flora antártica, al ser uno de los focos principales la protección y la conservación de su ambiente.

## II. Reflexiones finales

Si bien la CPR vigente al tiempo de escribir estas líneas contiene ciertas normas en materia ambiental, las que establecen obligaciones para el Estado, así como derechos y garantías constitucionales para las personas que viven en su territorio, y las que, más allá de sus críticas, pueden ser consideradas como avanzadas para la época en que se dictó la Carta Fundamental, lo cierto es que, en la práctica, han resultado más abstractas y nominales que concretas y efectivas. Mientras tanto, cada día resulta más evidente la gran presión que se ejerce, como población, sobre el ambiente, algo que no solo queda reflejado en el deterioro de sus elementos, sino que, también, en el aumento de los conflictos socioambientales de los habitantes del país, como consecuencia de los abusos y desequilibrios del actual modelo de desarrollo económico, la insuficiencia de las políticas públicas, medidas y fiscalizaciones, y la falta de educación ambiental, acceso y participación activa de las personas en la materia.

Sin perjuicio de lo anterior, durante las últimas décadas el Estado ha celebrado numerosos y diversos TI ambientales, que buscan complementar lo establecido por la CPR y las normas dictadas de conformidad a ella, buscando mejorar, entre otros, las formas y los estándares de protección del ambiente del territorio nacional.

Si bien, dichos TI ambientales representan un avance en la materia y la relevancia de su contenido es alta, la aplicación de sus disposiciones en Chile –nacidas en el derecho internacional público– tampoco es sencilla, requiriendo, primero, su incorporación al ordenamiento jurídico chileno, a partir de lo cual se entenderán ser parte de este, y, segundo, en ciertos casos, su implementación y seguimiento para poder exigir las obligaciones estatales de los órganos competentes y el respeto de los derechos que emanen de estos para los habitantes de Chile.

En la realidad nacional, se revela la necesidad de fortalecer la aplicación de los TI ambientales, lo que, más allá de las causas de su inobservancia e ineficacia, afecta en forma transversal al ordenamiento jurídico nacional (debilitando la confianza en las autoridades y afectando el ejercicio de los derechos asociados), al ambiente y a la imagen de Chile en la comunidad internacional (pudiendo, incluso, generar responsabilidad internacional para el país).

La doctrina del Bloque de Constitucionalidad Ambiental presentada en este trabajo, constituye, precisamente, un intento de aportar en este sentido, buscando generar una mayor consciencia y comprensión sobre la relevancia de los temas regulados por estos TI, promover un incremento de su cumplimiento en el ámbito nacional e internacional, y aclarar algunas dudas que existen sobre estos, considerando la CPR vigente y el actual proceso constituyente que se desarrolla en el territorio nacional.

Su fundamentación, basada en la noción de Estado de derecho y en otros conceptos, principios y derechos fundamentales relacionados, propone construir su argumentación a partir de elementos arraigados en nuestra tradición y a otros adaptados al país desde la doctrina extranjera, el derecho comparado y el derecho internacional, y vinculados a Chile desde su activa participación en la comunidad internacional.

La idea detrás de este planteamiento, es la de procurar proteger los significativos mandatos normativos o valores esenciales derivados de dicho Bloque de Constitucionalidad Ambiental frente a posibles reformas constitucionales, como también incentivar su cumplimiento y aplicación efectiva, al entenderlos como deberes del Estado y derechos de las personas, que puedan exigirse o hacerse valer frente a todas las actuaciones estatales que correspondan, sin que la autoridad pueda acudir a normas constitucionales o legales internas que pudieran ser distintas o contrarias a las aportadas por dichos TI ambientales. De esta manera, todo órgano del Estado de Chile (sea que ejerza una función ejecutiva, jurisdiccional o legislativa), incluso la Convención Constitucional, deberán respetar el Estado de derecho y los límites establecidos para su acción, acatando el contenido que resulte aplicable a estos, en cada caso, según el TI de que se trate.

Frente a un panorama ambiental de Chile a todas luces complejo y desafíos enormes por delante, la propuesta realizada pretende ser un primer paso o aporte doctrinario preliminar en la materia, debiendo ser desarrollada con mayor detalle y precisión en el tiempo. En caso de lograr reconocimiento y apoyo, así como contribuciones a la misma, creemos que podría llegar a ser un interesante y valioso referente en miras a la consecución de los objetivos que se tuvieron en mente al plantearla. Actualmente, en el camino hacia una posible nueva Constitución, existe una oportunidad histórica de corre-

gir, mejorar y continuar avanzando en asuntos ambientales del país. Todo esfuerzo en esa dirección debería ser al menos considerado, perfeccionado o, si así se estimare, recogido, por doctrina, jurisprudencia o en el texto constitucional, para buscar estar a la altura de las exigencias del Chile del siglo XXI.

## Bibliografía


Aguilar Carvallo, Gonzalo (2009). "La Corte Suprema y la aplicación del derecho internacional: Un proceso esperanzador". *Estudios Constitucionales*, año 7, n.° 1.

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". *Estudios Constitucionales*, año 14, n.º 2.

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.

Aranda Ortega, Jorge (2013). "El estado de derecho ambiental: concepto y perspectivas de desarrollo en Chile". *Justicia Ambiental*, año V, n.º 5.

Astorga Jorquera, Eduardo y Ezio Costa (2021). *Derecho ambiental chileno: Parte especial*. Santiago: Thompson Reuters. Disponible en www.thomsonreuters.cl/PortalLN/carro_new/nw_Ficha_Producto.asp?id_producto=5947 [fecha de consulta: 9 de mayo de 2021].

Beltersen Repetto, Raúl (1996). "Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n.º 2 y 3.

Benadava, Santiago (2004). *Derecho internacional público*. 8ª ed. Santiago: LexisNexis.

Benda, E., W. Maihofer, J. Vogel, K. Hesse, W. 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.

Bockenforde, Ernst Wolfgang (2002). *Estudios sobre Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta.

Bruna, Guillermo (2003). "Los tratados internacionales en la Constitución de 1980: Jurisprudencia en la década 1981-1989". *Ius Et Praxis*, vol. 9, n.º 1.

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 (2000). "Propuesta preliminar para la creación de una política ambiental internacional de Chile". *Actualidad Jurídica*, n.º 2.

Campusano Droguett, Raúl (2002). "El concepto de desarrollo sustentable en la jurisprudencia y en otras fuentes de derecho internacional". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xxiii.

Campusano Droguett, Raúl F. (2003). "Crisis del derecho internacional o el derecho como la mejor forma de enfrentar la crisis". *Actualidad Jurídica*, n.º 8.

Campusano Droguett, Raúl (2006). "Tratados y el derecho internacional en la reforma constitucional de 2005". *Actualidad Jurídica*, año vii, n.º 13.

Campusano Droguett, Raúl F. (2011a). "La regulación ambiental en Textos Constitucionales de Países Sudamericanos". *Actualidad Jurídica*, n.° 23.

Campusano Droguett, Raúl F. (2011). "Disposiciones sobre derecho internacional en Constituciones Políticas de América del Sur". *Actualidad Jurídica*, n.º 24.

Campusano Droguett, Raúl F. (2012). *El derecho internacional en la Nueva Constitución de Bolivia. XLII Jornadas de Derecho Público*. Valparaíso: Universidad Católica de Valparaíso.

Campusano Droguett, Raúl F. (2014). "Cambio climático y migraciones: Desafíos para el derecho y las políticas públicas". *Actualidad Jurídica*, n.º 29.

Campusano Droguett, Raúl F. (2018). "Derechos de los seres vivos no humanos". *Actualidad Jurídica*, n.º 38. Disponible en https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/01/AJ38_237.pdf [fecha de consulta: 30 de abril de 2021].

Campusano Droguett, Raúl F. (2019). "Corte Internacional de Justicia, Demanda boliviana sobre obligación de negociar acceso soberano al océano Pacífico". Actualidad Jurídica, n.º 39.

Campusano Droguett, Raúl F. y Tomás Rodríguez Monreal (2014). "Régimen jurídico de la naturaleza en la Constitución de Ecuador". *Actualidad Jurídica*, n.º 30.

Campusano Droguett, Raúl F. y Francisco Contreras Arce (2015). "El concepto de desarrollo sustentable en la doctrina y en la práctica de tribunales nacionales". *Actualidad Jurídica*. n.º 31.

Campusano Droguett, Raúl F. y Cristián Romero Cocuy (2017). "Agenda 2030 de Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible: desafíos para Chile". *Actualidad Jurídica*, n.º 35.

Campusano Droguett, Raúl F. y Nicolás Vasallo F. (2019). "Ley de cambio climático para Chile: algunas reflexiones". *Actualidad Jurídica*, año xix, n.º 40.

Campusano Droguett, Raúl F. y Tatiana Andrea Torres Pinto (2020). "El pacto mundial por el ambiente y la idea de unificación del Derecho Internacional del Medio Ambiente". *Actualidad Jurídica*, n.º 42.

Campusano Droguett, Raúl F. & Ignacio Carvajal Gómez (2021). "Derecho Internacional y Constitución". *Actualidad Jurídica*. n.º 43.

Campusano Droguett, Raúl F. (2021). "Cambio climático en la legislación internacional. Derecho ambiental internacional del cambio climático", en Eduardo

Astorga y Ezio Costa (dirs.). *Derecho ambiental chileno. Parte especial*. Santiago: Thomson Reuters.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises (2011). *Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana*. México.

Cea, José Luis (año). "Aproximación a la teoría Constitucional contemporánea", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, vol. 1, número 1.

Contesse Singh, Jorge (2021). Opinión del debate sobre límites de la Convención Constitucional. *El Mercurio*.

Contipelli, Ernani (2015). *Teoría de la Constitución y bases de la institucionalidad*. Santiago, RIL Editores.

Contreras, Pablo, Domingo Lovera, Constanza Salgado (2021). Opinión del debate sobre límites de la Convención Constitucional. *El Mercurio*.

Corral Talciani, Hernán (2021). "TPP11 y límites a la Convención". *El Mercurio.*

"Derechos de primera, segunda y tercera generación" (2021). *Diario Constitucional*, 13 de abril.

Díaz Ricci, Sergio Miguel (2004). *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Díaz Tolosa, Regina Ingrid (2014). "El reconocimiento del Ius Cogens en el ordenamiento jurídico chileno". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 2.

Evans De La Cuadra, Enrique (1986). "Los derechos constitucionales". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, n.º 1.

Favoreau, Louis (1975). "Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil const itutionnel". *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Mélanges*. Paris: Éditions Cujas.

Favoreu, Louis & Francisco Rubio-Llorente (1995). "Bloque de constitucionalidad (derecho constitucional), en *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas, tomo 1.

Fermandois, Arturo (2021). "La cláusula de límites: Marco y orientación". Opinión del debate sobre límites de la Convención Constitucional, *El Mercurio,* Santiago, 16 de enero.

Fernández González, Miguel Ángel (1989). "La reforma al artículo 5 de la Constitución". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, n.º 3.

Fiamma, Gustavo y Salvador Mohor (1994). "La jerarquía normativa de los tratados internacionales". *El Mercurio*, Santiago, 4 de noviembre, cuerpo D.

García-Huidobro, Luis Eugenio (2021). Opinión del debate sobre límites de la Convención Constitucional. *El Mercurio*.

Galdamez Zelada, Liliana (2017). "Medio Ambiente, Constitución y tratados en Chile", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, n.º 148.

Hauriou, Maurice (2003). *Principios de derecho público y constitucional*. España: Comares.

Henríquez Viñas, Miriam (2007). "Improcedencia del control represivo de constitucionalidad de los tratados internacionales". *Estudios Constitucionales,* año 5, n.° 1.

Henríquez viñas, Miriam Lorena (2008). "Jerarquía de los tratados de derechos humanos: Análisis jurisprudencial desde el método de casos". *Estudios Constitucionales*, año 6, n.° 2.

Loewenstein, Karl (1983). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel.

López-Garrido, Diego, Marcos Francisco Massó-Garrote & Lucio Pergoraro (2000). "El Estado Autonómico como variante del Estado compuesto". *Nuevo derecho constitucional comparado*. Valencia: Tirant lo Blanch.

López E., Sebastián (2021). Opinión del debate sobre límites de la Convención Constitucional. *El Mercurio*.

Jellinek, Georg (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Kant, Immanuel (2004). Teoría y práctica. Madrid: Alianza.

Llanos Mansilla, Hugo (2003). "Los tratados internacionales en la Constitución de 1925 y en la jurisprudencia". *Ius et Praxis*, año 9, n.º 1.

Marshall Barberán, Pablo (2010). "El Estado de derecho como principio y su consagración en la Constitución Política". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte,* año 17, n.º 2.

Medina Quiroga, Cecilia (1993). *Constitución, tratados y derechos esenciales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.

Muller Guzmán, Karl (2009). "Control de constitucionalidad de los tratados internacionales conforme a la Constitución Política de Chile". *Nomos*. n.° 3.

Nogueira Alcalá, Humberto (1996). "Los tratados internacionales". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23 n.º 2 y 3, tomo i.

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.

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.º 1.

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.º 1.

Nogueira Alcalá, Humberto (coord) (2015). *Reflexiones jurídicas en torno al inciso 2° del artículo 5 de la Constitución: Su sentido y alcance y su posible perfeccionamiento*

*por reforma constitucional. Las bases de la institucionalidad: Realidad y desafíos*. Santiago: Editorial Librotecnia.

Nogueira Alcalá, Humberto (2015). "El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y jurisprudencia". *Estudios Constitucionales*, año 13, n.º 2.

Organización de Naciones Unidas (1972). Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano.

Organización de Naciones Unidas (1987). Informe de la Comisión Brundtland "Nuestro Futuro Común".

Organización de Naciones Unidas (2004). 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).

Organización de Naciones Unidas (2012). "Histórica Reunión de Alto Nivel sobre Estado de Derecho celebrada en las Naciones Unidas".

Organización de Naciones Unidas (2015). Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Organización de Naciones Unidas (ACNUR - Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (2017)). UNHCR - ACNUR (2017). "¿Cuáles son los derechos humanos de tercera categoría?".

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*.

Peña Neira, Sergio (2012). "Las fuentes de derecho internacional público, diversidad de tribunales internacionales y generación del estado de derecho internacional público" *Revista de Derecho Público*, n.° 77.

Peña Torres, Marisol (2005). "La reforma constitucional de 2005 en materia de tratados internacionales". *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 38, n.° 151.

Peña Torres, Marisol (2009). *Control de constitucionalidad de los tratados internacionales: La experiencia chilena un año después de la reforma de 2005*.

Perez 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.

Rojo, Ignacio (2021). "Bloque de Constitucionalidad de derechos, ¿Nueva fuente del Derecho Constitucional? *Diario Constitucional*, 10 de abril.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*.

Ríos Álvarez, Lautaro (1998). "Jerarquía normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos". *Gaceta Jurídica*, n.º 215.

Rodríguez, Pablo (2000). El tratado internacional frente a la constitución y la ley. *Actualidad Jurídica*, n.° 1.

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.

Santos de Aguirre, M.R. (2010). *Los derechos humanos de tercera generación*. Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Bucaramanga.

Schmidt, Carl (1983). Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza.

Silva Bascuñán, Alejandro (2000). *Tratado de derecho constitucional*. 2ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo vii: Congreso Nacional. La función legislativa.

Suelt-Cock, Valeria (2016). "El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional: Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia". *Universitas*, n.º 133. Bogotá.

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.º 2 y 3, tomo ii.

Troncoso Repetto, Claudio (2021). "Nueva Constitución y Tratados Internacionales". *El Mercurio.*

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.*

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.

Zagrebelsky, Gustavo e Valeria Marcenó (2012). *Giustizia constituzionale*. Bologna: Ed. Il Mulino.

World Wide Fund Chile (2020). Análisis "Medio Ambiente y protección de la biodiversidad en las Constituciones del Mundo".

## *Textos positivos*

Congreso Nacional (1980). *Constitución Política de la República de Chile*.

Congreso Nacional (1994). Ley n.º 19300. Ley General de Bases del medio Ambiente.

Constitución española (1978).

Constitución de Alemania (Ley Fundamental de Bonn (1949) ).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917).

Organización de Naciones Unidas (1959). Tratado Antártico. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=185805 [fecha de consulta: 29 de abril de 2021].

Organización de Estados Americanos (1969). Convención Americana de los Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

Organización de Naciones Unidas (1969). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, Austria.

Organización de Naciones Unidas (1971). Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Ramsar, Irán. Dsiponible en www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/scan_certified_s.pdf [fecha de consulta: 9 de mayo de 2021].

Organización de Naciones Unidas (1973). Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Washington, Estados Unidos.

Organización de Naciones Unidas (1991). Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección al Medio Ambiente.

Organización De Naciones Unidas (1992). Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB). Rio de Janeiro. Disponible en www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf [fecha de consulta: 9 de mayo de 2021].

Organización de Naciones Unidas (1992). Convención Marco de Cambio Climático (CMNUCC). New York.

Organización de Naciones Unidas (2015). Acuerdo de París (de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático). París.

## *Jurisprudencia citada*

Tribunal Constitucional, sentencia rol n.° 288, de 24 de junio de 1999, Chile.

Tribunal Constitucional, sentencia rol n.° 346, de 8 de abril de 2002, Chile.

Tribunal Constitucional, sentencia rol n.° 1288 de 25 de agosto de 2009, Chile.

Tribunal Constitucional, sentencia rol n.° 2492-13 de 17 de junio de 2014, Chile.

Tribunal Constitucional, Pleno, sentencia 76/1983, STC 76/1983, 5 de agosto de 1983, 197. *Boletín Oficial del Estado, BOE*, 18 de agosto de 1983, España.

Corte Constitucional, sentencia T-426-92, 24 de junio de 1992, Colombia.

Corte Internacional, sentencia C-225-95, 18 de mayo de 1995, Colombia.

Corte Constitucional, sentencia C-578-95, 4 de diciembre de 1995, Colombia.

Corte Constitucional, sentencia C-187-06, 15 de marzo de 2006, Colombia.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, primera sentencia de pleno, "Expediente varios 912/2010, en el engrose de 20 de septiembre de 2011, México.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, sentencia 28/2010 de 23 de noviembre de 2011, México.

Suprema Corte de Justicia Nacional de México, sentencia S.C. 293/2011, de 3 de septiembre de 2013, México.

# EL DERECHO DE ADMISIÓN EN LA LEY N.º 19327 SOBRE DERECHOS Y DEBERES EN LOS ESPECTÁCULOS DE FÚTBOL PROFESIONAL

# RIGHT OF ADMISSION IN THE LAW 19.327 ABOUT RIGHTS AND DUTIES IN PROFESIONAL FOOTBALL SPECTACLES

*Martin Briceño Kannegiesser*[*]

RESUMEN: En este trabajo se realiza una revisión íntegra al derecho de admisión, herramienta jurídica legítima –no exenta de críticas– que contempla nuestro ordenamiento jurídico para la prevención y erradicación de la violencia de los espectáculos deportivos profesionales. Esta radiografía contempla el análisis de las diversas normativas que lo regulan, como la Ley n.º 19327 sobre derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, el Reglamento y el Protocolo de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, con mención a lo que han sostenido los tribunales superiores de justicia en esta materia, develando sus virtudes y posibles críticas.

PALABRAS CLAVES: Derecho Deportivo, fútbol, violencia en los estadios, derecho de admisión.

ABSTRACT: This paper provides a comprehensive review of the Right of Admission, a legitimate legal tool –not exempt from criticism– provided by our legal system for the prevention and eradication of violence in professional sporting events. This radiography contemplates the analysis of the different regulations that regulate it, such as Law 19.327 on rights and duties in professional soccer shows, the Regulations and the Protocol of the National Professional

[*] Profesor colaborador de derecho civil, Universidad del Desarrollo sede Concepción. Correo electrónico: m.briceno@udd.cl

Soccer Association, with mention to what the Superior Courts of Justice have sustained in this matter, revealing its virtues and possible criticisms.

KEYWORDS: Sports Law, Football, Violence spectators, Right of admission.

A inicios de este año, se produjo una serie de violentos incidentes en los estadios de nuestro país. El 31 de enero de 2020, en el estadio Francisco Sánchez Rumoroso de la ciudad de Coquimbo, hinchas del cuadro local ingresaron al terreno de juego durante el desarrollo del partido entre Coquimbo Unido y Audax Italiano, válido por la segunda fecha del campeonato nacional de primera división, provocaron la interrupción y suspensión del partido, extendieron un lienzo alusivo a lo ocurrido en octubre del año pasado y generaron una serie de destrozos a bienes públicos y privados. Dos semanas después, el 16 de febrero de 2020, hechos de similar naturaleza ocurrieron en el Estadio Monumental de Santiago, en el clásico entre Colo-Colo y Universidad Católica. Bengalas y fuegos pirotécnicos fueron lanzados desde la galería norte a la cancha. El delantero argentino Nicolás Blandi recibió esquirlas de un fuego artificial lanzado a la cancha por la hinchada local, lo que provocó la suspensión del partido.

Ante estas situaciones –que dejan de manifiesto que el fenómeno de la violencia en los estadios está lejos de ser erradicado– los organizadores de espectáculos deportivos deben tomar cartas en el asunto para evitar que estos hechos vuelvan a repetirse. En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico tiene herramientas jurídicas con el objetivo de erradicar el fenómeno de la violencia en los estadios. Dentro de esas medidas encontramos, entre otras, penas especiales para la comisión de delitos faltas e infracciones con ocasión de un espectáculo de fútbol profesional, sea en el interior del recinto deportivo o en sus inmediaciones; un régimen sancionatorio para los clubes organizadores por eventuales incumplimientos en las medidas impuestas por la ley y la autoridad administrativa; impedir el acceso de determinadas personas a un recinto deportivo.

Respecto a esta última medida, la Ley n.° 19327 sobre Derechos y Deberes en los Espectáculos de Fútbol Profesional contempla dos formas de impedir el ingreso de determinadas personas a algún partido de fútbol profesional: la prohibición judicial de asistencia a un espectáculo de fútbol profesional[1] y el derecho de admisión. Según el Balance del Departamento

[1] En conformidad con el art. 15 de la ley, el juez podrá adoptar como medida cautelar personal la prohibición de asistir a cualquier espectáculo de fútbol profesional. Además, el art. 16 establece que el juez podrá imponer como pena accesoria la prohibición de asistir a

de Estadio Seguro, ambas han experimentado un aumento notorio en el número de casos vigentes de prohibición de ingreso a recintos deportivos, pasando de 1 542 prohibiciones administrativas y judiciales en 2014 a 3 058 en 2018[2].

En ese sentido, la que ha adquirido mayor notoriedad y preponderancia por su ascendente aplicación es el derecho de admisión. La Subsecretaría de Prevención del Delito ha informado que, desde el año 2014 al 4 de noviembre de 2019, el derecho de admisión se ha aplicado a 4 918 personas y hasta dicha fecha existen 3 995 personas que se encontraban vigentes en el Registro de Derecho de Admisión de la Ley n.º 19327. Los clubes más populares del país, Colo-Colo y Universidad de Chile registran a noviembre del 2019, 1 947 y 1 106 personas a quienes se les ha aplicado el derecho de admisión[3].

En todo caso, debemos advertir que el creciente ejercicio por parte de los clubes organizadores en los últimos años –lo que ha estado directamente vinculado a la entrada en vigencia de un nuevo reglamento y protocolo de aplicación elaborado por el ente superior del fútbol profesional– no ha estado exenta de críticas y polémicas, especialmente por su eventual colisión con derechos fundamentales como la igualdad ante la ley y el debido proceso y otros cuerpos legales como la Ley de Protección al Consumidor.

Este trabajo tiene por objetivo entregar una perspectiva general del derecho de admisión, sistematizando y coordinando los distintos cuerpos legales y normativos que regulan la materia, agregando lo que han sentenciado nuestros tribunales de justicia en el conocimiento de esta materia por medio de recursos de protección. Por un tema de extensión, no profundizaremos en las posibles problemáticas y posturas que se puedan presentar entre la aplicación del derecho de admisión y la conculcación de garantías fundamentales consagradas en la *Constitución Política de la República*, sin perjuicio de hacer algunas menciones.

Para efectos de facilitar este análisis, dividiremos este trabajo en cinco partes: En la primera de ellas analizaremos lo relativo a su introducción en el ordenamiento jurídico, su definición y naturaleza jurídica, para luego revisar quienes son sus titulares y las causas en virtud de las cuales procede, para

cualquier espectáculo de fútbol profesional y a las inmediaciones en que este se realice, por un periodo de dos a cuatro años y en caso de delitos más graves esta prohibición puede aumentar de entre tres y quince años, según la gravedad del delito. También aumenta la pena en caso de reincidencia, incluso, pudiendo llegar a ser la prohibición de carácter perpetua.

[2] Estadio Seguro (2018), p. 33.

[3] Información obtenida mediante solicitud de transparencia número AB001T0001146 y Ord. número 34240 de 6 de noviembre de 2019 de la Subsecretaría del Interior dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

finalizar hacer algunas reflexiones relativas al Protocolo de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional.

## I. Regulación, definición y naturaleza jurídica

En nuestro país, el derecho de admisión está regulado en la Ley n.° 19327 sobre Derechos y Deberes en los Espectáculos de Fútbol Profesional[4], publicada el 31 de agosto de 1994 y modificada posteriormente por la Ley n.° 20620, publicada del 14 de septiembre de 2012 y la Ley n.° 20844, publicada el 10 de junio de 2015.

El texto original de la Ley n.° 19327, compuesto de once preceptos, no contenía mención alguna al derecho de admisión. En 2012, con la primera gran reforma a la Ley de Violencia en los Estadios, la Ley n.° 20620 incorporó un único precepto en que se refería al derecho de admisión, el art. 7 A, en que se mencionaba en forma indirecta que los organizadores tenían el derecho de admisión para impedir el ingreso a ciertas personas, sin darle ningún tratamiento orgánico y detallado[5].

Fue la Ley n.° 20844 la que incorporó definitivamente y reguló el derecho de admisión como una de las herramientas relevantes para los organizadores de espectáculos deportivos en la prevención y erradicación de la violencia en los estadios. En todo caso, en el mensaje original número 462-362 –que terminaría en la reforma de 2015– no se hacía referencia al tema en cuestión. A modo de ejemplo, el art. 29 establecía: "Para los efectos de aplicar la prohibición de asistir a todo espectáculo de fútbol profesional y las demás sanciones"[6], pero no hacía alusión al derecho de admisión. Por medio de un oficio por parte del Ejecutivo de fecha 21 de octubre de 2014 (n.° 697-362) se formularon indicaciones y se agregaron las normas que están actualmente vigentes sobre esta materia.

[4] Conocida popularmente como "Ley de Violencia en los Estadios".

[5] El inciso primero del art. 7 A consagraba: "El personal de Carabineros de Chile podrá impedir el ingreso a los recintos deportivos de elementos que por su naturaleza, dimensiones y características pudieren ser utilizados para provocar lesiones, daños, alterar la normalidad del evento, entorpecer las vías de evacuación o dificultar la fiscalización al interior del referido recinto. Lo anterior es sin perjuicio del derecho de admisión al espectáculo de fútbol profesional que corresponde a los organizadores del mismo". Con la Ley n.° 20844, este pasó a ser el art. 21 de la Ley n.° 19327.

[6] El texto actual del art. 29 tiene un tenor literal idéntico al establecido por el mensaje, con la agregación del derecho de admisión, quedando de la siguiente forma en su primera parte: "Para los efectos de ejercer el derecho de admisión, aplicar la prohibición de asistir a todo espectáculo de fútbol profesional y las demás sanciones previstas en la ley".

También se encuentra regulado en el reglamento de la Ley n.º 19327 que establece derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, contenido en el decreto 1046 de 5 de julio de 2016 dictado por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, específicamente en el párrafo 4 "Del deber de ejercer el derecho de admisión"[7]. Finalmente, esta materia también ha sido regulada en "el Nuevo Protocolo de Aplicación de Derecho de Admisión en los estadios", una normativa privada elaborada por la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (en adelante ANFP), aprobada en agosto de 2017 por el Consejo de Presidentes y que se aplica a todos sus afiliados.

Es el art. 3 letra e) de la Ley el que consagra expresamente el derecho de admisión como uno de los deberes de los organizadores, asociaciones y dirigentes de fútbol profesional. El precepto consagra en su inciso primero:

> "Son deberes de los organizadores, asociaciones y dirigentes de fútbol profesional, en el marco de la celebración de espectáculos organizados por ellos o que les hubiesen sido autorizados, así como en los hechos o circunstancias conexas a éstos, los siguientes: e) El organizador deberá ejercer el derecho de admisión, conforme lo establezca el reglamento, respecto de quienes infrinjan las condiciones de ingreso y permanencia o cuando existan motivos que justifiquen razonablemente la utilización de dicha facultad".

A pesar de su regulación y su creciente aplicación, el legislador no ha definido que debe entenderse por derecho de admisión, limitándose a señalar que los organizadores deben ejercerlo. Tampoco el reglamento se aventura a entregarnos una definición.

La entidad superior del fútbol profesional, la ANFP ha elaborado una definición, aunque con tintes valóricos que escapan de una definición estrictamente jurídica:

> "es una facultad y deber que la Ley N° 19.327 le otorga a los organizadores de los espectáculos deportivos de fútbol profesional, para que bajo criterios objetivos, tomen una decisión fundada en la que decidan no permitir el ingreso a los espectáculos de fútbol profesional a quienes se aparten de las normas de convivencia para un sano espectáculo, por lo que necesariamente la persona respecto de quien el organizador se

[7] Los reglamentos anteriores no aportaban nada en relación con esta materia. El decreto 296 de fecha 16 de marzo de 2012 dictado por la Subsecretaría del Interior y el decreto 225 de fecha 7 de marzo de 2013, establecían la obligación del organizador del espectáculo deportivo de impedir el ingreso a aquellas personas que hubieren sido sancionadas con la prohibición de asistir a futuros espectáculos de fútbol profesional, mas nada decían sobre el derecho de admisión.

> reserva el derecho de admisión debe haber cometido una conducta que infrinja las normas de acceso y permanencia en los recintos deportivos, o bien, respecto de la misma existen motivos que justifiquen razonablemente la utilización de dicha facultad, permitiendo que se excluya, fundadamente, sólo a quienes tienen un mal comportamiento y no se perjudique a la inmensa mayoría que asiste a estos eventos de manera pacífica y dando cumplimiento a la normativa vigente"[8].

En otros ordenamientos jurídicos sí se ha definido el derecho de admisión, aunque en ámbitos que van más allá de los espectáculos deportivos. A modo de ejemplo, la Ley n.° 19534 que regula el "Derecho de Admisión y Permanencia en Espectáculos Públicos" de la República Oriental del Uruguay, lo define en su art. 1:

> "Se entiende por derecho de admisión la facultad que corresponde a los organizadores de espectáculos públicos para decidir las condiciones a las que puede subordinarse el libre acceso de los ciudadanos a dichos espectáculos, dentro de los límites legal y reglamentariamente establecidos"[9].

Similar definición encontramos en el decreto 23/2010, de 23 de febrero, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba el reglamento de admisión en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos, que lo define como:

> "La facultad que tienen los titulares de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos para determinar las condiciones de acceso y permanencia en los mismos, dentro de los límites establecidos legal y reglamentariamente"[10].

Todas estas definiciones nos entregan una idea general del derecho de admisión. Se trata de una facultad –veremos que esto se discute– que tiene el organizador de un espectáculo deportivo para determinar condiciones de acceso y permanencia a las personas, lo que se traduce en que puede, en ciertas circunstancias, impedir el ingreso de ciertas personas a un espectáculo deportivo desarrollado en un recinto deportivo organizado por él o a hechos conexos. Si se lee entre líneas, en realidad se caracteriza por la "no admisión".

---

[8] Asociación Nacional de Fútbol Profesional (2017), p. 6.

[9] Dicha normativa se aplica a las personas físicas o jurídicas organizadoras de los espectáculos públicos de índole artística, recreativa, social, cultural, deportiva o de cualquier otra naturaleza, quienes podrán ejercer el derecho de admisión. En nuestro país, la regulación más acabada es en el ámbito de la Ley n.° 19327, sin perjuicio de que otras áreas donde se aplique el derecho de admisión sean reguladas por la Ley de Protección al Consumidor.

[10] Otras definiciones en Roca (2010).

El inciso segundo del art. 3 letra e) consagra:

> "Asimismo, el organizador deberá impedir el acceso al recinto deportivo a aquellas personas respecto de quienes, éste o cualquier otro organizador, hubiere ejercido el derecho de admisión y que ello haya sido informado e incorporado al registro a que hace referencia el artículo 30".

Explicitando lo que implícitamente ha querido decir este inciso segundo, el art. 59 del reglamento consagra:

> "Como consecuencia del ejercicio del derecho de admisión por algún organizador de espectáculos de fútbol profesional, cualquiera sea éste, el afectado no podrá ingresar a ningún recinto deportivo del país, con ocasión de los eventos mencionados".

Complementando lo anterior, la ANFP en el Protocolo señala:

> "El derecho de admisión tiene un carácter eminentemente solidario, dado que el ejercicio del mismo por parte de un organizador, obliga a todos a impedir el acceso al afectado por su ejercicio".

Es decir, en nuestro país esta facultad se extiende no solo respecto de aquellas personas respecto de las cuales el propio club haya ejercido el derecho de admisión, sino que, también, respecto de todas aquellas personas que hayan sido objeto, por cualquier otro organizador de espectáculos deportivos, del derecho de admisión y que ello haya sido informado e incorporado al registro del art. 30. En ese sentido, el organizador del evento deportivo deberá impedir el ingreso al estadio a aquellos que estén incorporados en el Registro Especial de la Ley n.º 19327. En palabras simples, constituye una obligación para los demás clubes impedir el ingreso de personas a espectáculos deportivos de fútbol profesional que se encuentra en dicho Registro, y es lo que en la historia fidedigna de la ley el senador Alberto Espina catalogó como "admisión extendida"[11].

En la práctica, implica la prohibición absoluta de asistir a cualquier estadio donde se juegue un partido de fútbol profesional. A modo de ejemplo, si al asistente se le aplica el derecho de admisión en el estadio Carlos Dittborn de la ciudad de Arica, no podrá ingresar ni a este estadio ni a un partido de fútbol profesional que se dispute en el Estadio Chinquihue de Puerto Montt.

En suma, el derecho de admisión tiene una doble faz: Por una parte, implica que el club organizador debe ejercerlo respecto a determinadas personas y en virtud de este ejercicio dicha persona estará impedida de ingresar a un recinto deportivo (y también estará sujeto a la imposibilidad de adqui-

[11] Historia de la Ley 20.844, p. 233.

rir entradas para tales eventos) Por otra, el organizador del espectáculo deportivo está obligado a impedir el ingreso al espectáculo deportivo que organice, a personas que hayan sido objeto del derecho de admisión por parte de otros organizadores y estén incluidas en el Registro de la Ley n.º 19327.

En cuanto a su naturaleza jurídica también hay que preguntarse: A pesar de denominarse "derecho de admisión", ¿en nuestro país se trata realmente de un derecho? Hernán Corral Talciani ya vislumbró esta contradicción señalando: "Es bastante raro, dicho sea de paso, que la ley hable del deber de ejercer un derecho[...]"[12]. Respecto de la segunda faz, no hay dudas de que se trata de una obligación. Sin embargo, respecto de la primera faz parecieran existir ciertas interrogantes.

La problemática la reflejaremos con una pregunta: ¿Qué ocurriría en el caso de que el organizador del evento deportivo no aplicara el derecho de admisión a hinchas que hayan incurrido en actos de violencia? Por ejemplo, hinchas de Universidad de Chile arrojan bengalas al campo de juego en un partido de fútbol profesional organizado por el club Universidad de Chile. Sin embargo, a pesar de la realización de estos actos que ponen en riesgo la seguridad de los asistentes, el club decide –ya sea por falta de pruebas o por simple desidia– no aplicar el derecho de admisión. ¿Están en la obligación de ejercerlo o sigue siendo una facultad?

Algunos sostienen que, en razón de esta dualidad, se trata de un derecho-deber[13]. No obstante, el legislador utiliza el vocablo 'deber' y si se revisa la normativa, el derecho de admisión forma parte del catálogo de deberes exigidos a los organizadores de espectáculos deportivos. Es más, su incumplimiento constituye una contravención gravísima de conformidad con el art. 25 de la ley acarreando sanciones importantes. La multa aparejada a esta infracción dependerá de la categoría del espectáculo de que se trate[14].

[12] Corral (2016).

[13] La propia definición contemplada en la página web del Departamento de "Estadio Seguro" lo define como un derecho-deber. En ese mismo sentido la Corte de Valparaíso, en sentencia de fecha 30 diciembre de 2016, causa rol 4585-2016, caratulados "Carvallo con Club de Deportes Santiago Wanderers S.A.D.P." definió que "el llamado derecho de admisión contemplado en la ley, es al mismo tiempo un deber y una facultad de los organizadores de fútbol profesional, distinta a las prohibiciones establecidas judicial o administrativamente, pero que exige la existencia de motivos que justifiquen razonablemente su utilización".

[14] Así, si se trata de espectáculos categoría A la sanción podrá ser desde 501 a 1 000 UTM, si el espectáculo es categoría B la sanción será entre 251 a 500 UTM y si es categoría C será de 51 a 100 UTM. Finalmente, en la categoría D será entre 11 a 20 UTM. Para la determinación de la multa, la autoridad competente tendrá en consideración varios factores de la comisión de la infracción, tales como: la falta de profesionalismo y experiencia del infractor en organización de espectáculos de fútbol profesional, la extensión del mal causado, la capacidad económica del infractor y el nivel de riesgo a que se vieron expuestos los asistentes al espectáculo o la comunidad.

Sobre la base de estos argumentos, pareciera que estamos en presencia de una verdadera obligación legal. Dicha interpretación también ha sido manifestada por nuestros tribunales superiores de justicia, que han conocido de sendos recursos de protección interpuestos por personas a quienes se les ha aplicado el derecho de admisión y han alegado la existencia de un acto arbitrario e ilegal. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 11 de diciembre de 2018, ha definido:

> "Que las normas transcritas en los motivos precedentes, constituyen un mandato para los organizadores de espectáculos de futbol profesional, que les impone la obligación de aplicar el derecho de admisión a aquellas personas que, entre otras conductas, transgredan las condiciones de ingreso y permanencia establecidas en la Ley 19.327, o incurran en actitudes o conductas que pongan en riesgo o amenacen la seguridad de las personas o bienes públicos o privados"[15].

A la misma conclusión ha llegado la Corte de Apelaciones de Valparaíso en sentencia de 10 de enero de 2020, consagrando:

> "Que debe, asimismo, tenerse presente que el derecho de admisión ejercido por la recurrida resulta ser un deber, para cuya procedencia se requieren dos presupuestos: Que los hechores estén identificados y que se encuentren calificados los hechos. Verificadas estas circunstancias, el derecho de admisión debe ser ejercido inmediatamente [...]"[16].

Así también lo entiende el ente rector del fútbol profesional en el Protocolo –a pesar de definirlo previamente como una facultad– al señalar:

> "Se considera que existe una obligación calificada de los organizadores de espectáculos de fútbol profesional en orden a ejercer el derecho de admisión respecto de todos aquellos casos en los que los asistentes al partido (i) Incumplan con las condiciones de ingreso y permanencia, establecidas en la Ley N° 19.327, el Reglamento o por la autoridad administrativa en su caso; (ii) Incurran, en el marco de espectáculos de fútbol profesional o sus hechos conexos, en actitudes o realicen conductas que pongan en riesgo o amenacen la seguridad de las personas o bienes públicos o privados; o bien (iii) Se encuentren en la nómina de asistentes con prohibición judicial o restricción de admisión a estadios en los países de origen y conforme a la legislación respectiva"[17].

[15] Corte de Apelaciones de Santiago (2018). Rol 70334-2018. Martínez con Asociación Nacional de Fútbol Profesional.

[16] Corte de Apelaciones de Valparaíso (2020). Rol 11797-2019. Heresmann con Everton de Viña del Mar S.A.D.P.

[17] Asociación Nacional de Fútbol Profesional (2017), p. 3.

En suma, pareciera ser que el ejercicio del derecho de admisión es de carácter obligatorio cuya fuente es la propia ley. De todas maneras, al menos en nuestro país pareciera ser que las discusiones en torno a su definición y naturaleza jurídica radican en su denominación y la inclusión de la palabra 'derecho'. A modo de propuesta "Obligación de impedimento de acceso a recintos deportivos" o simplemente "Impedimento de acceso a recintos deportivos" podrían ser nombres más descriptivos de esta institución.

## II. Titulares para el ejercicio del derecho de admisión

El art. 3 de la Ley n.º 19327 en su primer inciso consagra que el ejercicio del derecho de admisión es deber de los organizadores, asociaciones y dirigentes del fútbol profesional en el marco de la celebración de espectáculos organizados por ellos o que les hubiesen sido autorizados.

El protocolo de la ANFP profundiza en esto, señalando que son titulares del derecho de admisión todas las personas, naturales o jurídicas de derecho público o privado que ejerzan como organizadores de espectáculos de fútbol profesional. Corresponderá en particular a los clubes deportivos de fútbol profesional y a la ANFP en su calidad de entidad superior del fútbol profesional nacional.

Lo más común es que los clubes deportivos, hoy sociedades anónimas deportivas profesionales o fondos de deporte profesional, sean los que organicen los partidos como local en los torneos de fútbol rentado. La ANFP tendrá el carácter de organizador en partidos de la selección absoluta o en determinados partidos de Copa Chile[18].

Llama la atención que el Protocolo incluya como titular del derecho de admisión a personas jurídicas de derecho público, toda vez que es inusual que este tipo de personas organice un espectáculo de fútbol profesional.

En la práctica, ha surgido la duda[19] si es que "Estadio Seguro"[20], departamento dependiente de la Subsecretaría del Interior perteneciente al

[18] En estricto rigor, estos duelos los organiza la Federación de Fútbol de Chile.

[19] Dicha interrogante se observa principalmente en los recursos de protección interpuestos en las diversas Cortes de Apelaciones de nuestro país. La acción constitucional se interpone siempre en contra del organizador del espectáculo deportivo, pero también se recurre en ocasiones contra la ANFP, el Departamento "Estadio Seguro", Subsecretaría de Prevención del Delito, e, incluso, la empresa encargada de la venta de entradas.

[20] El Departamento de Estadio Seguro fue creado por resolución exenta 1036 del 31 de marzo de 2016 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, departamento que tendrá a su cargo las funciones administrativas que le corresponde desarrollar al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, respecto del programa denominado "Estadio Seguro", cuyo objetivo es la implementación de la Ley sobre Derechos y Deberes en los Espectáculos de Fútbol Profesional. Para más información se puede consultar la página web de dicho Departamento en www.estadioseguro.gob.cl/

Ministerio del Interior y Seguridad Pública puede ejercer el derecho de admisión. Del tenor de la ley no hay dudas de que el derecho de admisión no puede ser ejercido por este Departamento, ya que su labor se limita exclusivamente a recibir la información que le es estregada por el ente superior del fútbol profesional y administrar el Registro de la Ley n. º 19327[21]. Por otro lado, no caben dudas de que en razón del art. 21 de la Ley, Carabineros de Chile no tiene facultades para ejercer el derecho de admisión. Si bien está dotado de amplias facultades, entre las que se encuentran impedir el ingreso de elementos que pudieren ser utilizados para provocar lesiones, impedir el ingreso de personas que se encuentren bajo la influencia de drogas o alcohol o realizar controles de identidad preventivos, no está dentro de sus facultades el ejercicio de lo dispuesto en el art. 3 letra e) de la Ley.

En ese orden de ideas, el derecho de admisión es revisado en la práctica en los controles de acceso por el personal de seguridad contratado por el organizador del espectáculo de fútbol profesional, quien en conformidad con el art. 7 puede, junto a otras facultades[22], hacer efectivo el derecho de admisión e impedir el ingreso a aquellas personas que estén sujetas a una prohibición judicial de acceso. En la práctica, se revisa la entrada y la cédula de identidad a través de una máquina controladora y en caso que el asistente esté sujeto a una prohibición saldrá una luz roja, generalmente señalando "Código 102"[23].

[21] Así lo sentenció la Corte de Apelaciones de Valparaíso al conocer un recurso de protección, causa rol 2741-2016 caratulados "Claudio Hidalgo Parra contra Club de Deportes Santiago Wanderers S.A.D.P y Subsecretaría de Prevención del Delito" en su considerando décimo segundo. Sin perjuicio de lo anterior, la acción constitucional fue acogida solo contra el club organizador. El voto disidente fue de la opinión que el Departamento Estadio Seguro de la Subsecretaria del Interior también mantuvo el acto arbitrario que aquí se impugna, la prohibición de ingreso al recinto deportivo señalado sin fundamento plausible, medida que afecta y debe dejarse sin efecto no solo para el estadio Elías Figueroa Branden, sino para todos los demás recintos deportivos en que se practique el futbol profesional, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 3.º letra e) de la Ley n.º 19327.

[22] El personal de seguridad contratado por el organizador podrá controlar que los asistentes cumplan con los requisitos de ingreso y permanencia que determine el reglamento de la presente ley, impidiendo el acceso con elementos prohibidos, revisar el *ticket* correspondiente, corroborar la identidad del asistente y hacer efectivo el derecho de admisión. Además, se le entrega la facultad para el registro de vestimentas, bolsos, vehículos y todo elemento con que ingresen los espectadores al recinto deportivo.

[23] Se trata de la denominación utilizada en la práctica forense. También se le conoce como "Listado 102".

## III. Causales para el ejercicio del derecho de admisión

Como comentamos anteriormente, desde 2016 en adelante la regulación del derecho de admisión fue robustecida mediante el Reglamento de la Ley n.º 19327, contenido en el decreto 1046 del Ministerio del Interior de fecha 5 de julio de 2016. El párrafo cuarto "Del deber de ejercer el derecho de admisión", vino a complementar lo dispuesto en el art. 3 letra e) de la Ley.

Según dicho precepto, el ejercicio del derecho de admisión se deberá ejercer respecto de quienes infrinjan las condiciones de ingreso y permanencia o cuando existan motivos que justifiquen razonablemente la utilización de dicha facultad[24]. Es el reglamento en su art. 58 el que se ha encargado de establecer y determinar las limitaciones al derecho de admisión por parte de los clubes, definiendo con meridiana claridad aquellos casos en que se justifica su aplicación. A continuación, analizaremos cada una de ellas.

### *a) Condiciones de ingreso y permanencia*

La primera causal para ejercer el derecho de admisión es la infracción a las condiciones de ingreso y permanencia. La ANFP en su protocolo de admisión las define como:

> "Aquellas conductas o parámetros que deben respetar y seguir los asistentes a espectáculo de fútbol profesional para poder ingresar o permanecer en el recinto deportivo donde se desarrolla el encuentro de fútbol".

De esta forma, si un individuo incumple alguna de estas condiciones, el club organizador deberá aplicar el derecho de admisión.

Esta primera restricción está directamente vinculada con el deber de los asistentes a espectáculos de fútbol profesional de respetar las condiciones de ingreso y de permanencia, y no afectar o poner en peligro su propia seguridad, la del resto de los asistentes o del espectáculo en general.

[24] El decreto 225 establecía en su art. 6: "El organizador del espectáculo de fútbol profesional deberá informar las condiciones de ingreso y permanencia al espectáculo de fútbol profesional en forma idónea y suficiente, de modo que no pueda razonablemente alegarse su ignorancia o desconocimiento, para lo cual se podrán utilizar medios tales como la instalación de carteles o avisos en lugares visibles al público, como es el caso de boleterías, puntos de venta o puertas de ingreso al recinto deportivo. Lo anterior es sin perjuicio de la utilización de medios audiovisuales en los sitios oficiales de los clubes deportivos u organizaciones deportivas profesionales, en las plataformas electrónicas de venta y distribución de entradas u otros semejantes".

El reglamento establece en su art. 76 cuales son las condiciones de ingreso y permanencia, estableciendo un catálogo de conductas distribuidos en dieciséis numerales de distinta índole[25, 26]. En una buena parte de los casos se trata de conductas cometidas durante el acceso o desarrollo del espectá-

[25] Artículo 76°.- Son condiciones de ingreso y permanencia las siguientes:

a) No ingresar a sectores o zonas del recinto que no correspondan a su entrada o acreditación.

b) No participar en riñas, peleas o desórdenes públicos.

c) No proferir expresiones, adoptar actitudes o portar elementos que inciten a la violencia.

d) No introducir ni intentar introducir armas de fuego, armas blancas o cualquier otro elemento cortante o punzante al recinto.

e) No introducir ni intentar introducir extintores, piedras, palos, bengalas, artificios pirotécnicos, petardos, explosivos, productos inflamables, fumíferos, corrosivos u otros similares al recinto.

f) No introducir ni intentar introducir deliberadamente de manera oculta bombos, punteros láser, lienzos o banderas cuya superficie sea superior a 1 por 1,2 metros, o cualquier otro elemento que, por su naturaleza, dimensión o características, pudiese afectar la visión de los asistentes o la seguridad de éstos ante cualquier evacuación, o pudieren ser utilizados para provocar lesiones, daños, alterar la normalidad del espectáculo, entorpecer las vías de evacuación o dificultar la fiscalización al interior del recinto. Estos elementos podrán ser detallados de manera no exhaustiva en los planes de seguridad a que se refiere el párrafo 2° del título III de este reglamento.

g) No introducir animales al recinto, con excepción de animales de asistencia.

h) No encontrarse bajo la influencia del alcohol, sustancias estupefacientes, psicotrópicas, estimulantes u otras sustancias prohibidas, o en estado de ebriedad.

i) No introducir ni intentar introducir cualquier clase de bebidas alcohólicas, sustancias estupefacientes, psicotrópicas, estimulantes u otras sustancias prohibidas al recinto.

j) No irrumpir en el terreno de juego o su área contigua sin el debido permiso de la autoridad respectiva o sin que existiere una justificación razonable.

k) No subir ni intentar subir a estructuras e instalaciones no destinadas al uso general, en especial, a barreras, rejas, muros, cornisas, postes de luz, plataformas de cámaras, árboles, mástiles de cualquier tipo y tejados.

l) No arrojar o lanzar objetos ni adoptar actitudes que provoquen lesiones, daños o alteren la normalidad del espectáculo.

m) No provocar ni intentar provocar incendios, encender o lanzar artificios pirotécnicos, bengalas u otros objetos que produzcan un efecto similar.

n) No ingresar ni intentar ingresar a los sectores correspondientes al equipo rival, para el caso de sectores habilitados que correspondan a público local o visitante.

ñ) No encontrarse impedido de asistir a espectáculos de fútbol profesional por prohibición judicial o administrativa, o debido al ejercicio del derecho de admisión, según lo establecido en la ley N° 19.327.

o) No cometer alguno de los delitos o infracciones contemplados en la ley N° 19.327.

[26] Originalmente, el decreto 296 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública publicado el 8 de mayo de 2012 en su art. 5 establecía ocho conductas que constituían una infracción a las condiciones de ingreso y permanencia, mientras que del ecreto 225 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública publicado el 10 de julio de 2013 contemplaba doce conductas en su art. 5.

culo deportivo, que amenazan o atentan contra la seguridad de las personas, como arrojar o lanzar objetos o adoptar actitudes que provoquen lesiones; conductas que alteren la normalidad y tranquilidad del desarrollo del espectáculo como trepar al alambrado o ingresar lienzos con mayores medidas que las permitidas; o los bienes públicos o privados, como provocar incendios, encender o lanzar artificios pirotécnicos, bengalas u otros objetos que produzcan un efecto similar. Otras se asimilan a infracciones administrativas señaladas en el art. 28 de la Ley n.º 19327 tales como el ingreso de fuegos de artificio. También se vulneran las condiciones de ingreso y permanencia si es que se ha asistido a espectáculos de fútbol profesional a pesar de estar impedido por prohibición judicial o debido al ejercicio del derecho de admisión.

En contraposición a lo anterior, es importante hacer presente que el espectador también tiene derecho a asistir al espectáculo deportivo, teniendo acceso real y oportuno respecto a las condiciones de ingreso y de permanencia en el recinto y de las medidas de prevención y protección de riesgos inherentes a la actividad, en conformidad con las letras a) y c) del art. 2 de la Ley[27]. Se consagra que estos derechos y deberes deberán ser informados por los organizadores a través de diversos medios tecnológicos, medios de comunicación local o nacional y otros aptos para tal efecto. El organizador tiene, entonces, la obligación de informar en forma adecuada y oportuna sobre las condiciones de ingreso y de permanencia, cuestión que podrá hacer mediante redes sociales, aviso en página de internet, letreros ubicados en boleterías o accesos al recinto, etc., a los cuales el asistente pueda consultar libremente.

Cabe preguntarse si el organizador del espectáculo deportivo puede establecer otras condiciones de ingreso y permanencia distintos a aquellas contempladas en el reglamento. En principio pareciera que sí –así lo señala el Protocolo–, aunque sujeto a la condición de que sean informadas dichas condiciones adicionales de manera oportuna y clara.

### *b) Motivos que justifiquen razonablemente su utilización*

La segunda causal que permite el ejercicio del derecho de admisión es en el caso que existan motivos que justifiquen razonablemente la utilización de dicha facultad. A diferencia de la causal anterior, no se trata de conductas concretas, sino que apela a conceptos de mayor abstracción, lo que dificulta determinar su extensión. Cabe preguntarse inmediatamente: ¿Qué motivos,

[27] También en virtud de los derechos de los consumidores y en particular el de información veraz y oportuna, consagrados en la Ley de Protección al Consumidor y plenamente aplicable a este caso en virtud del art. 3 inciso segundo de la Ley n.º 19327.

distintos a la infracción de condiciones de ingreso y permanencia, justificarían el ejercicio del derecho de admisión? Ante esta primera interrogante, el reglamento define en el art. 58 que son los "motivos razonables", entendiendo que existirán ellos cuando:

> "Los asistentes realicen conductas que pongan en riesgo o amenacen la seguridad de las personas o bienes públicos o privados, a propósito de actividades deportivas de fútbol profesional o hechos conexos; o cuando se tome conocimiento de que una persona chilena o extranjera se encuentra en la nómina de asistentes con prohibición judicial o restricción de admisión a estadios en los países de origen y conforme a la legislación respectiva".

De esta forma, son motivos razonables para aplicar el derecho de admisión a aquellos asistentes que efectúen alguna de las siguientes conductas:

a) Conductas que pongan en riesgo o amenacen la seguridad de las personas, a propósito de actividades deportivas de fútbol profesional o hechos conexos.
b) Conductas que pongan en riesgo bienes públicos o privados, a propósito de actividades deportivas de fútbol profesional o hechos conexos.
c) Cuando se tome conocimiento de una persona chilena o extranjera se encuentre en la nómina de asistentes con prohibición judicial o restricción de admisión a estadios en los países de origen y conforme a la legislación respectiva.

Respecto de las letras (a) y (b) anteriormente señaladas, las conductas realizadas por los asistentes a espectáculos deportivos tienen que poner en riesgo o amenazar dos bienes jurídicos: la seguridad de las personas y bienes públicos o privados. A modo de ejemplo, el lanzamiento de bengalas o proyectiles al terreno de juego o a otros sectores del estadio claramente estarían comprendidos dentro de estas situaciones. Lo mismo cuando los desmanes impliquen daño a las instalaciones deportivas, como destrozo de butacas, baños, etc. Generalmente, si estas conductas son realizadas dentro del recinto deportivo constituirán también infracción a las condiciones de ingreso y permanencia.

Esta segunda causal tiene relevancia porque permite la aplicación del derecho de admisión a conductas que no ocurren directamente en el recinto deportivo, como es el caso de los "hechos conexos"[28] o a conductas que no

[28] Si bien el legislador no ha definido qué debe entenderse por "hechos conexos", el art. 1 de la ley relativo a su ámbito de aplicación, señala un catálogo de situaciones consideradas como tales. Los hechos ocurridos en entrenamientos, animaciones previas, celebraciones, venta de

estén expresamente contempladas en el art. 76 del reglamento, siempre y cuando dichas conductas amenacen o pongan en peligro o afecten la seguridad de las personas o de bienes públicos o privados. De tal forma, se amplía exponencialmente el alcance del ejercicio del derecho de admisión a todas aquellas actividades ligadas al espectáculo deportivo que no ocurren en el recinto deportivo, tales como hechos ocurridos en los entrenamientos, banderazos, protestas, entre otros.

A modo de ejemplo, un club organizador podrá ejercer el derecho de admisión respecto de individuos que ingresen a los entrenamientos del plantel profesional para amenazar a los futbolistas o que participen en actividades como "banderazos" o protestas y que incluyan riesgo a la seguridad de personas o de bienes privados o públicos[29].

Es interesante señalar que el Protocolo de la ANFP agrega:

> "Existirán motivos de justificación razonable para el ejercicio del derecho de admisión (a) cuando los asistentes incurran, en el marco del espectáculo deportivo o sus hechos conexos, en actitudes o realicen conductas que inciten a la violencia o pongan en riesgo o amenacen la seguridad de las personas".

Resaltan los vocablos "inciten a la violencia", que no aparecen expresamente en el art. 3 letra e) de la Ley. En el reglamento se hace alusión, pero no dentro de esta causal, sino que como condición de ingreso y permanencia en la letra c) consistente en: "No proferir expresiones, adoptar actitudes o portar elementos que inciten a la violencia". Lo anterior tiene relevancia porque, en principio, solo se puede aplicar el derecho de admisión a aquellos casos en que se vulneren las condiciones de ingreso y permanencia y cuando existan motivos de justificación razonable, entendiendo por tales, cuando se incurra en conductas que pongan en riesgo o amenacen la seguridad de las personas y de los bienes públicos o privados. De esta forma, la incitación a la violencia sería una hipótesis que agregaría la ANFP como justificación

entradas, uso de los servicios de transporte público remunerado de pasajeros y desplazamientos de los equipos, de los asistentes, de los medios de comunicación y otros intervinientes a los recintos deportivos y lugares de concentración, anteriores o posteriores a un evento deportivo, que tengan como motivo o causa principal los espectáculos antes referidos. También se aplicará a las conductas ejecutadas contra los actores relacionados con los espectáculos mencionados, tales como: jugadores, directores técnicos, miembros del equipo técnico, dirigentes, funcionarios administrativos de los clubes y del ente superior del fútbol profesional, periodistas y árbitros, en su calidad de tales, en el marco del espectáculo de fútbol profesional y de los hechos conexos.

[29] Situaciones como estas ocurren con cierta frecuencia en nuestro país. En 2018 el entrenador de O'higgins de Rancagua, Diego Milito, fue emboscado en la carretera por un grupo de barristas que lo amedrentó para exigirle la renuncia.

razonable, mas no como incumplimiento a las condiciones de ingreso y permanencia.

Uno de los casos en que se discutió lo anterior fue en mayo de 2018 en un clásico universitario disputado en el estadio San Carlos de Apoquindo. En las gradas, un hincha de la U se puso una camiseta y una máscara con alusión burlesca al suicidio de uno de los máximos ídolos del club cruzado. La sanción no se hizo esperar por parte de la ANFP, quien extendió el derecho de admisión hasta cuatro años[30]. Sin entrar directamente en el debate, por muy repudiable que sea el actuar del hincha, hay que preguntarse si dicha conducta califica como de aquellas que justifican la aplicación del derecho de admisión por existir motivos razonables –¿pone en riesgo o amenaza la seguridad de las personas o de los bienes públicos o privados?– o si su aplicación excede de los límites planteados por la Ley y el reglamento.

En el mismo sentido, un caso similar le ocurrió a un fanático del club Ñublense en Chillán, al que se le aplicó el derecho de admisión por haber presuntamente desplegado un lienzo crítico frente a la administración de parte de la Sociedad Anónima Deportiva Profesional. La Corte de Apelaciones de Chillán conoció del recurso de protección interpuesto por el hincha y en fallo de fecha 7 de marzo de 2017, confirmado por la Corte Suprema, determinó que existía un acto arbitrario e ilegal de parte del club recurrido, consagrando:

> "Que, por otra parte, cabe considerar que el derecho de admisión debe usarse cuando existan motivos que justifiquen razonablemente la utilización de dicha facultad y ello ocurre cuando los asistentes realicen conductas que pongan en riesgo o amenacen la seguridad de las personas o bienes públicos o privados, nada de lo cual ocurre en el presente caso, ya que no puede considerarse que la extensión de un lienzo critico a la propietaria del Club tenga tal aptitud"[31].

De esta forma, creemos que la interpretación debe ser restrictiva y no debe abarcar más situaciones de aquellas que expresamente señala el legislador. Ir más allá de lo dispuesto en la Ley y el reglamento, puede dar pie a un ejercicio abusivo de la facultad atentando directa e indubitadamente contra las garantías fundamentales y los derechos emanados de la Ley de Protección al Consumidor.

Respecto a la causal contemplada en la letra (c), se aplicará el derecho de admisión a aquellas personas chilenas o extranjeras que se encuentren en

[30] Originalmente el directorio de la ANFP aplicó una sanción de un año, aunque posteriormente se aumentó a cuatro años.

[31] Corte de Apelaciones de Chillán (2017). Rol 1709-2016. Gómez con Deportivo Ñublense S.A.D.P.

la nómina de asistentes con prohibición judicial o restricción de admisión a estadios en los países de origen y conforme a la legislación respectiva.

Esta causal adquiere relevancia principalmente en contextos de torneos internacionales, como Copa Libertadores en el ámbito de clubes, en que equipos nacionales enfrenten a extranjeros, o solo jueguen clubes extranjeros. Si hinchas que están inscritos en nóminas de asistentes con prohibición judicial o restricción de admisión a estadios en su país de origen quieren ingresar a un estadio chileno, el organizador de fútbol profesional nacional podrá ejercer el derecho de admisión e impedirles el acceso. Es por ello que el club organizador del espectáculo deportivo o la ANFP tendrá que analizar la normativa vigente del país extranjero, revisar si es que en dicho país existe normativa afín a la materia y tomar conocimiento de los sancionados mediante las autoridades extranjeras. A modo de ejemplo, podría ejercerse el derecho de admisión respecto de fanáticos de un club argentino que tengan prohibición de acceso en su país a los estadios por orden judicial o por el derecho de admisión. En este caso se deberá consultar si es que al individuo se le aplica la Restricción de Concurrencia Administrativa[32] regulado en la resolución 354-E/2017 al Ministerio de Seguridad.

Lo mismo ocurre para el caso que hinchas nacionales, a quienes se les puede aplicar el derecho de admisión por actos realizados en estadios de otro país, siempre que estos sean incorporados a un registro de restricción de admisión a estadios en el país en que se ejerció dicha facultad. Ejemplo de esto podrían ser los ochenta y siete chilenos que fueron detenidos por la policía brasilera en la antesala del partido entre Chile y España en el Mundial de Brasil 2014 por ingresar a la fuerza al estadio Maracaná, provocando daños en bienes públicos y privados. Eventualmente a estos hinchas, siempre que tengan algún tipo de restricción en Brasil, podría aplicárseles el derecho de admisión en Chile. Esta situación que fue someramente analizada y criticada por Hernán Corral Talciani[33].

Esta causal podrá tener mayor aplicación en la medida que exista más cooperación internacional entre los Estados y se logre la celebración de acuerdos o tratados internacionales similares al "Convenio Europeo sobre la Violencia e Irrupciones de Espectadores con Motivo de Manifestaciones Deportivas y Especialmente de Partidos de Fútbol"[34] en Sudamérica. Resulta

[32] Esa es la denominación utilizada en Argentina, aunque popularmente se sigue denominando como "derecho de admisión".

[33] Corral (2014).

[34] Popularmente conocido como Convenio de Estrasburgo, fue elaborado en dicha ciudad francesa el 19 de agosto de 1985. En conformidad a su primer artículo, el objetivo del convenio es prevenir y sofocar la violencia y las invasiones de campo por espectadores con

interesante la propuesta en ese sentido de Miqueas José Salinas Robles que propone la celebración de una convención latinoamericana que regule la violencia producida en espectáculos deportivos de fútbol profesional[35].

## IV. Algunos comentarios sobre el protocolo de admisión de la ANFP

El art. 60 del Reglamento establece una situación bastante particular. Se entrega a la ANFP, como entidad superior del fútbol profesional, el deber de implementar un protocolo aplicable a los afiliados, que contenga una serie de materias, entre las que destacan establecer plazos proporcionales a las gravedad de las infracciones, determinar los antecedentes necesarios para acreditar las razones por las que se ejerce el derecho de admisión, mecanismos de consulta para las personas sobre las que recae el derecho de admisión, procedimiento de reconsideración, procedimiento de término, entre otros[36].

En otras palabras, será la propia ANFP la que determinará el proceso para ejercer el derecho de admisión, el procedimiento al que se debe

motivos de partidos de fútbol, comprometiéndose los Estados miembros a adoptar, dentro de sus límites de sus disposiciones constitucionales respectivas, las medidas necesarias para aplicar lo dispuesto en este Convenio. A la fecha son treinta y siete los Estados miembros que ratificaron el Convenio, dentro de los cuales se encuentran los países con las ligas de fútbol más importantes de Europa. Chile es uno de los países observadores. Para más detalle revisar Treizman y Zegers (2010).

[35] Salinas (2015).

[36] El art. 60 del reglamento consagra: "Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 30° de la ley N° 19.327, para el ejercicio del derecho de admisión, la entidad superior del fútbol profesional deberá implementar un protocolo aplicable a todos sus afiliados, que contendrá, a lo menos, las siguientes materias:

a) Establecimiento de plazos proporcionales a la gravedad de las infracciones, para fijar la duración del ejercicio de la facultad respecto a una persona.

b) Determinación del tipo de antecedentes necesarios para acreditar fehacientemente las razones por las cuales se ejerce el derecho de admisión, tales como registros gráficos, fotográficos, testimonios de Carabineros de Chile o de los guardias de seguridad, entre otros.

c) Mecanismos de consulta para las personas respecto de la cuales se ejerce el derecho de admisión.

d) Procedimiento de reconsideración respecto a quienes se haya ejercido el derecho de admisión y a los supuestos en los que se pueden aplicar. Para lo anterior, se deberá mantener habilitado un servicio de atención para que se reciban solicitudes y se proporcione información a los interesados.

e) Procedimiento de término del ejercicio del derecho de admisión respecto a una persona.

En el ejercicio del derecho de admisión, el organizador deberá dar cumplimiento a lo establecido en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada".

someter, la prueba que será suficiente para poder ejercer esta facultad, las sanciones y los plazos de duración de las mismas. Además, deberá consagrar los recursos que pueden tener los afectados para defenderse.

En razón de este mandamiento legal, con fecha 4 de septiembre de 2017, como si de una ley se tratase, entró en vigencia el "Nuevo Protocolo de Aplicación de Derecho de Admisión en los Estadios". Dicho documento fue aprobado por el Consejo de Presidentes de la ANFP el 29 de agosto de 2017 y fue elaborado por una comisión especial integrada por los clubes[37].

A continuación, haremos un somero análisis de algunos aspectos de dicha normativa, en particular lo relativo a las etapas para el ejercicio del derecho de admisión, los antecedentes que justifiquen su ejercicio, las sanciones, notificaciones y, finalmente, lo relativo a la eliminación del Registro de la Ley n.° 19327.

*a) Etapas*

Para el ejercicio del derecho de admisión, el club organizador deberá cumplir con una serie de exigencias y notificar en determinados plazos a distintas instituciones. Una vez que el club organizador toma conocimiento de los hechos que justifican su ejercicio deberá ejercer este derecho de admisión a más tardar dentro del plazo de siete días corridos en razón del punto 6 del Protocolo de la ANFP, salvo que por caso fortuito no pudiere realizarlo. Una vez que decide ejercerlo, deberá comunicarlo a la entidad superior del fútbol profesional dentro de las veinticuatro horas siguientes contadas desde la adopción de la decisión, en conformidad con el art. 61 del Reglamento.

A su vez, cuando la entidad superior toma conocimiento del ejercicio del derecho de admisión, tiene también veinticuatro horas para remitir dicha decisión a la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en razón de lo dispuesto en el art. 29 letra d) de la Ley n.° 19327. Las comunicaciones de las sentencias, resoluciones administrativas o decisiones de los organizadores se remitirán por vía electrónica al correo institucional que al efecto señale la Subsecretaría de Prevención del Delito y se incorporarán en un registro especial creado por la Ley n.° 20844 denominado "Registro de la Ley 19.327" en la cuarta sección de sanciones y exclusiones de la ley y en específico en su subsección IV sobre

[37] Fue publicado en la página oficial de la entidad superior del fútbol profesional. Disponible en www.anfp.cl/noticia/29226/entra-en-vigencia-nuevo-protocolo-de-aplicacion-de-derecho-de-admision-en-los-estadios [fecha de consulta: Septiembre de 2021].

el Ejercicio de Admisión[38, 39]. Una vez inscrito en este Registro es oponible a los restantes clubes de fútbol profesional, quienes tendrán la obligación de impedir el acceso a aquellas personas sujetas a esta medida en los partidos que ellos organicen.

*b) Antecedentes fundantes del ejercicio del derecho de admisión*

Junto con cumplir los plazos señalados en el punto anterior, el Protocolo también consagra la obligación de los organizadores de espectáculos de fútbol profesional de acompañar los antecedentes fundantes del derecho de admisión junto con la comunicación que dirijan a la ANFP para informar su ejercicio. En el punto 5 del Protocolo, se define el antecedente fundante como:

> "Todo tipo de instrumento que sirva para justificar la decisión tomada por el organizador en orden a ejercer el derecho de admisión respecto de una persona"[40].

Entre los antecedentes fundantes más utilizados en la práctica encontramos los partes policiales, fotografías o videos, denuncias de parte del jefe de seguridad del club organizador, resoluciones judiciales, entre otros.

Creemos que el antecedente fundante más relevante será la existencia de fotografías o cámaras de seguridad que permitan determinar la identidad de los involucrados. Este es el principal instrumento a través del cual se puede garantizar con mayor objetividad, claridad y precisión la identificación de los individuos y los hechos que justifican la aplicación del derecho de admisión. Lo anterior no es un mero capricho, sino que guarda un correlato con las estrictas obligaciones que el legislador le impone a los organizadores de espectáculos de fútbol profesional en lo relativo a la instalación y utilización

[38] Este registro está a cargo de la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, tiene el carácter de reservado, se rige por lo dispuesto en la Ley n.º 19628 sobre Sobre Protección de Datos de Carácter Personal y al que solo tienen acceso las intendencias o autoridades encargadas de autorizar los espectáculos de fútbol profesional, el Ministerio Público, Tribunales de Justicia, Juzgados de Policía Local, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, además de los clubes de fútbol profesional y la ANFP.

[39] En directa línea con lo anterior el art. 103 inciso primero del reglamento establece: "Las decisiones tomadas por los organizadores de espectáculos de fútbol profesional y la entidad superior del fútbol profesional, en cuanto la inclusión, retiro o modificación de los datos de una persona en el Registro, en lo relacionado al ejercicio del derecho de admisión, deberán ser comunicadas por esa última entidad a la Subsecretaría de Prevención del Delito en un plazo de 24 horas, para que el Registro sea actualizado".

[40] Asociación Nacional de Fútbol Profesional (2017), p. 11.

de recursos tecnológicos como cámaras de seguridad que sean monitoreadas permanentemente durante el desarrollo del espectáculo deportivo, que permitan identificar a los asistentes al espectáculo de fútbol profesional y vigilar el perímetro del lugar donde se celebre el mismo; y disponer de medios de grabación que tengan los estándares de calidad suficientes para identificar a los asistentes al espectáculo de fútbol profesional.

Respecto a los restantes antecedentes regulados en el Protocolo, advertimos que tanto las denuncias escritas y firmadas por el organizador, o por otros asistentes, como las declaraciones escritas y firmadas por el jefe de seguridad o guardias de seguridad, no satisfacen por si misma el estándar probatorio de justificación razonable. Si podrán hacerlo en caso que complementen lo registrado en fotografías o videos que permitan acreditar la identidad de los involucrados y los hechos en que se funda el ejercicio del derecho de admisión.

En todo caso, tanto en los partes policiales como en las denuncias deben constar efectivamente:

a) la individualización de la persona infractora, mediante el señalamiento de su nombre, apellidos y RUT;
b) el señalamiento de la fecha, hora y lugar de ocurrencia de los hechos denunciados y
c) la relación detallada de los hechos.

Se pueden utilizar también como antecedentes copias simples de resoluciones dictadas por tribunales nacionales –principalmente juzgado de garantía o juzgado de policía local– o de tribunales extranjeros, que impongan alguna medida cautelar, suspensión condicional del procedimiento y sentencias definitivas que establezcan una pena privativa o restrictiva de libertad del imputado en un proceso[41]. A pesar de que el Protocolo no lo diga expresamente, pareciera ser evidente que para que constituyan antecedente fundante, dichas resoluciones deben tener relación con delitos o infracciones en el marco de la Ley n.º 19327 y que tengan directa relación con situaciones que pongan en riesgo o amenacen la seguridad de las personas o bienes públicos o privados. *A contrario sensu*, una sentencia condenatoria o medida cautelar aplicada a un individuo por un delito que no tenga relación con el espectáculo deportivo o con hechos conexos, creemos que no debiese ser considerado para justificar el derecho de admisión.

[41] El Protocolo aclara: "Debe entenderse especialmente que cumplen este requisito toda resolución judicial que imponga medidas de prisión preventiva, arresto domiciliario total o parcial, o reclusión nocturna. Lo anterior, con independencia que dichas medidas sean conmutadas por fianzas u otro tipo de cauciones o medidas, o incluso si respecto de dichas medidas privativas o restrictivas de libertad se concede algún beneficio o pena sustitutiva".

En cuanto al estándar de prueba, tanto la Ley como el reglamento se refieren a que exista una "justificación razonable". El Ministerio del Interior y de Seguridad Pública, al hacerse parte en un recurso de protección ha resumido de buena manera lo anterior, señalando:

> "Hay que hacer presente que el estándar probatorio exigido para la suficiencia de los antecedentes fundantes del ejercicio del derecho de admisión utilizados por el organizador es el de 'justificación razonable', conforme el parámetro normativo establecido en el artículo 3 letra e) de la Ley N° 19.327 y artículo 58 del Reglamento. Ello importa, en consecuencia, la adopción de un estándar de probabilidad positiva de ocurrencia de los hechos y la participación de los involucrados en los mismos, a efectos de justificar la aplicación del derecho de admisión en cada caso por parte del organizador; dicho estándar ha sido confirmado por la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, la que para estos efectos ha estimado el deber de existencia de motivación razonable en el ejercicio del derecho de admisión, no siendo exigible un estándar más alto de acreditación probatoria que el antedicho para efectos de ejercer la medida indicada por parte de un organizador de espectáculos de fútbol profesional"[42].

Las Cortes de Apelaciones al conocer de recursos de protección por el ejercicio del derecho de admisión, mayoritariamente les han dado la razón a los titulares, es decir, los organizadores de espectáculos deportivos y en general determinan que los antecedentes fundantes son suficientes para configurar una "justificación razonable" para ejercerlo[43]. Hay ciertos fallos en que se han acogido recursos de protección fundados en que los antecedentes no son suficientes. Así, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt estimó que el recurrido efectuó un acto arbitrario e ilegal toda vez que solo acompañó como antecedente fundante un informe pospartido del encargado de seguridad y denuncia

[42] El escrito consta en folio 30 en recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso (2020). Rol 11797-2019, "Heresmann con Everton de Viña del Mar S.A.D.P".

[43] Fallos de la Corte Suprema en este sentido son las causas rol 26990-2019 y 23176-2019, siendo esta última interesante porque el máximo tribunal revocó lo sentenciado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, estimando que el club organizador sí tenía antecedentes suficientes que justificaban la aplicación del derecho de admisión. Siguen esta línea, es decir, han rechazado recursos por considerar que existe justificación razonable para aplicar el derecho de admisión, los siguientes: causas rol 2141-2019 de la Corte de Apelaciones de San Miguel, causas rol 4585-2016 y 799-2016. de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y causas rol 70334-2018, 64918-2018, 85595-2017, 12853-2016, 90152-2015, 86115-2015, 88226-2015 y 66989-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

de una persona por las agresiones sufridas por parte del recurrente[44]. Otro fallo de la Corte de Apelaciones de Chillán consideró que la sola existencia de una denuncia formulada por el jefe de seguridad del club organizador ante Carabineros por infracción a la Ley n.º 19327, realizada con bastante posterioridad al hecho eran insuficientes para acreditar el cumplimiento del referido protocolo, transformándose su acto en arbitrario e ilegal[45].

*c) Notificaciones*

Solo el Protocolo de la ANFP hace alusión a la notificación a los involucrados del derecho de admisión. El silencio de parte de la ley y el reglamento nos parece negativo, toda vez que este es un tema particularmente sensible y que puede atentar directamente con la garantía fundamental del debido proceso, principalmente porque se determina una sanción en contra de un individuo por parte del club organizador o la ANFP, sin que este tome conocimiento y sin que este pueda defenderse.

En conformidad con el Protocolo, el organizador notificará al afectado el ejercicio de admisión de la forma más expedita y fiable posible atendido sus medios, mediante alguna de las siguientes formas:

a) A través del correo electrónico personal del involucrado;
b) Por carta certificada dirigida al domicilio particular del afectado y
c) En caso que no se cuente con ninguno de los mecanismos de notificación anteriormente señalados, se entenderá como notificación válida al afectado, la prohibición de compra de entradas o de ingreso al recinto deportivo por la aplicación del derecho de admisión.

En caso que el afectado solicite antecedentes adicionales de su sanción, se le deberá entregar una dirección de correo electrónico para que realice su consulta y se le acrediten los motivos y plazos de su sanción. Adicionalmente, se considerará como forma válida de notificación del ejercicio del derecho de admisión, la entrega personal al afectado por parte del jefe de seguridad, supervisores, encargados, guardias de seguridad o controles del organizador del espectáculo de fútbol profesional.

En dicha notificación se deberá informar la decisión de ejercer el derecho de admisión, los hechos en que se justifica su aplicación, el periodo de sanción y los mecanismos de consulta y de solicitud de eliminación de dicha prohibición.

[44] Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2016). Rol 2602-2016. Cañas con directorio de Fondo de Deporte Profesional de Deportes Puerto Montt.

[45] Corte de Apelaciones de Chillán (2017). Rol 1709-2016. Gómez con Deportivo Ñublense S.A.D.P.

En la práctica, es esta última la que se ha aplicado mayoritariamente. Los hinchas toman conocimiento de esta prohibición al momento de comprar la entrada para un partido determinado, generalmente por medio de la empresa de venta de entradas, que no lo autoriza a adquirir su *ticket* o con posterioridad, al momento de querer ingresar en el estadio y ser registrados por los guardias de seguridad. Es en ese momento que la máquina controladora comunica que están en el "Código 102"[46] y que tienen prohibición de acceso.

Según el Protocolo, todos los clubes y la ANFP deberán mantener un aviso en su sitio web del canal de comunicación para consultas en relación con el derecho de admisión. Sin embargo, de una revisión general de las páginas web de cada club de primera división, solo la Universidad de Chile tiene un *link* relativo a consultas sobre derecho de admisión en su página de inicio. Otros clubes como Santiago Wanderers o Universidad Católica tienen una sección en la web que no es fácilmente visible. Ningún otro club de primera división ni de primera B tienen información en este sentido. Incluso, las páginas web de algunos clubes desarrolladas junto con la ANFP incumplen con lo establecido en el Protocolo.

*d) Sanciones*

Es el ente del fútbol profesional el que establece en el Protocolo el catálogo de sanciones y su duración, no la ley y menos el reglamento. La sanción es determinada por el titular del derecho de admisión y no se puede impugnar.

Nos limitaremos a señalar que son cuarenta y una las conductas sancionadas y el plazo máximo de sanción es de cinco años, para el caso de conductas constitutivas de delitos tipificados en la ley. Si la conducta es de aquellas constitutivas de infracción del art. 27 de la ley, entonces la sanción máxima será de dos años. Para la infracción de condiciones de ingreso y permanencia y que no constituyan un delito o infracción, el plazo de sanción es de seis meses a un año dependiendo de la gravedad de los hechos. Igual sanción se aplicará para el caso que existan motivos razonables que justifiquen su ejercicio, especialmente, aquellas que inciten a la violencia o ponen en riesgo o amenaza la seguridad de las personas o bienes públicos o privados.

*e) Eliminación del derecho de admisión*

Resaltan poderosamente los puntos 10 y 11 del Protocolo, relativo a la solicitud de alzamiento por cumplimiento del plazo, ya que intrínsecamente

[46] Esta situación se observó en la gran mayoría de los recursos de protección interpuestos ante las Cortes de Apelaciones del país por personas a quienes se le aplicó el ejercicio del derecho de admisión y que fundamentaban que el acto del club es arbitrario e ilegal.

establece que, una vez vencido el plazo, el alzamiento del derecho de admisión no opera por el solo ministerio de la ley. Cumplido el plazo del derecho de admisión aplicado, el interesado deberá realizar una solicitud a través de los canales de comunicación oficiales de los clubes o directamente a la ANFP, debiendo presentar, también, una carta de compromiso o contrato de buen comportamiento firmado ante notario y, además, se le exige que se enrole en el registro especial que manejará cada club, en el cual debe constar certificado de antecedentes.

Cumplidos estos requisitos, el club deberá dar una respuesta positiva, aunque podrá negarse, excepcionalmente, y para casos fundados:

> "Cuando el organismo al que haya sido solicitada la eliminación del registro fundadamente argumente las razones por las que permitir el ingreso de dichas personas a los recintos deportivos puede poner en riesgo o amenazar la seguridad de las personas o bienes públicos o privados, acompañando los antecedentes fundantes de dichas razones, y en dicho caso deberá informarle al interesado el plazo por el cual será prorrogada la prohibición de acceso, cuyo período de tiempo no podrá extenderse por un plazo mayor al establecido originalmente".

Creemos que supeditar la eliminación del Registro a otros requisitos no exigidos por la Ley ni por el reglamento son desproporcionados y pueden constituir un ejercicio abusivo de dicha facultad, toda vez que una persona, a pesar de cumplir con el plazo establecido en el Protocolo, podría estar eternamente registrada si es que no está de acuerdo con cumplir con las exigencias establecidas en el Protocolo.

## V. Corolario

A todas luces, pareciera ser que la introducción del "derecho de admisión" o "impedimento de acceso a recintos deportivos" en la Ley n.º 19327 sobre derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional constituye un avance en la prevención y erradicación paulatina de la violencia en los estadios. Tras la entrada en vigencia del reglamento y el nuevo protocolo, se le ha dado una mayor regulación y contenido a esta institución, transformándola en una herramienta jurídica legítima –y obligatoria– que ha permitido a los clubes organizadores de espectáculos deportivos profesionales y a la ANFP adoptar medidas en pro del normal desarrollo de los partidos de fútbol profesional. Sin embargo, de lo expuesto en este trabajo, se desprende que todavía existen algunas inconsistencias entre los cuerpos normativos que regulan la materia, algunas de ellas relevantes y que pueden ser fuente de numerosas problemá-

ticas, pudiendo vulnerar garantías fundamentales por su ejercicio abusivo. La Excelentísima Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, a través de las sentencias dictadas por recursos de protección, han representar un papel preponderante en determinar el verdadero sentido y alcance del derecho de admisión, los casos en que este puede ejercerse y, en especial, en lo relativo a la existencia de motivos razonables para su aplicación. Finalmente, se trata de una buena iniciativa de parte del Estado y de los integrantes del fútbol profesional, pero solo una mejor implementación y regulación más acabada –sumado a otros factores– permitirá un mejor y más efectivo uso de cara al futuro.

## Bibliografía

Corral Talciani, Hernán (2014) "Desmanes en el Maracaná y derecho de admisión". Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulos/desmanes-en-el-maracana-y-derecho-de-admision/ [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

Corral Talciani, Hernán (2016). "El subsecretario y el 'derecho de admisión' ", Blog Jurídico Derecho y Academia. Disponible en https://corraltalciani.wordpress.com/2016/09/11/el-subsecretario-y-el-derecho-de-admision/ [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

Erriest, María y María Eugenia Ullmann, (2010). "Fútbol, seguridad ciudadana y derechos humanos. Algunas consideraciones para su debate". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,* número 51. Disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/r25559.pdf [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

Roca Fernández-Castanys, María Luisa (2010). "Régimen jurídico-administrativo del derecho de admisión en establecimientos públicos. Especial referencia al caso andaluz". Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 36, 2010. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3927215 [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

Salinas Robles, Miqueas José. (2015). *Hacia una convención latinoamericana que regule la violencia producida en Espectáculos Deportivos de Fútbol Profesional*. Tesis para optar al grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/133992/Hacia-una-convenci%c3%b3n-latinoamericana-que-regula-la-violencia-producida-en-los-espect%c3%a1culos-deportivos-de-futbol-profesional.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

Treizman Goren, Alberto Daniel y Rodrigo Ignacio Zegers Quiroga (2010). *Principios, normas e instituciones del Derecho Deportivo que inspiran la lucha antiviolencia en los espectáculos deportivos. Hacia una propuesta global e integral para el caso chileno*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponi-

ble en http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-treizman_a/pdfAmont/de-treizman_a.pdf [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

## *Legislación*

Decreto 296 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que establece reglamento de la Ley n.º 19327, que fija normas para prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional, 16 de marzo de 2012.

Decreto 225 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública que establece reglamento de la Ley n.º 19327, que fija normas para prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional, 7 de marzo de 2013.

Decreto 1046 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que aprueba reglamento de la Ley n.º 19327 que establece derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, 5 de julio de 2016.

Ley n.º 19327, sobre Derechos y Deberes en los Espectáculos de Fútbol Profesional, 31 de agosto de 1994.

Ley n.º 20620, que modifica Ley n.º 19327, que Fija Normas para la Prevención y Sanción de Hechos de Violencia en Recintos Deportivos, con Ocasión de Espectáculos de Fútbol Profesional, 14 de septiembre de 2012.

Ley n.º 20844, que Establece Derechos y Deberes de Asistentes y Organizadores de Espectáculos de Fútbol Profesional, 10 de junio de 2015.

Resolución exenta 1036 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que crea Departamento denominado Estadio Seguro, 31 de marzo de 2016.

## *Jurisprudencia*

Corte de Apelaciones de Puerto Montt (2016). Rol 2602-2016. Cañas con directorio de Fondo de Deporte Profesional de Deportes Puerto Montt, 27 de diciembre.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2016). Rol 2741-2016. Claudio Hidalgo Parra con Club de Deportes Santiago Wanderers S.A.D.P., 5 de agosto.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2016). Rol 4585-2016. Carvallo con Club de Deportes Santiago Wanderers S.A.D.P., 30 de diciembre.

Corte de Apelaciones de Chillán (2017). Rol 1709-2016. Gómez con Deportivo Ñublense S.A.D.P., 7 de marzo.

Corte de Apelaciones de Santiago (2018). Rol 70334-2018. Martínez con Asociación Nacional de Fútbol Profesional, 11 de diciembre.

Corte de Apelaciones de Valparaíso (2020). Rol 11797-2019. Heresmann con Everton de Viña del Mar S.A.D.P, 20 de enero.

## *Otros documentos*

Historia de la Ley 20.844. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4021/ [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

Presentación Balance Estadio Seguro 2014-2018. Disponible en www.estadioseguro.gob.cl/media/2018/03/Balance-2014-2018.pdf [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

Nuevo Protocolo de Aplicación de Derecho de Admisión en los estadios de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional aprobado el 29 de agosto de 2017. Disponible en www.anfp.cl/noticia/29226/entra-en-vigencia-nuevo-protocolo-de-aplicacion-de-derecho-de-admision-en-los-estadios [fecha de consulta: 1 de octubre de 2020].

# ÍNDICE
# *REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO*
# FACULTAD DE DERECHO
# UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
# AÑO 10 - N° 19 - OCTUBRE DE 2021

Revista del Centro de Justicia Constitucional
ISSN 0719-2959
www.derechoiberoamericano.cl

Presentación

Estudios

*Aportes al proceso constituyente*

Max Silva Abbott: Algunos efectos teóricos que se producen al interior de un ordenamiento jurídico como fruto de la incorporación de tratados de derechos humanos al bloque de constitucionalidad

Miguel Ángel Fernández González: El acceso a información pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su incidencia en la justicia ordinaria

José Víctor Alfredo Contreras Ugarte: La Asamblea Constituyente española y su resultado constitucional. La Constitución de 1978

Aníbal Quiroga León: La actualidad del proceso constituyente en el Perú

*Implicancias del derecho civil*

Germán Ovalle Madrid: Aspectos esenciales de la teoría de la simulación de los contratos en el derecho civil español

*Filosofía política y económica*

Julio Alvear Téllez: ¿Cuál es el espíritu de capitalismo? Los distintos modelos de comprensión y de crítica

Ensayos

Eduardo Soto Kloss: Jaime Guzmán y su intervención en la Comisión Ortuzar en la discusión y aprobación del texto que crea el llamado "recurso de protección"

Dayna Esmeralda Monroy - Carlos Manuel Rosales: Excepcionalidad del principio de presunción de inocencia

Comentarios de jurisprudencia

Henry Boys Loeb: Análisis de la sentencia 3681-17. El Tribunal Constitucional frente al doble sistema de enjuiciamiento criminal vigente en Chile

Recensiones

M. Laura Farfán Bertrán: *Unborn Human Life and Fundamental Rights: Leading Constitutional Cases Under Scrutiny* de Pilar Zambrano and William L. Saunders (coords.)

Instrucciones para los autores

# ÍNDICE
# REVISTA *IUS PUBLICUM*
# N.º 47/ SEPTIEMBRE 2021
# ESCUELA DE DERECHO
# UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS


Estudios

Sergio R. Castaño: *Estado y orden internacional. Conceptos fundamentales y categorías de abordaje*
Eduardo Soto Kloss: *El principio de subsidiariedad, principio fundamental del orden político*
Antonio-Carlos Pereira Menaut: *Pasado y presente de los derechos*
Silvia Marrama: *Los animales como sujetos de derechos. La paradoja ideológica de la sintiencia*
Katherine Zambrano Roán: *¿Subsidiariedad en la carrera funcionaria?*

In Memoriam

Iñigo Del Guayo Castiella y José Alenza García: *Francisco González Navarro (1930-2021). Una vocación cumplida*

Crónica

*Reflexiones tomistas*: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: Jesús Ginés Ortega, Pedro Trevijano E., Juan Manuel de Prada, M. de Cervantes Saavedra, Eleuterio Fernández Guzmán, Alonso Gracián, Enrique A. Aguirre, P. Fernando Pascual

Documentos

Magisterio pontificio: SS. Pío XII, Radio Message of his Holiness Pius XII to Participants in The National Catechetical Congress of The United States in Boston, Pontifical Palace in Castel Gandolfo, Saturday, 26 October 1946. SS. Juan Pablo II, Audiencia General (Miércoles 12 de noviembre de 1986). ¿Qué iba a anunciar San Juan Pablo II el día de su atentado, hace 40 años?, Juanjo Romero. Cardenal Dziwisz: Juan Pablo II "pagó un alto precio pero el intento de asesinato no interrumpió su misión". Discorso di

Sua Santità Pio XII Agli Uomini Di Azione Cattolica Nel XXX° Della Loro Unione (Domenica, 12 ottobre 1952). Magisterio episcopal: Mensaje de los Presidentes de las Conferencias Episcopales de la Unión Europea, Los obispos europeos reclaman libertad de culto durante la pandemia y vías seguras y legales para los migrantes. † Fr. Jesús Sanz Montes, ofm, Arzobispode Oviedo. La persecución a la educación católica en España hoy. Una ley de muy mala educación. Carta pastoral sobre la coherencia eucarística en la vida pública, 10.5.2021 (Mons. Salvatore J. Cordileone, Arzobispo de San Francisco/EE.UU.). Varios: Renegando de lo sobrenatural (Alonso Gracián) 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

I. Chile
1. La Convención amenazada
2. Una Convención por debajo de su altura
3. Mímesis de altura
4. Algunos animales somos más libres que otros
5. Pipiolos versus jacobinos: Los límites del proceso constituyente
II. Aborto
1. Histeria entre las políticas feministas francesas por la emisión de "Unplanned" en un canal de televisión
III. Matrimonio igualitario
1. Matrimonio y Derecho

## Jurisprudencia

Corte Suprema (9.3.2021). Diego Vargas Castillo c/Ministro de Salud (Recurso de protección/libertad de culto e igualdad ante la ley/acogido, art. 19 Nos. 2, 6 y 12 de la Constitución) (Comentario de Eduardo Soto Kloss).
Corte Suprema (3.5.2021). Baltierra Campos c/Tesorero Municipal de Maipú (Protección acogida – extinción de procedimiento administrativo artículo 27 Ley No 19.880, sobre Procedimientos Administrativos) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
Corte Suprema (5.8.2021). Jorge A. Luchsinger Mac-Kay y otros con Fisco de Chile (Responsabilidad del Estado-Administración – origen constitucional–falta de servicio/omisión) (Comentario de Eduardo Soto Kloss)
Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 9529-2020 (19.11. 2020). Requerimiento de inconstitucionalidad del artículo único del proyecto de ley que tipifica el delito de incitación a la violencia/negacionismo

## Recensiones y reseñas bibliográficas

Recensiones
Reseñas de libros
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