

ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

AÑO XXV, N.º 49 – ENERO 2024



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

Secretaria de Redacción
Isabel Wigg Sotomayor

Soporte Digital
Carla Carreño Guitérrez

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,
así como sus referencias bibliográficas

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: NUEVAS PROBLEMÁTICAS DE DERECHO PRIVADO

• La revisión de la interpretación contractual por la Corte Suprema chilena. ¿Qué hay detrás de la desnaturalización? (Lilian C. San Martín Neira)	11
• ¿Puede el Conservador de Bienes Raíces negarse a inscribir una compraventa por figurar en la historia registral un contrato de arrendamiento respecto del mismo inmueble? (Cristián Eduardo Aedo Barrena y Renzo Munita Marambio)	45
• La responsabilidad por infracción al deber de información al paciente (María Isabel Warnier Readi y Pablo Andrés Meza Inostroza)	63
• Determinación de las conductas que originan responsabilidad civil del abogado litigante. Configuración de una “familia de casos” (Jaime Ramírez Cifuentes)	81
• Radiografía normativa a la información positiva en las predicciones y evaluaciones de riesgo crediticio y comercial (José Pedro Fermandois Santa Cruz)	97
• La liquidación concursal voluntaria: evaluando los riesgos de aceptar la solicitud del deudor como prueba suficiente para su declaración (Sebastián Concha Contreras)	137
• El rechazo <i>in limine</i> de la demanda bajo las Reglas de Arbitraje CIADI: una perspectiva chilena (Juan Pablo Labbé Arocca y Benjamín Silva Aldana).....	165
• Análisis normativo de la publicidad y patrocinio deportivo en el fútbol profesional chileno a raíz de la desregulación de publicidad de sitios de apuestas deportivas en línea (Martín Briceño Kannegiesser y José Manuel Valdivieso Pantoja)	199

II. MISCELÁNEOS

• Reglas constitucionales de responsabilidad fiscal: algunas experiencias comparadas (Arturo Fermandois Vöhringer y José Manuel Díaz de Valdés Juliá)	239
• BEPS Acción 12, el combate a la elusión tributaria mediante obligaciones de información de las planificaciones potencialmente agresivas (Matías Pascuali Tello).....	267
• Consideraciones sobre la vinculatoriedad del proceso de debida diligencia de derechos humanos en la empresa en Chile (Joaquín Schäfer Rodríguez)	283
• La descentralización territorial en el proyecto de Constitución de 2023: análisis del anteproyecto de la Comisión Experta (José Luis Lara Arroyo y Nicolás Enteiche Rosales).....	311
• La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de libre competencia (Catalina Salem Gesell).....	333
• Constitucionalismo chileno y poder constituyente: una rectificación al uso del pensamiento de Emmanuel Sieyès (Sergio Verdugo Ramírez)	355

- Instituciones, consultas y solución de diferencias ambientales en el CPTPP (Raúl F. Campusano Droguett)..... 383
- Los caminos para la inscripción y catastro de los derechos de aprovechamiento de aguas en la reforma de 2022 (Camila Boettiger Philipps)..... 401
- El retorno del derecho natural, a pesar de todo (Julio Alvear Téllez) 425
- Semblanza de dos juristas romanos, Papiniano y Ulpiano, gloria y caída de dos hombres honestos en tiempos de crisis (Eduardo Andrades Rivas y Sebastián Jahr Feltes).... 453
- La amnistía en Chile (Fernando Saenger Gianoni)..... 479

IV. LIBROS, RESÚMENES Y RECENSIONES

- Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.º 23, Universidad del Desarrollo, octubre de 2023 505

PRESENTACIÓN

Nos complace presentar la presente publicación de *Actualidad Jurídica*, un verdadero crisol de análisis y reflexiones sobre los más recientes desafíos del derecho privado. Esta edición se enorgullece de reunir una serie de contribuciones de juristas y académicos de renombre, cuyos trabajos no solo abordan, sino que desmembran y dan nueva vida a temáticas de gran calado en el actual discurso legal.

Inauguramos esta entrega con el agudo estudio de Lilian San Martín, quien desentraña la praxis interpretativa de la Corte Suprema chilena y su impacto en la jurisprudencia. Renzo Munita y Cristián Aedo nos ofrecen una mirada perspicaz sobre las facultades y deberes del Conservador de Bienes Raíces, mientras que Isabel Warnier y Pablo Meza nos adentran en las profundidades de la responsabilidad médica a raíz del deber de información.

La edificación teórica continúa con Jaime Ramírez, que perfila con maestría las conductas que delimitan la responsabilidad civil del abogado litigante. José Pedro Fernandois, por su parte, navega por las complejas aguas de la regulación financiera y sus implicancias en el riesgo crediticio y comercial.

Sebastián Concha aporta una visión crítica sobre la liquidación concursal voluntaria, y la dupla de Juan Pablo Labbé y Benjamín Silva aporta claridad al debate sobre la legitimidad y eficiencia del arbitraje CIADI. Por su lado, Martín Briceño y José Manuel Valdivieso nos presentan un escrutinio normativo detallado sobre la publicidad y el patrocinio en el fútbol profesional, en el contexto de una industria en constante cambio.

La diversidad temática se extiende a nuestra sección miscelánea, donde José Manuel Díaz de Valdés y Arturo Fernandois analizan la responsabilidad fiscal en diferentes sistemas constitucionales. Sergio Verdugo nos invita a reconsiderar el constitucionalismo chileno y su interpretación histórica.

Además, Raúl Campusano destila la esencia del sistema de solución de controversias del CPTPP, y Camila Boettiger examina con detalle las implicancias de la reciente reforma al *Código de Aguas* en Chile. Julio Alvear reivindica la vigencia del derecho natural en la práctica contemporánea, mientras que Eduardo Andrades y Sebastián Jahr Feltes nos ofrecen un retrato íntimo de dos gigantes del derecho romano, Papiniano y Ulpiano. Cerrando este compendio, Fernando Saenger nos ofrece una exploración doctrinaria y práctica de la amnistía en Chile, destacando su evolución y las controversias que suscita.

Este número de *Actualidad Jurídica* se presenta como una fuente inagotable de conocimiento y un punto de encuentro para el intercambio de ideas.

Agradecemos a nuestros distinguidos colaboradores por sus aportes que son, sin duda, el corazón de este proyecto. Confiamos en que los artículos aquí presentes servirán de inspiración y guía en su labor diaria y enriquecerán el diálogo jurídico a todos los niveles.

Con la certeza de que cada página les ofrecerá una ventana hacia el entendimiento más profundo del derecho, les alentamos a una lectura reflexiva y crítica.

Atentamente

EL DIRECTOR

TEMA CENTRAL

“NUEVAS PROBLEMÁTICAS
DE DERECHO PRIVADO”



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

LA REVISIÓN DE LA INTERPRETACIÓN
CONTRACTUAL
POR LA CORTE SUPREMA CHILENA.
¿QUÉ HAY DETRÁS
DE LA DESNATURALIZACIÓN?

THE REVIEW OF CONTRACTUAL
INTERPRETATION
BY THE CHILEAN SUPREME COURT.
WHAT IS BEHIND DENATURATION?

*Lilian C. San Martín Neira**

RESUMEN: A través de una revisión jurisprudencial, este artículo da cuenta de la operatividad de la desnaturalización como válvula de entrada a la casación en fondo por defecto interpretativo. Sobre el particular postula que, en estricto rigor, la desnaturalización corresponde a lo que a juicio de la Corte Suprema sería una interpretación incorrecta, en la medida en que no concuerda con su propio ejercicio interpretativo. Asimismo, el texto da cuenta del hecho de que, no obstante, se haya continuado invariablemente a afirmar que las reglas de interpretación contractual no constituyen verdaderas normas aptas para fundar un recurso de casación en el fondo, en los hechos se les da el tratamiento de tales.

PALABRAS CLAVE: interpretación contractual, desnaturalización, casación en el fondo.

ABSTRACT: Through a jurisprudential review, this article explains the operation of denaturalization as an entry valve to cassation on the merits due to interpretative defect. In this regard, he postulates that, strictly speaking, denaturalization corresponds to what, in the opinion of the Supreme Court, would be an

* Profesora de derecho civil e investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y de Empresa, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico l.sanmartín@udd.cl

Este texto forma parte del proyecto FONDECYT n.º 1210127 y del centro de investigación Imputatio de la Universidad Alberto Hurtado.

incorrect interpretation, to the extent that it does not agree with its own interpretative exercise. Likewise, the article takes into account the fact that, despite the fact that it has invariably continued to affirm that the rules of contractual interpretation do not constitute true norms suitable for founding an appeal for cassation, in fact they are given the treatment of such.

KEYWORDS: contractual interpretation, denaturalization, cassation on the merits.

INTRODUCCIÓN

En múltiples ocasiones, las partes discrepan acerca de los efectos o consecuencias concretas del contrato que las liga, cualquiera sea el alcance de esta discrepancia; para implementarlo de manera correcta, será necesario interpretarlo¹. Procesalmente, esta desavenencia se presenta a propósito de las múltiples contiendas que pueden originarse a propósito de un contrato². En efecto, es interesante resaltar que –salvo excepciones³– no se demandada la interpretación del contrato, sino que el conflicto interpretativo se hace evidente cuando existe una controversia de cualquier naturaleza entre las partes. Por regla general⁴,

¹ La interpretación contractual constituye uno de los argumentos clásicos del derecho civil y de gran trascendencia práctica. En la doctrina nacional cabe mencionar CLARO (2015) pp. 9-32; LÓPEZ (1971); ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (1998) pp. 513-518; DUCCI (1989); JOHOW (2005) pp. 213-233; ALCALDE (2006) pp. 549-570; MONTERO (2006) pp. 115-129; BARAONA (2008); BARAONA (2016) pp. 439-449; LYON (2017); LÓPEZ y ELORRIGA (2017) pp. 463-611; RUBIO (2020) pp. 665-683; LYON (2006) pp. 753-792; BUSTOS (2023); COLOMA (2023) pp. 232-249; GONZÁLEZ (2019) pp. 403-422; BANFI (2020) pp. 205-219; ALCALDE y BOETSCH (2021), pp. 765-840; RUBIO (2023a) pp. 443-469; RUBIO (2023b) pp. 585-596.

² Como afirma Ricardo Guastini, en el ámbito jurídico interpretar significa generalmente atribuir sentido a un texto. GUASTINI (2011) p. 13 y GUASTINI (2015) p. 12. En el caso del contrato, esta atribución de sentido consiste en establecer el contenido de los derechos y obligaciones a que da lugar (¿a qué se obligó el deudor?, ¿qué es lo que puede exigir el acreedor?, ¿bajo qué circunstancias?, ¿en qué plazo?, etc.), de modo que el juzgador pueda dirimir el conflicto práctico sometido a su conocimiento.

³ Una excepción puede verse en CORTE SUPREMA (2012) rol 4515-2010. Según se lee en el fallo: “al respecto, cabe recordar que el caso de autos versa sobre una demanda declarativa tendiente a determinar el sentido y alcance de la cláusula de ajuste de precio estipulada en las condiciones particulares bajo el número 2.4, más una demanda reconvencional de cobro de diferencia de facturación”.

⁴ También puede haber un conflicto interpretativo cuando se demanda la nulidad del contrato (al respecto véase PRADO (2019) p. 515 y ss.; PRADO (2020), p. 221 y ss.) su resolución o adaptación por cambio de circunstancias. Véase CORTE SUPREMA (2021) rol 71963-2021; CORTE SUPREMA (2023) rol 134198-2020.

ello ocurrirá cuando se demanda por el incumplimiento del contrato: una de las partes sostiene, por ejemplo, que ha habido incumplimiento contractual, mientras que la otra aduce que ha sido perfectamente cumplido⁵ o, bien, que no hay nada que cumplir por haber fallado la supuesta condición suspensiva a que estaba sujeto⁶, o que la supuesta obligación incumplida era, en verdad, una facultad para el mandatario⁷ o que la obligación se considera incumplida no era tal⁸, o que estaba prescrita a raíz de la naturaleza jurídica del contrato⁹. Frente a este escenario, para determinar cuál de las partes lleva la razón en el conflicto, el juez deberá interpretar el contrato¹⁰. En palabras de Federico de Castro:

⁵ Así, en un caso de contrato de transporte de arándanos desde Chile a China, la parte demandante alega que el contrato fue incumplido, pues el transporte debía hacerse en bolsas de ambiente modificado, lo que no ocurrió. La demandada, en cambio, afirma que el contrato fue perfectamente cumplido. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2021) rol 9551-2019, confirmada por haberse declarado inadmisibile el recurso de casación en el fondo por CORTE SUPREMA (2022) rol 1542-2022.

⁶ CORTE SUPREMA (2020) rol 4951-2019. En el caso, que se trataba de un arrendamiento de predio agrícola, se discutía acerca de si la obligación de la arrendadora de pagar una suma al arrendatario en caso de término anticipado del contrato estaba sujeta a plazo suspensivo o, bien, a una condición suspensiva determinada. Los tribunales de instancia optaron por la segunda alternativa, mientras que la Corte Suprema por la primera.

⁷ Así se resolvió en una causa en que se había conferido mandato a un banco para que contratara un seguro para el caso en que el deudor no lo hiciera por su cuenta. En el caso, la Corte Suprema sostuvo: "que de conformidad con lo reseñado precedentemente, se observa que los sentenciadores han resuelto el conflicto, aplicando correctamente la normativa sobre la acción que nos convoca. La contratación de seguros era de cargo del deudor principal y el banco sólo podía hacerlo por éste, a su cuenta, de estimarlo conveniente y acá no ejerció dicha facultad". CORTE SUPREMA (2020) rol 21060-2020.

⁸ Así, en un caso en que se demanda la resolución del Contrato de Bases Generales según las cuales se rige la prestación de servicios que empresas forestales hagan a Forestal Celco S.A. Los tribunales concluyen que no se trata de un contrato autónomo, sino que él regula cuestiones administrativas que se rigen en la medida en que se encuentre vigente un contrato específico. CORTE SUPREMA (2016) rol 35118-2016.

⁹ Así, en un caso de contrato de confección de obra en que los tribunales de instancia le dieron tratamiento de compraventa, en circunstancias que el demandante sostenía que se trataba de arrendamiento. CORTE SUPREMA (2021) rol 26857-2018. Asimismo, en un caso en que se demanda cobro de pesos por incumplimiento de un contrato de cuenta mercantil y la demandada se defiende señalando que la deuda está prescrita, por tratarse de una compraventa. CORTE SUPREMA (2015) rol. 120-2015.

¹⁰ Es interesante notar que, en ocasiones, la interpretación del contrato se hace patente en contiendas que no son entre las partes que lo han suscrito, sino con terceros interesados. Así se aprecia en el caso en que la Corte Suprema se pronunció si el contrato de *leasing* firmado por el banco demandado tenía o no el carácter de irrevocable a efectos del artículo 174 de la Ley n.º 18290. CORTE SUPREMA (2023) rol 82485-2021.

“todas las cuestiones que se plantean respecto al negocio jurídico están tan íntimamente unidas a la interpretación, que la solución que se proponga para cada una de ellas condicionará el alcance de la interpretación y, a su vez, aquella resultará predeterminada por el método adoptado para la interpretación”¹¹.

En los ejemplos, esto implica que el juez deberá determinar exactamente a qué se había obligado el contratante demandado, cuál es la naturaleza jurídica de lo convenido, si es efectivo que el contrato estaba sujeto a una condición suspensiva fallida, etc. Solo después de que estas preguntas estén aclaradas dictará su sentencia decidiendo el caso, sin que pueda escudarse en una supuesta falta de convicción o de claridad de los hechos, conforme al principio de *non liquet*. De esta forma, el conflicto interpretativo es por lo general subyacente a la contienda de las partes, lo que determina que no siempre se plantee en términos formales por las partes en sus escritos de discusión, sino que surja en la redacción de la sentencia como parte de los razonamientos del juez de la instancia y/o que las partes lo invoquen en sus escritos de impugnación de los fallos. Así, es usual encontrar que el recurso de casación en el fondo se funde una errónea interpretación del contrato, citándose como infringidas las normas de los artículos 1560 a 1566 del CC, ya sea que se las mencione en bloque o, bien, a alguna en específico¹². Solo a modo de ejemplo y para ilustrar el tenor de lo señalado, puede verse el fallo de 26 de enero de 2021, en el cual se lee:

“Que en el libelo de nulidad, el recurrente denuncia la infracción de los artículos 1563, 1564, 1566 y 1698 del Código Civil, sosteniendo que no era deber de la demandada obtener la recepción definitiva de la propiedad arrendada, sino de la contraria en calidad de dueña y arrendadora de la misma, a fin de poner el bien en estado de servir para el fin para el que fue arrendado, todo lo que debió haber probado [...]”¹³.

Tal circunstancia resulta paradójica cuando se considera que, conforme al entendimiento uniformemente sostenido por la Corte Suprema, la inter-

¹¹ Cfr. DE CASTRO (2016) p. 74. La centralidad de la interpretación en la solución de prácticamente todos los problemas asociados a los contratos, con cita a Atiyah, es resaltada también por VIGLIONE (2011) p. 6.

¹² A modo de ejemplo, véase CORTE SUPREMA (2020) rol 31349-2018; CORTE SUPREMA (2021) rol 3730-2019; CORTE SUPREMA (2021) rol 16956; CORTE SUPREMA (2012) rol 2319-2011; CORTE SUPREMA (2015) rol 120-2015; CORTE SUPREMA (2021) rol 26857-2018; CORTE SUPREMA (2023) rol 21085-2023; CORTE SUPREMA (2022) rol 67552-2022; CORTE SUPREMA (2021) rol 42912-2021; CORTE SUPREMA (2020) rol 10110-2019.

¹³ CORTE SUPREMA (2021) rol 87085-2021. Una situación idéntica se observa cuando se trata de la jurisprudencia relativa a la contratación administrativa, *v.gr.* CORTE SUPREMA (2020) rol 20875-2018; CORTE SUPREMA (2020) rol 29922-2019; CORTE SUPREMA (2022) rol 63190-2021; CORTE SUPREMA (2020) rol 41162-2019.

pretación es una cuestión de hecho, entregada de manera privativa a los jueces de la instancia, salvo cuando incurran en una “desnaturalización” del contrato. Sin que la invocación de los citados artículos sea suficiente para fundar un recurso de casación en el fondo, toda vez que sus disposiciones no constituyen verdaderas normas jurídicas.

En este texto, a partir una revisión jurisprudencial¹⁴, se pone en evidencia la disonancia entre el entendimiento descrito y lo que en la práctica ocurre, esto es, por un lado, que la Corte Suprema revisa la interpretación formulada por los jueces de instancia, realizando su propia interpretación previo a decidir si acoge o no el recurso de casación y, por el otro, que el máximo tribunal da a los artículos 1560 a 1566 del CC el tratamiento de norma sustantiva a todos los efectos.

El objetivo es poner sobre la mesa la discusión en torno a la oportunidad de preservar la referencia a la desnaturalización como presupuesto de la revisión de la interpretación por parte de la Corte Suprema y, más en general, sentar las bases para una discusión acerca de si la interpretación contractual en Chile constituye una cuestión de hecho, de derecho o ambas y, lo más importante, en qué casos y bajo qué supuestos definidos será procedente la revisión de las decisiones judiciales en torno al punto por parte de la Corte Suprema.

I. LA INTERPRETACIÓN COMO CUESTIÓN DE HECHO EN LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE SUPREMA Y LA DESNATURALIZACIÓN COMO APERTURA AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO

Para guiar el ejercicio interpretativo, los ordenamientos jurídicos suelen contener una serie de disposiciones presentadas de forma más o menos orgánica. En Chile, estas disposiciones se encuentran en los artículos 1560 a 1566 del CC¹⁵. Empero, sin perjuicio de que están situadas al interior del *Código*, tradicionalmente no se les ha dado el carácter de normas jurídicas o verdaderas reglas, sino que se las considera simples directivas o directrices, “consejos proporcionados a los jueces del fondo para llegar a concluir la acertada interpretación”¹⁶. La con-

¹⁴ Para la selección se consideró principalmente la base de datos VLex. Para manejar el volumen de fallos, se recurrió a dos criterios de selección: aquellos que citan al artículo 1566 entre enero de 2020 y septiembre de 2023 y los que citan al artículo 1560 entre marzo y septiembre de 2023, ambos inclusive.

¹⁵ Para una revisión general de estas normas, en clave histórica, véase BARRIENTOS (2016) p. 574 y ss.; RUBIO (2023a) p. 443 y ss.

¹⁶ DOMÍNGUEZ (2017) p. 1035. Ella es desde antiguo la opinión imperante en la jurisprudencia nacional. BARRIENTOS (2016) p. 574 y ss. En contra ALCALDE y BOETSCH (2021) p. 770 y ss.,

secuencia práctica de esto es que la jurisprudencia chilena es conteste en sostener que la interpretación de los contratos es una cuestión de hecho, cuya apreciación queda entregada a los tribunales de la instancia, de modo que el recurso de casación en el fondo no es procedente por violación a las normas de los artículos 1560 a 1566 del CC¹⁷.

Esto, en todo caso, no significa que la Corte Suprema esté exenta de la posibilidad de revisar el fondo de los fallos que versan sobre interpretación. El vehículo para que ello ocurra es la noción de “desnaturalización”¹⁸. En tal caso, siguiendo a Luis Claro Solar, la norma que se estima violada es el artículo 1545 del CC, entendida como una “violación a la ley del contrato”, lo que es uniformemente aceptado por la jurisprudencia, que en muchos casos reproduce de modo textual los dichos de este autor¹⁹.

En tal sentido es posible leer numerosas sentencias de la Corte Suprema que, en términos prácticamente idénticos, afirman:

para quienes la opinión desde antiguo de la Corte Suprema ha sido que se trata de normas imperativas, como apoyo de su afirmación refieren una sentencia de 1919; sin embargo, no advierten la abierta contradicción que hay entre esta afirmación y aquella otra según la cual: “es posible concluir que en opinión de la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema, un error en la interpretación del contrato e infracción de los artículos 1560 y siguientes del Código Civil constituye una cuestión de hecho en cuanto tiene por finalidad establecer la intención de los contratantes”. ALCALDE y BOETSCH (2021) p. 831. Una opinión matizada tiene Carlos Ducci, para quien hay que distinguir entre el artículo 1560, que tiene “carácter obligatorio”, y los demás artículos, tienen el carácter de “disposiciones eventuales”, de modo que el juez podrá o no aplicarlas dependiendo del caso concreto. DUCCI (1989) p. 225. Una idea semejante había sido propuesta por un sector de la doctrina francesa, que consideraba a las normas interpretativas “consejos”, excepto por la primera. GENTILI (2015) p. 340.

¹⁷ Como indica Javier Barrientos: “esta es una opinión mantenida desde antiguo por la jurisprudencia, recordada constantemente por la Excm. Corte Suprema”. BARRIENTOS (2016) p 578. Solo a modo de ejemplo, véase CORTE SUPREMA (2023) rol 18118-2019. En este caso, la Corte rechaza expresamente que pueda fundarse un recurso de casación en el fondo en la sola infracción del artículo 1564 (considerando noveno). En otro fallo semejante, la Corte resalta el hecho de que el recurso de casación en el fondo exige un error “de derecho”, sin que sea suficiente con enunciar el artículo 1564. CORTE SUPREMA (2022) rol 11000-2022. Asimismo, CORTE SUPREMA (2022) rol 93-2021, en este caso, el recurrente denuncia como infringidos los artículos 19, 20, 1545, 1560, 1563 y 1566 del CC, “al acoger la demanda desatendiendo el claro tenor literal del contrato de arrendamiento [...]”.

¹⁸ Como sostiene Francisco Rubio: “el control de las normas de los artículos 1560 y siguientes aparece en algunas sentencias, todas le cierran la puerta a la casación por regla general, señalando que la interpretación es una cuestión de hecho, para luego abrir un portillo excepcional que sería la desnaturalización de lo acordado”. Cfr. RUBIO (2023b) p. 593. Para algunos ejemplos jurisprudenciales en la materia, BARRIENTOS (2016) pp. 578.

¹⁹ A modo de ejemplo, véase CORTE SUPREMA (2019) rol 2491-2018; CORTE SUPREMA (2017) rol 89651-2016; CORTE SUPREMA (2016) rol 19267-2015; CORTE SUPREMA (2020) rol 24212-2019.

“[...] la labor de interpretación de los contratos corresponde a los jueces de la instancia, y el control de casación solo puede intervenir cuando la labor del intérprete desnaturalizó el contrato, esto es, cuando a la convención se le atribuyen efectos diversos de los que la ley prevé”²⁰.

En otros casos, la Corte especifica qué debe entenderse por desnaturalización. Así, en sentencia de 5 de marzo de 2012, sostuvo:

“Que cabe tener presente sobre esta materia, según lo ha resuelto invariablemente este Tribunal, que la interpretación de los contratos pertenece a la esfera de las facultades propias de los jueces de la instancia, sujeta a la revisión de esta Corte de Casación sólo en el evento que en tal labor se desnaturalice lo acordado por los contratantes, transgrediéndose con ello la ley del contrato a que se refiere el artículo 1545 del Código Civil. Ello ocurre, ciertamente, cuando se alteran las consecuencias de cláusulas respecto de las que no existe controversia en la forma en que se pactaron, desfigurándolas, situación que, en la especie, no ha acontecido”²¹.

Asimismo, en sentencia de 26 de marzo de 2021, sostuvo:

“Que, por otra parte, y en lo que respecta a la acusada vulneración de las normas sobre interpretación de los contratos, debe anotarse que esta Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que dicha tarea se enmarca dentro de las facultades propias de los magistrados de la instancia, la que puede ser revisada por este Tribunal de Casación solo en el evento que por tal labor se desnaturalice el acuerdo al que las partes han llegado. En otras palabras, la distorsión de las disposiciones contractuales ocurre cuando los sentenciadores, en el ejercicio de la función que les es propia, alteran las consecuencias de cláusulas respecto de las cuales no existe controversia en la forma en que se pactaron, desnaturalizándolas y, en tales circunstancias, el poder soberano de aquellos para establecer los hechos de la causa no puede extenderse a su apreciación judicial y a la determinación de la ley que les sea aplicable; y por consiguiente la ilegal apreciación de las cláusulas del contrato y las erróneas consecuencias que de esta ilegal apreciación deduzcan pueden ser sometidas a la revisión por medio del recurso de casación por transgresión de la ley del contrato, lo que no ocurre en este caso”²².

²⁰ CORTE SUPREMA (2022) rol 2552-2020. En sentido prácticamente idéntico: CORTE SUPREMA (2021) rol 13370-2019; CORTE SUPREMA (2022) rol 34101-2019.

²¹ CORTE SUPREMA (2012) rol 4514-2010.

²² CORTE SUPREMA (2021) rol 3730-2019.

Concretizando todavía más la noción de desnaturalización, la Corte ha señalado:

“[...] De esta manera, se encuentra dentro de la competencia de este tribunal la revisión de la calificación jurídica de los hechos, la determinación del carácter legal de los mismos, como también de las disposiciones legales aplicables y los efectos que de tales normas derivan para el caso concreto”²³.

Así las cosas, la opinión constante de la Corte Suprema es, por un lado, que la interpretación es una cuestión de hecho que escapa a la revisión vía casación y, por el otro, que esta regla admite una excepción en aquellos casos en que los jueces incurran en una desnaturalización del contrato, precisando:

“[...] habrá de entenderse desnaturalizado un contrato cuando la interpretación llevada a cabo por los juzgadores no se limita a fijar la voluntad de las partes, sino que, so pretexto de hacerlo, se da a esa voluntad una inteligencia contraria a la realidad, se desconoce la intención de los contratantes o se desnaturalizan las cláusulas controvertidas, sustituyendo el contrato prácticamente por uno nuevo, distinto al que las partes celebraron”²⁴.

Esta idea se remonta a la doctrina y jurisprudencia francesas de inicios del siglo XX como una derivación de la regla *in claris non fit interpretatio*²⁵, que sería importada a Chile por Luis Claro Solar²⁶. Este autor, haciendo eco de la solución francesa, sostiene:

“la interpretación de los contratos no se limita a veces a fijar la voluntad de las partes, sino que so pretexto de interpretarlos los jueces dan a esa voluntad una inteligencia contraria a la realidad, desconocen la intención de los contratantes, desnaturalizan las cláusulas controvertidas, o substituyen un contrato nuevo al que las partes celebraron y que es para ellas una ley. Una interpretación semejante sale del terreno de los

²³ En el caso, relativo a la interpretación de un contrato de usufructo, la Corte estimó: “[...] en la especie, el arbitrio de nulidad se refiere a una interpretación legal a cargo del órgano jurisdiccional, incluida dentro del control de posibles vicios *in iudicando*”. CORTE SUPREMA (2021) rol 69649-2020.

²⁴ CORTE SUPREMA (2022) rol 76704-2020; CORTE SUPREMA (2022) rol 21291-2019; CORTE SUPREMA (2022) rol 76704-2020.

²⁵ Con la reforma de 2016, la doctrina de la desnaturalización ha sido formalmente introducida al *Código* francés como regla interpretativa en el artículo 1192, según el cual: “On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation”.

²⁶ LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) p. 588 y ss.; RUBIO (2023b) p. 589 y ss.

simples hechos; y no puede menos de quedar sometida a la revisión y control de la Corte de Casación. La dificultad está en determinar cuando la interpretación del contrato invade el terreno del derecho y llega a violar la ley”²⁷.

Con todo, no puede señalarse que la construcción provenga íntegramente de este autor, si bien él pareciera aceptar los postulados de la doctrina que expone, en su conclusión es enfático en sostener que las normas sobre interpretación son verdaderas normas, cuya infracción da lugar a la casación en el fondo, sin apelar a la desnaturalización como vehículo conductor²⁸.

II. LA DESNATURALIZACIÓN COMO EQUIVALENTE

A ERRÓNEA INTERPRETACIÓN POR LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA

El recurso a la desnaturalización como vía de acceso a la revisión por parte de la Corte Suprema, que ha sido repetida en numerosas ocasiones, no ha estado exenta de críticas, debido a su vaguedad a imprecisión. Así, Jorge López y Fabián Elorriaga afirman:

“queda al arbitrio de la Corte Suprema establecer si existe o no desnaturalización del contrato, con lo que, en los hechos, la casación por error en la interpretación depende casi exclusivamente de lo que los ministros que integran la sala quieran o no hacer en el caso concreto. Si están derechamente motivados por alterar lo resuelto por los tribunales de instancia, entenderán que la interpretación ha desnaturalizado el contrato, con lo que la casación será acogida, de lo contrario, reproduciendo la consabida frase, establecerán que mediante el recurso se pretende modificar una cuestión de hecho soberanamente establecida por los tribunales de instancia”²⁹.

²⁷ CLARO (2015) p. 11.

²⁸ En efecto, luego de haber expuesto críticamente la doctrina francesa y haber afirmado que la interpretación del contrato se relaciona con el artículo 1545, el autor concluye: “la ley quiere, pues, que la voluntad de las partes sea respetada y estrictamente observada; y por lo mismo, que las convenciones sean religiosamente cumplidas. // Con este fin ha dictado reglas de interpretación que el juez debe observar. No ha dejado entregada la interpretación de las convenciones a la arbitrariedad judicial; no ha dado al juez simples consejos para ilustrar su criterio en esta interpretación; sino que le ha fijado reglas que está obligado a observar y que, hallándose consignadas en preceptos legales, no pueden ser infringidas sin incurrir en una violación de ley que puede y debe ser corregida por la vía de la casación”. CLARO (2015) p. 18.

²⁹ LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) p. 593. También BARAONA (2008) p. 468. En la misma línea, Ramón Domínguez ha puesto en evidencia que la distinción entre hecho y derecho no es tan

Más recientemente, Francisco Rubio ha sostenido:

“pese a concebirse esta doctrina como una excepción, no existe claridad en la definición de cuando existe desnaturalización. Se atiende a la determinación de la voluntad de las partes y a la realidad del contrato celebrado por ellas, en ocasiones invocando la idea de una transgresión de la “ley del contrato”.

Una somera revisión jurisprudencial reciente pareciera indicar que, mediante este expediente, la Corte Suprema realiza una nueva interpretación del acuerdo, contrariando su propio lineamiento de que esta labor es soberana de los jueces de la instancia³⁰.

En el fondo de esta crítica subyace algo que se aprecia en el análisis jurisprudencial: aquello que la Corte Suprema llama desnaturalización equivale a lo que considera una errónea interpretación por parte de los tribunales de instancia. Esto es, para llegar a la conclusión de que ha habido desnaturalización, la Corte Suprema realiza su propio ejercicio interpretativo, que a veces llega a un resultado coincidente con el de los tribunales de instancia. En estos casos, su conclusión es que no ha habido desnaturalización³¹. En cambio, cuando los resultados son divergentes, la Corte concluye que sí ha habido desnaturalización, prefiriendo su propia interpretación³².

Lo anterior se aprecia con bastante claridad en los casos referidos a continuación:

- a) En un caso de compraventa de bosque en pie en que las partes difieren respecto de si el comprador tiene o no derecho a la indemnización pactada en el contrato, para lo cual se requiere interpretarlo, la Corte sostuvo:

clara cuando se trata de la interpretación contractual, concluyendo: “[...] pretender entonces que la interpretación es sólo una cuestión de hecho es una aseveración teórica que se aleja de la realidad”. DOMÍNGUEZ (2017) p. 1036.

³⁰ RUBIO (2023b) p. 585. El hecho de que la Corte Suprema realiza un examen de fondo de la interpretación es advertido también en CORNEJO (2019) pp. 137-149.

³¹ A modo de ejemplo, véase CORTE SUPREMA (2016) rol 13765-2016. En este caso, la Corte realiza un extenso análisis de las reglas de interpretación, para concluir: “tal como lo estiman los sentenciadores parece más lógico y coherente no solo con la intención de las partes, sino que con aquellos otros elementos de interpretación que contempla la ley, como son el preferir aquella que asigne efecto a una estipulación por sobre otra que no lo haga, el criterio sistemático y finalmente el de hacer primar ante la ambigüedad de las cláusulas un criterio contrario a la parte que la extendió, en este caso la demandada y el de prevalecer la más favorable al contratante asegurado o beneficiario del seguro”.

³² Así, en CORTE SUPREMA (2020) rol 4951-2019. En el caso, la Corte efectúa una interpretación del contrato, para concluir que los sentenciadores de instancia han desnaturalizado el contrato al concluir que en él se contenía una condición suspensiva, cuando en realidad se trataba de un plazo.

“[...] Que precisamente en el caso sub lite pueden observarse aquellas faltas que autorizan la revisión del proceso interpretativo. En este sentido, cabe precisar que la referencia que en la primera parte de la cláusula quinta donde se expresa: ‘Que la compraventa se hace considerando los bosques radiatas vendidos, como cuerpos ciertos en el estado en que se encuentren y que el comprador declara conocer y aceptar’, debe entenderse referida a lo que ella consigna y que corresponde al objeto del contrato, esto es, al bosque y a la condición o estado del mismo; de modo que no resulta procedente extender esta estipulación a situaciones diferentes, como la de autos, en que la disconformidad no está dada por tales circunstancias, sino por un evento diferente, como es, propiamente, la extensión o superficie de los bosques vendidos, el que es especialmente tratado por las partes en su convención. En efecto, a continuación de la referida estipulación, se expresa lo siguiente: ‘Declaran los vendedores que la superficie de bosque vendida es de veinte hectáreas, por lo que al final de la explotación el comprador hará una medición de la superficie cosechada, en caso de ser inferior a la declarada por los vendedores estos deberán indemnizar a su comprador con la suma de cuatro millones por hectárea faltante o proporción equivalente’. Como puede apreciarse, se trata de una situación distinta a la anterior, no se refiere al estado o condición del bosque, que el comprador declaró conocer y aceptar, sino que dice relación con la propia declaración que hacen los mismos vendedores sobre la extensión de los bosques, que fijan en 20 hectáreas, pero precisamente las partes, admitiendo que podría producirse una diferencia entre dicha medida y la real, convienen que se haga una medición una vez finalizada la cosecha, pues despejado el o los terrenos es posible establecer con mayor exactitud la superficie de que se trata.

DÉCIMO TERCERO. Que esta genuina interpretación se aviene con la naturaleza y objeto del contrato y el resto de sus estipulaciones. También debe preferirse, pues permite que la cuestionada parte de la cláusula quinta que contempla la cláusula penal invocada pueda producir efectos, conforme a lo dispuesto por el artículo 1562 del Código Civil. Además, resulta acorde con la aplicación práctica que han hecho las partes o al menos el actor, con aprobación de los demandados, pues tal como reza el contrato, se procedió a la medición de la superficie, una vez efectuada la cosecha, de acuerdo a lo estatuido por el inciso final del artículo 1564 del Código Civil. De esta manera cabe descartar la regla del artículo 1566 del mismo texto legal, pues su aplicación es limitada para el caso de que no fuera posible aplicar las otras reglas de interpretación.

DÉCIMO CUARTO: Que conforme a lo razonado se concluye que los jueces del grado incurrieron en los errores antes señalados, al desconocer la naturaleza y objeto del contrato celebrado por las partes y al efectuar una interpretación incorrecta de su estipulación quinta que consagra la cláusula penal acordada, al concluir erróneamente que esta no produciría efecto alguno, lo que ha tenido influencia sustancial en lo dispositivo del fallo pues determinó el rechazo de la acción deducida.

DÉCIMO QUINTO: Que, por lo expuesto, procede que la nulidad sustancial impetrada sea atendida³³.

Como se aprecia, la Corte efectúa una interpretación de la cláusula contractual cuestionada conforme a la naturaleza del contrato y, muy especialmente, al artículo 1562, esto es, a la regla de utilidad de las cláusulas, para concluir que los jueces efectuaron “una interpretación incorrecta de su estipulación quinta”. Incorrecta, pues no concuerda con la efectuada “correctamente” por ella.

b) A propósito de un contrato administrativo entre una empresa encargada de la instalación de dispositivos GPS en automóviles y una municipalidad, se discutía acerca de si la municipalidad había hecho correcto uso de las prerrogativas que le otorgaba el contrato, para lo cual era necesario interpretar una de sus cláusulas. La Corte Suprema sostuvo:

“[...] Que, en la especie, se debe establecer si los sentenciadores han desnaturalizado el contrato producto de la interpretación de sus diferentes cláusulas y si, como consecuencia de aquello, han vulnerado el artículo 10 inciso tercero de la Ley N° 19.886, al aplicar una multa apartándose del procedimiento establecido en los instrumentos contractuales.

Noveno: Que el inciso primero del artículo 35 de las Bases Administrativas establece que la Municipalidad puede decidir la aplicación de multas por la falta de cumplimiento por parte del contratista de cualquiera de las obligaciones asumidas en el contrato.

Su letra a) contempla una multa por atraso en la instalación por un monto de 0,5 Unidades de Fomento por móvil por cada día de atraso. En la parte pertinente, estipula que: “Si se detectara una situación de incumplimiento de las exigencias establecidas en las Bases Especiales y/o Especificaciones Técnicas, la Inspección Técnica anotará en el Libro Manifold las observaciones pertinentes, indicando el tipo de situación y otorgando un plazo prudente para su regularización, si ello procediere.

³³ CORTE SUPREMA (2020) rol 4541-2019.

Esta anotación se denominará notificación.

Si, terminado el plazo otorgado y la empresa no hubiere dado cumplimiento al reparo, se procederá a dejar constancia nuevamente de la situación, la cual servirá para la aplicación de la multa. Esta segunda anotación se denominará ratificación’.

Décimo: Que el tenor de la cláusula antes transcrita es claro, toda vez que establece un procedimiento para la aplicación de la multa. Sin embargo, no establece un plazo efectivo para informar al contratante el incumplimiento, pues sólo señala que se le debe notificar en el libro Manifold y entregarle un plazo prudente. Así, yerra el sentenciador al establecer que existió una notificación no oportuna del incumplimiento, toda vez que, al no establecerse un plazo, cualquier eventual falta de notificación sólo perjudica al ente edilicio, pues determina que la multa diaria no pueda comenzar a devengarse, pues para que aquello suceda es indispensable la segunda notificación, que la cláusula 35 antes transcrita denomina ratificación.

Lo anterior es trascendente, toda vez que determina, a su turno, una errada confrontación de los antecedentes fácticos que no han sido objeto de controversia. En efecto, el 3 de enero de 2014, en el libro Manifold, se notifica el incumplimiento, en relación a la instalación del sensor de carga en los camiones recolectores de basura.

Es decir, en tal fecha se da cumplimiento a la primera exigencia prevista para exigir el cumplimiento de la multa. Ahora bien, es cierto que de manera expresa no se entrega un plazo para superar el incumplimiento, sin embargo, la misma norma contractual permite superar tal inconveniente, al señalar que el plazo debe ser prudencial. Pues bien, si aquello es contrastado con la regla de interpretación de los contratos prevista en el artículo 1564 del Código Civil, esto es, la de la aplicación práctica del contrato, resulta que, exactamente un mes después se produce la ratificación del incumpliendo, toda vez que el 3 de febrero se deja constancia de la persistencia de aquel. En tales condiciones, no cabe más que considerar que el plazo otorgado para superar el incumplimiento correspondió a 30 días, término que cumple la exigencia de ‘prudencial’ prevista en las bases.

Undécimo: Que, en consecuencia, los sentenciadores incurren en el error de derecho que se les atribuye, pues desnaturalizan la cláusula 35 de las Bases Administrativas de la licitación ‘Servicio de Monitoreo de Vehículos de Uso Municipal a través de GPS’, conculcando la ley del contrato, toda vez que, conforme con el artículo 10 de la Ley N° 19.886, las bases de licitación forman parte del contrato, y las partes deben sujetarse a ellas en la ejecución del mismo.

Tal yerro influyó en lo dispositivo del fallo, toda vez que, sobre la base del razonamiento equívoco respecto de la inobservancia del

procedimiento previsto en las bases administrativas para proceder al cobro de la multa, se dispuso como indemnización de perjuicios por daño emergente el total del importe de aquella, en circunstancias que el análisis determina que el procedimiento se llevó a cabo, sólo que el cálculo de la multa es errado, al contemplar la totalidad del periodo de retraso en la instalación del sensor, en circunstancias que sólo debió imponerse una multa por el periodo que va desde el 3 al 25 de febrero de 2014.

Duodécimo: Que conforme al análisis realizado en los motivos precedentes el recurso de casación en el fondo deducido será acogido [...]”³⁴.

En este caso, la Corte llega a la conclusión de que los tribunales de instancia han desnaturalizado el contrato debido a que su interpretación es contraria a la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo, regla de interpretación contenida en el artículo 1564. Así las cosas, resulta meridianamente claro que la Corte ha efectuado su propio ejercicio interpretativo, que difiere del llevado a cabo por los tribunales de instancia.

- c) En un caso en que se discutía si las partes habían puesto término a un contrato de arrendamiento o, por el contrario, él continuaba vigente. La Corte sostuvo:

“[...] Que, por consiguiente, la labor del tribunal de casación consiste en esclarecer si la judicatura del fondo incurrió en un error de derecho en la aplicación de las normas sobre interpretación de los contratos, específicamente, respecto del artículo 1563 del Código Civil que se denuncia conculcado, que dispone ‘en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen’. Además, en este caso en particular, se debe tener presente lo establecido en el artículo 1564 del Código Civil, que señala: ‘las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra’, puesto que la recurrente sostiene que si bien los contratantes no ‘dejaron sin efecto’ el contra-

³⁴ CORTE SUPREMA (2020) rol 24212-2019. Una decisión semejante a esta, en que se anula la sentencia por “infracción” al artículo 1564, puede verse en CORTE SUPREMA (2021) rol 33474-2019. En el caso, la Corte sostiene que los tribunales de instancia “desnaturalizaron” el contrato, al no considerar que las partes habían modificado tácitamente la fecha de pago del arriendo.

to de arrendamiento expresamente, la prueba rendida daba cuenta que la forma en que hicieron aplicación práctica de éste y del de promesa que se celebró con posterioridad, lo supone, y los tribunales desconocieron sus efectos al haberla aplicado restrictivamente, considerando sólo el tenor literal y desatendiendo los indicios que emanaban de la prueba rendida, que correspondía a la contraria desvirtuar.

Sexto: Que de los hechos que se tuvieron por acreditados por la judicatura del grado se desprende que, si bien las partes prorrogaron en forma indefinida el contrato de arriendo desde 2008 y que en la promesa celebrada en julio de 2009 no se estableció expresamente el término del contrato de arrendamiento, lo cierto es que, a partir de dicha fecha, no se efectuó cobro alguno de las rentas, circunstancia por la que se acogió la excepción de prescripción de la acción de cobro a partir de enero de 2010, lo que lleva a inferir que la real intención de las partes al celebrar la promesa de compraventa fue sustituir el contrato primitivamente celebrado, ya que no resulta lógico que el demandante renunciara a la acción de cobro desde la última fecha citada hasta el 29 de junio de 2017, en que interpuso la demanda, si la intención fue que ambas convenciones coexistieran. Entonces, no obstante la omisión que se produjo en el contrato de promesa, en relación a dar por terminado el contrato de arrendamiento, la interpretación que mejor se ajusta a al vínculo contractual entre las partes y la aplicación práctica que hicieron de éste, es que el segundo contrato sustituyó al primero, que terminó, entonces, en julio de 2009.

Séptimo: Que, al tenor de lo razonado, el recurso de casación en el fondo debe ser acogido por esta causal [...]"³⁵.

- d) En un caso en que se discutía si el mandatario había incumplido su contrato de mandato al no contratar un seguro en favor del mandante, la Corte sostuvo:

"[...] Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1564 del Código Civil, la interpretación de las cláusulas entre sí puede ayudarnos a desentrañar el real sentido o voluntad de los contratantes. Para este efecto, nos detendremos en las cláusulas duodécima y la décimo quinta.

En la primera de las nombradas, se acordó constituir hipotecas 'para garantizar el cumplimiento de todas y cualesquiera de las obligaciones que el deudor tenga actualmente con el banco o pactare en el futuro'. En la segunda de las mencionadas, por su parte, consta que el Banco acepta expresamente el reconocimiento de la deuda y la constitución de hipotecas en los términos expuestos.

³⁵ CORTE SUPREMA (2020) rol 15483-2018.

Séptimo: Que, en este sentido, esta Corte comparte los argumentos expuestos en la sentencia recurrida.

En efecto, la atenta lectura del contrato en su integridad lleva a entender que el deudor es el principal obligado, no solamente al pago del mutuo de dinero acordado, sino de la contratación de los seguros mencionados en la cláusula décimo cuarta. Si éste no lo hacía, el banco quedaba facultado para hacerlo a nombre y cuenta del deudor, 'si así lo estima a bien', sin asumir responsabilidad alguna ni por la contratación, ni por la no renovación. Pensar algo diverso, significar a sostener que el Banco es ahora deudor del deber contenido en el mandato, y como deudor, debiese estar perjudicado por el no cumplimiento con sanciones expresamente pactadas o las legales que corresponda aplicar. Nada de eso hay, ya que el beneficiario con la contratación de los seguros como el de incendio, en caso alguno podría ser el banco, cuya obligación principal está suficientemente garantizada por las cauciones reales constituidas.

De esta forma, se comparten los argumentos de la Corte recurrida, expuestos en el motivo tercero, al señalar que: '...claramente se trata de un mandato condicional y ambas partes, acordaron que, si dichos seguros no se contrataban, no existía responsabilidad alguna para el banco [...]'³⁶.

En el caso, la Corte realiza un ejercicio interpretativo, para luego concluir que concuerda con los jueces de instancia en cuanto a la decisión tomada y que estos habrían aplicado de forma correcta el contrato, esto es, sin desnaturalizarlo.

- e) Una solución semejante a la anterior se observa a propósito del cuestionamiento acerca de la interpretación de una cláusula arbitral. En el caso, la Corte sostuvo:

"[...] Que al emprender el estudio del primer capítulo infraccional se aprecia que el presunto yerro de derecho se construye a partir de lo que el recurrente estima sería una errada interpretación de la cláusula arbitral, asegurando muy en síntesis que la voluntad tras dicha estipulación era que solo regiría para conflictos en el lugar de constitución de Tarascona Corporation, esto es, en Islas Vírgenes Británicas. Tal inten-

³⁶ CORTE SUPREMA (2020) rol 21060-2020. Por su parte, a propósito de la demanda por pago de honorarios entablada por un abogado, la Corte Suprema revoca la sentencia de instancia razón de que los jueces de instancia concluyeron que la presencia del abogado en la gestión que da origen a los honorarios era necesaria, en circunstancias que de la lectura del contrato aparece que no era así. Nuevamente, el punto central del asunto es que la interpretación de la suprema prima. Véase CORTE SUPREMA (2016) rol 3157-2015.

ción se desprendería, según afirma, del hecho que la cláusula arbitral omite señalar cómo debería plantearse en Chile y que su redacción es propia de la legislación de Islas Vírgenes Británicas. Así entonces, esta errada interpretación judicial infringiría el artículo 1560 del Código Civil, desencadenando la transgresión de las restantes normas que se apuntan como quebrantadas en el libelo de casación [...].

DECIMO TERCERO: Que en el caso en revisión es un hecho no controvertido del proceso que la sociedad Tarascona Corporation se constituyó con fecha 21 de junio de 1994 en Islas Vírgenes Británicas, incorporando en sus estatutos una cláusula arbitral del siguiente tenor, según su traducción oficial:

Nº 135: 'Cuando surja alguna diferencia entre la Sociedad, por una parte, y cualquiera de los accionistas o sus albaceas, administradores o cesionarios, por la otra, en lo referente al verdadero significado e interpretación, o la incidencia o consecuencia de estos Estatutos o de la Ley, cualquier gestión realizada o formalizada, omitida o tolerada conforme a la Ley o cualquier incumplimiento o supuesto incumplimiento o con estos Estatutos o cualquier Ley o Decreto que afecte a la Sociedad o sus negocios, y salvo que las partes acuerden someter la diferencia a un solo árbitro, dicha diferencia será sometida a la decisión de dos árbitros, uno elegido por cada parte. Los árbitros, antes de comenzar su labor, nombrarán a un tercer árbitro'.

Nº 136: 'Si cualquiera de las partes en el arbitraje no designare a un árbitro, sea originalmente o a modo de sustitución (en caso de que el árbitro designado falleciere, no pudiere o se negare a actuar), en un plazo de 10 días desde que la otra parte le hubiere dado el aviso respectivo, la otra parte podrá nombrar al árbitro para que actúe en lugar del árbitro correspondiente a la parte en incumplimiento'.

DÉCIMO CUARTO: Que, al examinar la estipulación contractual antes transcrita, se observa que la interpretación realizada en el fallo impugnado resulta acorde tanto con el supuesto fáctico asentado como con los términos literales de la convención, pues, tal como acertadamente reflexionaron los juzgadores, en los estatutos de la demandante Tarascona Corporation se estipuló explícitamente que cualquier conflicto suscitado entre la sociedad y sus administradores sería conocido por un tribunal arbitral. No se aprecia limitación alguna en los términos de la cláusula compromisoria, y, en lo tocante a las alegaciones orientadas a cuestionar la voluntad arbitral acudiendo a problemas de implementación de la cláusula en Chile, quien recurre olvida que la Ley Nº 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional resuelve tales cuestiones.

DÉCIMO QUINTO: Que, consiguientemente, no se advierte en el razonamiento judicial una desarmonía ni contradicción alguna que des-

naturalice lo pactado, esto es, la expresa voluntad de someter a la justicia arbitral cualquier conflicto entre la sociedad y sus administradores, motivo por el cual el recurso de casación sustantiva no puede prosperar en este primer extremo”³⁷.

Los cinco casos recién referidos, a los que podrían sumarse muchos más³⁸, dan clara cuenta del hecho de que la desnaturalización del contrato corresponde, en verdad, a una interpretación disconforme con el resultado interpretativo alcanzado por la propia Corte Suprema a partir de la aplicación de las reglas de interpretación contenidas en el *Código Civil*, lo que se confirma cuando se observa que en aquellos casos en que la Corte concuerda con la interpretación de instancia la conclusión es que el contrato no ha sido desnaturalizado.

III. EL TRATAMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN COMO CUESTIÓN DE DERECHO

1. La interpretación como cuestión de hecho y de derecho en el ámbito comparado y en la doctrina nacional

La interpretación categórica de la Corte Suprema chilena en orden a que la interpretación constituye una cuestión de hecho, revisable solo en caso de que

³⁷ CORTE SUPREMA (2022) rol 21291-2019. En otro caso semejante, la Corte también realiza un análisis textual para excluir la “desnaturalización” del contrato y expresamente sostuvo: “la cuestión relativa a la interpretación de los contratos es una situación de hecho que debe ser fijada y analizada por los jueces del fondo, sin que este recurso pueda alcanzar a su corrección, a menos que haya mediado una desnaturalización del contrato que se interpreta, lo que en este caso no ocurre, toda vez que los jueces del fondo han aplicado correctamente el derecho atingente a esta materia, desde que han comprendido que la extensión del mandato no alcanzaba a su utilización en la obtención de beneficios personales para la demandada-mandataria, sin que haya resultado suficientemente acreditado que los fondos fueron efectivamente destinados al cuidado del actor. // De esta forma y de la atenta lectura del mandato en su totalidad y haciendo aplicación de las normas relativas a los contratos, en especial, artículos 1560 sobre la intención (siquiera citado en el recurso) y 1564 sobre integralidad, ambos del Código Civil, es posible advertir que las facultades de la mandataria alcanzaban a cubrir los actos ejecutados, en la medida de que fueran en beneficio directo del mandante, suscribiendo contratos a nombre, por cuenta y riesgo de éste, lo que no aconteció”. CORTE SUPREMA (2021) rol 71963-2021. Lo mismo se aprecia en un interesante fallo de 2014, en que la Corte realiza un extenso ejercicio interpretativo, para terminar por acoger el recurso de casación en el fondo, CORTE SUPREMA (2014) rol 1859-2013.

³⁸ A modo de ejemplo, con la misma claridad CORTE SUPREMA (2022) rol 76704-2020; CORTE SUPREMA (2020) rol 24212-2019; CORTE SUPREMA (2016) rol 19267-2015; CORTE SUPREMA (2020) rol 22977-2019; CORTE SUPREMA (2021) rol 69649-2020; CORTE SUPREMA (2022) rol 91924-2021; CORTE SUPREMA (2023) rol 134198-2020; CORTE SUPREMA (2023): rol 18118-2019.

el juez desnaturalice el contrato, contrasta abiertamente con lo que ocurre en otros ordenamientos, en particular en Francia, desde donde Luis Claro Solar trajo a Chile la noción de desnaturalización, así como Italia y España, que también en su momento siguieron al ordenamiento francés. En estos países se abandonó hace años la idea de que la interpretación es puramente una cuestión de hecho, para afirmar que ella comprende cuestiones de hecho y de derecho³⁹. Así, en España, Federico de Castro refiere que a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1926 es posible señalar que en materia de interpretación hay cuestiones de hecho y de derecho⁴⁰. Corresponden a cuestiones de hecho el establecimiento de los datos y el sentido negocial de los mismos. Mientras que corresponden a cuestiones de derecho –por ende, revisables a través de la casación– la calificación del negocio o determinación de la clase o tipo al que corresponde y la reconstrucción de la regla negocial⁴¹. En Italia, la discusión acerca de la naturaleza de las disposiciones interpretativas se mantuvo en práctica durante toda la vigencia del *Codice* de 1865, pero fue tempranamente superada luego de la entrada en vigor del *Codice* de 1942 y hoy es pacífico que ellas constituyen verdaderas normas jurídicas⁴².

En Chile, la idea de que la interpretación constituye una cuestión de derecho ha sido propuesta por Jorge López y Fabián Elorriaga, para quienes, en la estructura del razonamiento judicial, la interpretación se sitúa en la calificación jurídica que hace el juez de los hechos previamente probados por las partes⁴³. En la misma línea, Alberto Lyon afirma:

³⁹ En la doctrina nacional esta cuestión fue puesta en evidencia en Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, citando a la doctrina italiana. Esta misma obra da cuenta del hecho de que en Chile ocurrió al contrario que en Europa, esto es, la jurisprudencia chilena pasó de considerar a la interpretación una cuestión de derecho a considerarla una cuestión de derecho, sin perjuicio de algunas sentencias aisladas que, en sus palabras, manifiestan “una tendencia a regresar a la buena doctrina”. ALESSANDRI, SOMARRIVA VODANOVIC (1998) p. 515. En la tradición del *Common Law*, por su parte, se afirma categóricamente que se trata de una cuestión de derecho. Así, a propósito del derecho inglés se ha dicho: “The first point to note is that interpretation of the agreement (at least in the context of litigation) is regarded as a role for the court, not the parties. Interpretation is question of law, not fact”. MITCHEL (2007) p. 31.

⁴⁰ DE CASTRO (2016) p. 81.

⁴¹ *Op. cit.* pp. 76 y 81. El mismo autor expone que en Francia e Italia se defendió la opinión de que las reglas de interpretación, “aun las recogidas por los Códigos eran meros axiomas lógicos o de sentido común, cuya aplicación ha de entregarse forzosamente al buen criterio de los jueces, al ser inseparables de la fijación de los hechos; concluyéndose que por su naturaleza pertenecen a la doctrina, o ‘ad cathedram’, y que son extrañas a la legislación. Hoy, la opinión de ellos autores se inclina decididamente (incluso en Francia) en favor del carácter vinculante de las reglas sobre interpretación, por ser mandato del legislador y por ser precisamente un remedio frente a la arbitrariedad judicial”, *Cfr.* DE CASTRO (2016) p. 80. En la doctrina española más reciente, véase LÓPEZ (2016) pp. 672-673.

⁴² Por todos, GENITILI (2015) p. 444 y ss.

⁴³ LÓPEZ y ELORRIAGA (2017) p. 603 y ss.

“la intención de los contratantes no es un hecho que deba ser probado, sino –como se ha dicho– el resultado de un proceso de investigación establecido por la ley y que buscar determinarla y reconstruirla”⁴⁴.

Asimismo, aunque no lo pone en estos términos, lo mismo se desprende de los dichos de María Bustos, quien siguiendo a Jorge López, en España, sostiene que a la hora de analizar la voluntad como objeto de interpretación hay que distinguir entre “voluntad acto” y “voluntad regla”, señalando:

“la dimensión fáctica, entonces, es aquella que persigue conocer lo que siempre ha estado ahí (voluntad acto), sin ejercer ningún tipo de valoración y, por ello, es una cuestión de hecho. La dimensión normativa (voluntad regla), en cambio es la que constituye la labor interpretativa propiamente tal y tiene por finalidad atribuir significado a las disposiciones contractuales, precisar a lo que se han obligado las partes y cómo debe cumplirse con la prestación”⁴⁵.

En opinión de la autora, las reglas de interpretación deben aplicarse en el segundo momento, esto es, cuando se trata de determinar la voluntad regla, sin que tengan cabida cuando se trata de la voluntad acto⁴⁶.

2. *Las referencias implícitas a la interpretación como cuestión (también) de derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema*

Como ya se advirtió, la opinión constante de la Corte Suprema en orden a que la interpretación es una cuestión de hecho contrasta con el hecho de que la des-

⁴⁴ LYON (2017) p. 375.

⁴⁵ BUSTOS (2023) p. 25.

⁴⁶ *Op. cit.* p. 25 y ss. De la misma opinión son Alejandro Romero, Maite Aguirrezabal y Jorge Baraona, para quienes las reglas de interpretación contenidas en el CC “son reglas obligatorias para el intérprete. Sin no son aplicadas, nos parece que hay infracción legal que puede ser controlada por la vía del recurso de casación”. ROMERO, AGUIRREZABAL, BARAONA (2007) p. 251. Asimismo, ROMERO (2021) p. 278. En el ámbito comparado, contrasta con esta idea la opinión de Riccardo Guastini, para quien “en el mundo de *civil law* muchos códigos civiles (y a veces penales) pretenden limitar la discreción judicial dictando –a menudo en un ‘título preliminar’– disposiciones sobre las técnicas interpretativas y constructivas que pueden y/o deben ser empleadas por los jueces (y por los otros órganos de aplicación). // La interpretación en sentido estricto, sin embargo, es una actividad mental, no susceptible, en cuanto tal, de reglamentación. Se sigue que, pese a las apariencias, las disposiciones positivas que pretenden regularla no son, en efecto, reglas “sobre la interpretación”, sino más bien reglas sobre la argumentación de la interpretación elegida, con independencia del proceso mental mediante el cual el intérprete ha llegado a aquella conclusión”. GUASTINI (2015) p. 40. Una ampliación de esta idea puede verse en GUASTINI (2011) p. 307 ss. Cabe señalar, en todo caso, que la dogmática y jurisprudencia italianas son unánimes en aceptar que las normas sobre interpretación de contratos son verdaderas normas jurídicas cuya infracción comporta la censura de la sentencia a través de la casación. BIANCA (2000) p. 415 ss.; GENTILI (2015) p. 444 ss.

naturalización aparece como un pretexto para que la Corte realice su propia interpretación del contrato, con lo cual, en la práctica, el recurso de casación en el fondo está sirviendo para revisar la interpretación. En este apartado, interesa poner de manifiesto que ese entendimiento contrasta también con el tratamiento procesal y sustantivo que se les da a las reglas de interpretación contractual, tanto por las partes del recurso de casación como por la Corte Suprema⁴⁷.

Al efecto, cabe recordar que el recurso de casación en el fondo es de derecho estricto, así lo ha repetido en innumerables ocasiones la Corte Suprema, la cual ha precisado que dicho recurso ha de fundarse en la infracción a las *normas decisorias de la litis*. Alejandro Romero explica esta exigencia señalando:

“el recurso de casación quiere que la norma denunciada diga relación con las reglas jurídicas que han sido objeto de la controversia entre las partes”⁴⁸.

De suerte que no procede fundar la casación en el fondo en normas que, si bien formalmente tienen el carácter de ley, por estar contenidas al interior de un cuerpo normativo, no tienen el carácter de normas propiamente tales. Así lo ha resuelto expresamente la Corte Suprema a propósito de las reglas sobre interpretación de la ley de los artículos 19, 20 y 22 del CC:

“porque estas reglas solo constituyen principios o normas generales destinados a orientar la labor de los tribunales de justicia en su función específica y primordial de averiguar y fijar el recto y genuino sentido de la ley, para aplicarla con acierto a la resolución de las controversias de que conocen, porque es requisito primordial de este recurso que la infracción invocada influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, condición que no puede producirse sin relacionar aquellas reglas con una ley en que propiamente descansa el fallo, es decir, que tenga el carácter de *decisoria litis* [...]”⁴⁹.

Como se aprecia, esta idea parece perfectamente alineada con el entendimiento de que las normas de interpretación de los contratos no constituyen normas, sino “consejos” para los jueces. Siendo así, lo natural sería concluir que formalmente las normas sobre interpretación de los contratos tampoco son

⁴⁷ Una observación semejante también la realiza Carlos Ducci con remisión a numerosas decisiones jurisprudenciales, DUCCI (1989) p. 223.

⁴⁸ ROMERO (2021) p. 231.

⁴⁹ ROMERO, AGUIRREZABAL, BARAONA (2007) p. 230, n. 9 Véase también ROMERO (2013) p. 44 *ess.*; ROMERO (2021) p. 232, n. 406. Algo similar ha ocurrido con las normas sobre valoración de la prueba en que uno de los argumentos de la Corte Suprema para negarse a controlar mediante casación la valoración judicial de la prueba ha sido que se no se trata de normas decisorias de la litis. LARROUCAU (2017a) p. 319; LARROUCAU (2017b) p. 210.

aptas para fundar una casación en el fondo. En esta línea, podría razonablemente pensarse que su invocación en el escrito del recurso es superflua, que nada añade al argumento, toda vez que la única *norma* infringida sería el artículo 1545 del CC y, por tanto, su mención no sería una condición de admisibilidad del recurso. Esto, pues, al no ser *normas*, no quedarían bajo la previsión del artículo 785 del CPC, de modo que su omisión no impediría al tribunal dictar la sentencia de reemplazo⁵⁰. Más aún, tampoco sería necesario mencionarlas entre las normas infringidas a la hora de fundamentar la decisión de casar la sentencia, toda vez que el razonamiento judicial no debería fundarse –cuando menos no de manera exclusiva– en ellas. Lo cierto es que la práctica judicial es abiertamente contraria a estos planteamientos.

En efecto, como se anticipó en la introducción, en sus escritos de casación las partes suelen invocar como normas transgredidas a los diversos artículos sobre interpretación de los contratos, ya sea en bloque o, bien, refiriendo particularmente uno o más de ellos. A su turno, la Corte Suprema invoca las normas de interpretación contractual, tanto en el razonamiento conducente a juzgar la admisibilidad del recurso de casación en el fondo como en el razonamiento conducente a aceptarlo o rechazarlo⁵¹. De ello da cuenta la serie de fallos que ejemplificativamente se citan a continuación.

En un buen número de casos la Corte Suprema declara inadmisibles el recurso de casación en el fondo por no haberse denunciado como conculcadas las normas sobre interpretación de contratos.

Así, en fallo de 20 de diciembre de 2020, la Corte sostuvo:

“[...] Que hay, aún, otra razón que lleva a desestimar este capítulo de impugnación, y es que las aseveraciones formuladas por el recurrente, si bien se proponen como una errónea calificación jurídica de los perjuicios, inciden en definitiva en la interpretación de las cláusulas del contrato [...].

Ello hace necesario recordar que la interpretación de los contratos pertenece a la esfera de las facultades propias de los jueces de la instancia, sujeta a la revisión de esta Corte de Casación sólo en el evento que por tal labor se desnaturalice lo acordado por los contratantes, transgrediéndose con ello tanto la ley del contrato prevista en el artículo 1545 del Código Civil, como las normas de hermenéutica contractual consagradas en los artículos 1560 y siguientes del mismo compendio normativo.

⁵⁰ Este es, en efecto, el principal argumento de la Corte Suprema para declarar inadmisibles un recurso de casación que no menciona las normas que, a juicio de la Corte, tienen el carácter de decisorias de la litis en el caso concreto. ROMERO, AGUIRREZABAL, BARAONA (2007) p. 233; ROMERO (2021) p. 231.

⁵¹ A modo de ejemplo, CORTE SUPREMA (2023) rol 78693-2021.

Sin embargo, entre los preceptos cuya contravención se denuncia, no se encuentran los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, soslayando el recurrente uno de los fundamentos jurídicos que en propiedad e ineludiblemente resultaban pertinentes y de rigor, pues el fallo para arribar a la decisión de rechazar la pretensión indemnizatoria, primero ha establecido –como hechos de la causa, inamovibles– los términos de redacción del contrato y luego ha interpretado la voluntad de las partes plasmada en las distintas estipulaciones de dicho acuerdo.

En estas condiciones, al no venir acusado en el libelo de casación el quebrantamiento de la preceptiva sustantiva básica mencionada, su fuerza se ve radicalmente debilitada, pues la imputación de desacato a lo dispuesto en los artículos denunciados en el acápite en examen no puede, por sí sola, servir de apoyo idóneo al remedio procesal que se examina, por ser una condición fundamental del mismo que el yerro jurídico invocado influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, exigencia que no se cumple en la especie, pues no es posible constatar que los yerros denunciados hayan repercutido en forma determinante en la resolución del asunto de fondo que viene decidido, dado que nada se ha objetado respecto de las normas que permitieron configurar, mediante la interpretación del contrato, el real sentido y alcance de cada una de sus cláusulas, y la lectura del libelo de casación muestra que el recurrente se mantiene asilado en la defensa de las argumentaciones planteadas en el período de discusión de la litis, las que reitera y cuyo acogimiento insiste, empero, sin extender el fundamento de su postulado de nulidad a aquellas normas que en definitiva fundaron la decisión cuya anulación se pretende”⁵².

Asimismo, en fallo de 17 de julio de 2023, se lee:

“Si a este respecto la recurrente aduce que su confusa redacción conduce a concluir que el conocimiento de las disputas que enfrentan a las partes corresponde a la justicia ordinaria o aun a la arbitral, pero por un árbitro de derecho o mixto y si, a su turno, el fallo recurrido ha concluido que no existe la acusada vaguedad de la estipulación y que lo convenido no admite discusiones, es claro que el recurso debió dar por vulneradas las normas de hermenéutica contractual previstas en el Código Civil, aplicables desde luego a cualquier asunto en que se plantee semejante discusión, aun en el contexto de una demanda de nulidad de derecho público, más todavía si aquella sanción de ineficacia obedece a una errada interpretación y aplicación de una cláusula contractual, como se postuló en la especie.

⁵² CORTE SUPREMA (2020) rol 285-2019.

Sin embargo, la impugnante no estima vulneradas aquellas normas, particularmente los artículos 1560, 1562 y 1564 en su inciso final, del Código Civil, a cuyo alero se desarrollan los fundamentos expresados en el fallo [...]”⁵³.

Un razonamiento especular al anterior se encuentra en el fallo de 20 de septiembre de 2023, en el cual se afirma:

“6°.- Que el artículo 772 N°1 del Código de Procedimiento Civil sujeta el recurso de casación en el fondo a un requisito indispensable para su admisibilidad, esto es, que el escrito en que se interpone exprese, es decir, explicita en qué consisten y cómo se han producido el, o los errores, siempre que estos sean de derecho.

7°.-Que la exigencia consignada en el motivo anterior obligaba al impugnante a explicar los contenidos jurídicos discutidos; así, versando la controversia sobre los alcances de la relación contractual que unía a las partes del juicio, debió extender la infracción de ley— al menos— a los artículos 1560 a 1566 del Código Civil, por cuanto en tales preceptos se contienen las reglas que deben observarse al interpretar un contrato, particularmente al inciso tercero del aludido artículo 1564, en atención a que el recurso se construye con base en el reproche a la regla de interpretación práctica del contrato. En efecto, tales disposiciones fueron aplicadas en la sentencia recurrida, y corresponden a las que ciertamente, el recurrente pretende sean observadas en la sentencia de reemplazo que se dicte en el evento de ser acogido el presente arbitrio procesal, exigencia que no se satisface con la sola mención de los artículos que se estiman vulnerados, y al no hacerlo, genera un vacío que la Corte no puede subsanar dado el carácter de derecho estricto que reviste el recurso de nulidad intentado”⁵⁴.

A su turno, en fallo de 5 de mayo de 2023, tajantemente se señala:

“Que, atendido que en este juicio se demanda el cumplimiento de un contrato de seguro con indemnización de perjuicios, para lo cual la sentencia debió interpretar la mencionada convención, la exigencia

⁵³ CORTE SUPREMA (2023) rol 63437-2021. Véase también, CORTE SUPREMA (2023) rol 82485-2021; CORTE SUPREMA (2023) rol 78693-2021; CORTE SUPREMA (2023) rol 60644-2021, en este fallo la Corte señala expresamente que debieron haberse citado como normas conculcadas los artículos 1562 y 1564.

⁵⁴ CORTE SUPREMA (2023) rol 27371-2023. Exactamente en el mismo sentido, CORTE SUPREMA (2023) rol 141736-2023; CORTE SUPREMA (2023) rol 119651-2023; CORTE SUPREMA (2023) rol 19770-2023; CORTE SUPREMA (2023) rol 20144-2023; CORTE SUPREMA (2023) rol 136274-2022; CORTE SUPREMA (2023) rol 50759-2023.

consignada en el motivo anterior obligaba al impugnante a denunciar la transgresión de aquellos preceptos que sirven para resolver la cuestión controvertida. Sin embargo, el recurrente omite extender la infracción a los artículos 1489 y 1560 del Código Civil, teniendo en consideración que es precisamente dicha normativa la que se invoca en la etapa de discusión y sirvió de fundamento al pronunciamiento del fallo recurrido.

Y al no hacerlo genera un vacío que la Corte no puede subsanar, dado el carácter de derecho estricto que reviste el recurso de nulidad intentado, razón por la cual no se le dará tramitación⁵⁵.

El razonamiento contenido en los considerandos recién transcritos es abiertamente contradictorio con el entendimiento de que no se trata de verdaderas normas cuya infracción pueda fundar por sí misma un recurso de casación, pues, de ser así, sería irrelevante el hecho de si son o no mencionadas por el recurrente y bastaría con la referencia al artículo 1545. En doctrina, esta idea se aprecia en la obra de Carlos Ducci, para quien, en sustancia, no es necesario que se mencionen en el recurso aquellas reglas de interpretación que no corresponden a verdaderas normas jurídicas⁵⁶.

Asimismo, como se anticipó, existe una serie de fallos en que la Corte alude a la errónea aplicación de alguna norma de interpretación contractual

⁵⁵ CORTE SUPREMA (2023) rol 47080-2023. Es interesante reseñar la historia procesal de esta causa, toda vez que el recurrente presentó recurso de reposición haciendo presente que en su escrito de casación sí invocó la desnaturalización del contrato y, entre otros, al artículo 1545 del CC, lo cual es efectivo, según se aprecia de la lectura del mencionado escrito. Sin embargo, la Corte Suprema desestimó el recurso en atención a “que los argumentos expresados no logran desvirtuar los fundamentos tenidos en consideración al dictar la resolución recurrida”.

⁵⁶ El autor critica a la Corte Suprema el hecho de que en un considerando semejante a los transcritos exija la mención, en plural, de las normas contenidas en el título XIII del libro IV del CC, pues, a su juicio (de acuerdo con su entendimiento de la naturaleza jurídica de las normas contenidas en el citado título [véase n. 16]), “la violación debe referir específicamente al artículo 1560 –que es la que fija la obligación de atenerse a la voluntad de los contratantes– y a no a los otros del Título, que fijan condiciones y medios alternativos para buscar esa intención”. DUCCI (1989) p. 227. En la práctica, es posible observar que a la misma conclusión llegan algunos litigantes. A modo de ejemplo, puede citarse una causa de interpretación de contrato de seguro. En este caso, en el escrito de casación se lee una extensa reflexión en torno a que el fallo de apelaciones habría infringido el artículo 1545 del CC, al haber “desnaturalizado” el contrato, citando como normas infringidas únicamente los artículos 1545 y 589 del CC y el 512 del C.Com. La Corte Suprema, por su parte, señala: “Que, aún más, en el recurso de nulidad sustancial se esgrimen como exclusivamente vulneradas las normas aludidas en el motivo quinto [debió decir sexto] de este fallo, obviando el recurrente que la acción de cumplimiento de un contrato de seguros deducida en estos autos fue acogida sobre la base del artículo 1560 y siguientes del Código Civil”. CORTE SUPREMA (2022) rol 34104-2019.

como motivo fundante de la decisión de anular la sentencia recurrida, ello sin perjuicio de que en la mayoría de los casos se agrega como argumento formal que se ha infringido el artículo 1545. En este sentido puede verse la sentencia de 15 de febrero de 2021, que textualmente señala:

“Que, desde luego, las aclaraciones precedentes y los antecedentes del proceso que ya han sido reseñados resultan útiles para constatar que la sentencia impugnada ha errado gravemente al interpretar y calificar jurídicamente el contrato objeto de la litis, pues no existió discordancia entre las partes en cuanto a quién quedaba entregada la obligación de proporcionar los materiales para ejecutar la obra, sino que la controversia se orientó, por los propios litigantes, a determinar si tales materiales habían sido o no entregados. De esta forma, ha sido sin duda quebrantado el artículo 1564 del Código Civil, al desconocer la aplicación práctica del contrato en el sentido propuesto por los propios contratantes, quienes intentaron demostrar durante el curso litigioso conductas que presuponían que la obligación de entregar el material para la confección de las obras recaía en el mandante del contrato objeto de la litis.

Tal errónea interpretación desnaturalizó lo acordado por los contratantes, transgiriéndose con ello la ley del contrato prevista en el artículo 1545 del Código Civil y de paso también el artículo 1996 del Código de Bello, al calificar al contrato de construcción como uno de compraventa y no de arrendamiento, lo que a su vez condujo a que la pretensión indemnizatoria fuera analizada a la luz de las reglas generales y no conforme a la normativa especial contemplada para dicha clase de contrato en el artículo 1999 del cuerpo legal ya citado”⁵⁷.

De forma igualmente categórica se pronunció la Corte Suprema en un fallo del año 2012, en el cual sostuvo:

“Que la existencia de los contratos de mandato y prenda que vincularon a las partes que ahora litigan entre sí, es un hecho firme de la causa.

Es menester, entonces, dilucidar, en primer término, si los sentenciadores han incurrido en error de derecho en la aplicación de las normas sobre interpretación de los contratos, específicamente, respecto del artículo 1560 del Código Civil, dando por válido, como consecuen-

⁵⁷ CORTE SUPREMA (2021) rol 26857-2018. La misma idea se desprende CORTE SUPREMA (2014) rol 1859-2013 en el que también se acusa la infracción al artículo 1564 y luego se acoge el recurso de casación.

cia de ello, lo actuado por el demandado fuera de los contornos del mandato recibido del actor, según lo afirmado por éste”⁵⁸.

Acto seguido, la Corte realiza un extenso ejercicio de interpretación contractual, del cual concluye:

“Que lo expuesto revela, claramente, que el banco demandado no fue diligente en el cumplimiento de las obligaciones que, en su calidad de mandatario tenía, en lo tocante al mandato materia de esta causa, según aparece del claro tenor de las mismas. Así, los jueces del grado, al resolver como lo hicieron, no solamente infringieron el artículo 2116 del Código Civil, sino que también los artículos 1545 y 1560 del mismo cuerpo legal, desde que, con ocasión de la errada interpretación que hicieran de las normas contractuales, impuso a la actora deberes no pactados y dispensó, a su vez, a la entidad bancaria de aquellas obligaciones que a dicha parte le eran exigibles en atención al contrato de mandato tantas veces mencionado; el cual, por cierto, cumple con el requisito de los contratos principales a que se refiere el artículo 1492 del código citado [...] por estas consideraciones [...] se acogió el recurso de casación en el fondo [...]”⁵⁹.

Asimismo, en un fallo del año 2014, la Corte sostuvo:

“[...] Que de la forma como se ha analizado resulta entonces que la resolución impugnada, al confirmar aquella que rechazó la demanda efectivamente ha cometido error de derecho, toda vez que conculca las normas denunciadas en el arbitrio en estudio, particularmente los artículos 1437, 1489, 1545, 1546, 1556, 1560, 1563, 1996 del Código de Bello, defecto que, por supuesto, influye sustancialmente en lo dispositivo de lo resuelto, ya que en el presente caso cabía hacer lugar a lo menos en parte, a la demanda impetrada en autos.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que las transgresiones de ley y errores de derecho que se han advertido precedentemente son suficientes para acoger el recurso de nulidad sustancial formulado por la actora por haberse configurado los presupuestos que justifican anular el fallo censurado”⁶⁰.

⁵⁸ Cabe señalar que, acto seguido, la Corte repite la consabida regla de que la interpretación es una cuestión de hecho y que sólo procede la casación en el fondo por infracción al artículo 1545 cuando se desnaturaliza el contrato. CORTE SUPREMA (2012) rol 2319-2011.

⁵⁹ CORTE SUPREMA (2012) rol 2319-2011. Un caso más reciente en que también se considera “infringido” el artículo 1560 puede verse en CORTE SUPREMA (2021) rol 26857-2018.

⁶⁰ CORTE SUPREMA (2014) rol 2073-2013.

En otros fallos, más categóricos en cuanto al carácter de regla de los artículos 1560 a 1566, la Corte omite un pronunciamiento acerca del artículo 1545, considerando suficiente la mención a uno o más de los artículos sobre interpretación. Así, en sentencia de 28 de septiembre de 2020, se lee:

“[...] Que, en consecuencia, en la especie procedía desestimar la excepción del N° 7 del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil y disponer la prosecución de la ejecución y al no declararlo así, los jueces han infringido ese precepto y los artículos 1494, 1562, 1564 y 1478 del Código Civil, desacierto que ha tenido influencia substancial en lo dispositivo del fallo y que corresponde enmendar privando de validez a la sentencia mediante el acogimiento de la casación en el fondo interpuesta”⁶¹.

En síntesis, a luz de la jurisprudencia aparece claramente que el tratamiento que en los hechos se da a los artículos 1560 a 1566 del CC es el de verdaderas normas jurídicas, no de meros consejos o directrices para el juez, al punto que su mención se considera necesaria, incluso para la admisibilidad del recurso de casación en el fondo y que ellas se invocan a la hora de fundamentar la decisión de casar la sentencia, incluso con prescindencia del artículo 1545 del CC.

CONCLUSIONES

Como ha quedado demostrado a partir de la revisión jurisprudencial a la base de este texto, la afirmación tradicional y a esta altura uniforme de la Corte Suprema en orden a que la interpretación constituye una cuestión de hecho ajena al control de casación en el fondo, salvo en el caso de desnaturalización, ha dado lugar a que exista escasa claridad respecto de aquellos casos en que es admitida la revisión casacional y aquellos en que no lo es. Esto ha llevado a que, en los hechos, la cuestión pase más bien por si el máximo tribunal concuerda o no con la interpretación efectuada por los tribunales de instancia.

A su turno, no existe claridad respecto del tratamiento procesal que debe darse a los artículos 1560 a 1566 del CC, pues, por un lado, se continúa a sostener que ellos no contienen verdaderas normas, pero, por el otro, es posible observar numerosos fallos en que la Corte Suprema declara inadmisibile el recurso de casación en el fondo por no haber sido invocadas las reglas sobre la interpretación contractual que, a su juicio, tenían el carácter de *normas decisorias*

⁶¹ CORTE SUPREMA (2020) rol 4951-2019. Lo mismo se advierte en CORTE SUPREMA (2020) rol 15483-2018.

de la litis en el caso concreto. A su vez, existe una serie de casos en que la Corte funda su decisión de casar la sentencia de alzada precisamente en la infracción de uno o más de los artículos 1560 a 1566 del CC, llamando especialmente la atención aquellos casos en que se trata de artículos distintos del 1560, que para algunos autores sí tendría el carácter de norma propiamente tal.

Ante este panorama, resulta oportuno replantearse la cuestión acerca de si la interpretación es efectivamente una cuestión de hecho o si, más bien, ella comporta una cuestión doble: de hecho y de derecho, lo que, a su vez, implica reconocerles el carácter de normas jurídicas a las disposiciones legales que la gobiernan, tal y como ocurre en el extranjero y como ha sido planteado por un sector de la doctrina nacional. Desde esta óptica, en la motivación de la sentencia el juez deberá explicitar las normas o principios que le han permitido arribar a la decisión adoptada, de suerte que la parte que se sienta perjudicada pueda, en primer lugar, recurrir de casación en la forma por defecto de fundamentación si es que no indica las normas o principios sobre las cuales falló y, en segundo lugar, recurrir de casación en el fondo, denunciando la infracción de ley cometida por el juzgador a través de la errónea aplicación de las reglas de interpretación aducidas o, bien, por no haber aplicado aquella que correspondía.

En síntesis, con este artículo ha quedado en evidencia la necesidad de reflexionar acerca del tratamiento que la Corte Suprema está dando a la interpretación y la oportunidad de mantenerse ancorados al concepto de desnaturalización como puerta de entrada al recurso de casación en el fondo. Cabe mencionar que no se postula la idea de restringir la revisión de la interpretación por parte de la Corte Suprema, sino de abogar por un esquema que permita discernir adecuadamente en qué casos y bajo qué supuestos ella es procedente, comenzando por reconocer abiertamente el razonamiento interpretativo implica una cuestión de derecho y no solo de hecho. Desde luego, esto no simplifica al máximo las cosas, pues siempre resultará discutible el punto en que se pasa desde el plano puramente fáctico al jurídico, pero desde luego arrojará luces sobre un buen número de casos, disminuyendo así la zona de penumbra y entregando mayor certeza a los operadores jurídicos. Se espera, entonces, que este estudio sirva de base para futuras investigaciones sobre la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE R. Enrique, BOETSCH G. Cristián (2021): *Teoría general del contrato. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- ALCALDE SILVA, Jaime (2006): "Una nueva lectura de las normas de interpretación de los contratos", en Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), *Estudios de derecho civil II* (Santiago: AbeledoPerrot) pp. 549-570.

- ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio (1998): *Tratado de derecho civil. Partes preliminar y general*, tomo II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2020): “Riesgos en la interpretación de un contrato entre partes sofisticadas”, en Barriá Díaz, Rodrigo, Ferrante, Alfredo, San Martín Neira, Lilian C. (eds.), *Presente y futuro del derecho contractual* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 205-219.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2008): “Panorama doctrinal de la interpretación de los contratos en Chile”, en Guzmán Brito Alejandro (ed.), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 455-470.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2016): “La interpretación contractual: una insistencia en su giro objetivo”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), *Estudios de Derecho Civil XI* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 439-449.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier (2016): *El código civil. Su jurisprudencia e historia* (Santiago: Thomson Reuters).
- BIANCA, C. Massimo (2000): *Il diritto civile 3. Il contratto* (Milano, Giuffrè, terza edizione).
- BUSTOS DÍAZ, María (2023): *Interpretación de contratos. Y la buena fe como criterio de interpretación e integración contractual* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- CLARO SOLAR, Luis, (2015): *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. VI (reimpresión del tomo duodécimo de la obra original, Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- COLOMA CORREA, Rodrigo (2023): “Trasfondos de interpretación contractual. Una propuesta de superación de la distinción entre interpretación objetiva y subjetiva”, *Ius et Praxis* año 29 n.º 1: pp. 232-249.
- CORNEJO, Pablo (2019): “La problemática calificación e interpretación de los contratos complejos y su control mediante la casación en el fondo (comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 14 de diciembre de 2017, rol N° 67394-2016)”, *Revista Jurídica Digital UANDES* vol. 3 n.º 2: pp. 137-149.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (2016): *El negocio jurídico* (reproducción facsimilar de la edición de 1971. Madrid: Civitas/Thomson Reuters).
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2017): “Algunos aspectos civiles de la casación”, en Schopf Olea, Adrián y Marín González, Juan Carlos (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 1017-1039.
- DUCCI CLARO, Carlos (1989): *Interpretación jurídica* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- GENTILI, Aurelio (2015): *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti* (Torino: Giappichelli).
- GONZÁLEZ CASTILLO, Joel (2019): “Las reglas de interpretación de los artículos 1561 a 1566”, en Barriá Paredes, Manuel y otros (dirs. y coords.), *Estudios de derecho privado*

- en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 403-422.
- GUASTINI, Riccardo (2011): *Interpretare e argomentare* (Milano, Giuffrè).
- GUASTINI, Riccardo (2015): "Interpretación y construcción jurídica", *Isonomía*, n.º 43: pp. 11-48.
- JOHOW SANTORO, Christian (2005): "La interpretación del contrato y la buena fe", en Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (eds.), *Estudios de derecho civil* (Santiago: LegalPublishing) pp. 213-233.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2017a): "Leyes reguladoras de la prueba: de la soberanía judicial al control deferente de la Corte Suprema", en *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile) vol. 30 n.º 1: pp. 311-331.
- LARROUCAU TORRES, Jorge (2017b): "Los fines de la casación por valoración de la prueba", en Palomo Vélez, Diego (dir.), *Recursos procesales. Problemas actuales* (Santiago: DER Ediciones) pp. 209-237.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (1971): *Sistemas de interpretación de los contratos* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge; ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2017): *Los contratos. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. (2016): "Capítulo IV. De la interpretación de los contratos" en Cañizares Laso, Ana *et al.* (dir.), *Código civil comentado volumen III* (Cizur Menor: Civitas/Thomson Reuters, segunda edición) pp. 668-683.
- LYON PUELMA, Alberto (2006): "La voluntad virtual derivada de la "naturaleza" del contrato determinada por su causa", en Corral Talciani, Hernán y RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (eds.), *Estudios de derecho civil II* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 753-792.
- LYON PUELMA, Alberto (2017): *Integración, interpretación y cumplimiento de contratos* (Santiago: Ediciones UC).
- MITCHEL, Catherine (2007): *Interpretation of Contracts* (Oxon: Routledge-Cavendish).
- MONTERO IGLESIAS, Marcelo (2006): "Notas sobre el impacto del consentimiento en la interpretación del contrato entre partes sofisticadas", en De la Maza Gazmuri, Iñigo (ed.), *Cuadernos de Análisis Jurídicos III*. Colección Derecho Privado (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.) pp. 115-129.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2019): "Notas sobre el alcance del artículo 1566 inciso segundo del código civil chileno", en Barriá Paredes, Manuel y otros (dirs. y coords.), *Estudios de derecho privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 515-546.
- PRADO LÓPEZ, Pamela (2020): "El error en el sentido y alcance de las cláusulas del contrato: desde la interpretación hasta la invalidación", en Barriá Díaz, Rodrigo, Ferrante Alfredo, San Martín Neira, Lilian C. (eds.), *Presente y futuro del derecho contractual* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 221 -244.

- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2013): *El recurso de casación en el fondo civil* (Santiago: Thomson Reuters).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2021): *Curso de derecho procesal civil*, tomo v: Los medios de impugnación (Santiago: Thomson Reuters).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro; AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite y BARAONA GONZÁLEZ, Jorge (2008): “Revisión crítica de la causal fundamente del recurso de casación en el fondo en materia civil”, *Ius et Praxis* año 14 n.º 1: pp. 222-259.
- RUBIO VARAS, Francisco (2020): “Una aproximación al artículo 1563, inciso primero. La naturaleza del contrato como elemento de interpretación en el código civil chileno”, en Elorriaga de Bonis, Fabián (ed.), *Estudios de derecho civil XV* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 665-683.
- RUBIO VARAS, Francisco (2023a): “Titulo XIII. De la interpretación de los contratos”, en Amunátegui Perelló, Carlos (ed.), *Comentario histórico-dogmático al libro IV del Código Civil de Chile* (Santiago: Tirant lo Blanch) pp. 443-469.
- RUBIO VARAS, Francisco (2023b): “Contra el dogma de la “desnaturalización en la interpretación contractual”, en Pinoche Olave, Ruperto (dir.), *Estudios de derecho civil XVI* (Santiago: Tirant lo Blanch) pp. 585-596.
- VIGLIONE, Filippo (2011): *Metodi e modelli d'interpretazione del contratto* (Torino: Giappichelli).

Jurisprudencia citada

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2021): rol 9551-2019, 14 de diciembre de 2021.
- CORTE SUPREMA (2012): rol 2319-2011, 12 de enero de 2012.
- CORTE SUPREMA (2012): rol 4514-2010, 5 de marzo de 2012.
- CORTE SUPREMA (2012): rol 4514-2010, 5 de marzo de 2012.
- CORTE SUPREMA (2014): rol 1859-2013, 28 de mayo de 2014.
- CORTE SUPREMA (2014): rol 2073-2013, 29 de mayo de 2014.
- CORTE SUPREMA (2015): rol 120-2015, 4 de agosto de 2015.
- CORTE SUPREMA (2016): rol 3157-2015, 29 de enero de 2016.
- CORTE SUPREMA (2016): rol 35118-2016, 24 de octubre de 2016
- CORTE SUPREMA (2016): rol 13765-2016, 28 de noviembre de 2016.
- CORTE SUPREMA (2016): rol 19267-2015, 19 de diciembre de 2016.
- CORTE SUPREMA (2017): rol 89651-2016, 6 de marzo de 2017.
- CORTE SUPREMA (2019): rol 2491-2018, 16 de enero de 2019.
- CORTE SUPREMA (2020): rol 20875-2018, 7 de enero de 2020.
- CORTE SUPREMA (2020): rol 22977-2019, 9 de enero de 2020.

CORTE SUPREMA (2020): rol 29922-2019, 13 de marzo de /2020.
CORTE SUPREMA (2020): rol 15483-2018, 27 de abril de 2020.
CORTE SUPREMA (2020): rol 31349-2018, 22 de mayo de 2020.
CORTE SUPREMA (2020): rol 41162-2019, 13 de julio de 2020.
CORTE SUPREMA (2020): rol 10110-2019, 15 de julio de 2020.
CORTE SUPREMA (2020) rol 21060-2020, 21 de julio de 2020.
CORTE SUPREMA (2020): rol 24212-2019, 23 de julio de 2020.
CORTE SUPREMA (2020): rol 4951-2019, 28 de septiembre de 2020.
CORTE SUPREMA (2020): rol 4541-2019, 30 de noviembre de 2020.
CORTE SUPREMA (2020): rol 285-2019, 20 de diciembre de 2020.
CORTE SUPREMA (2021): rol 87085-2021, 26 de enero de 2021.
CORTE SUPREMA (2021): rol 26857-2018, 15 de febrero de 2021.
CORTE SUPREMA (2021): rol 3730-2019, 26 de marzo de 2021.
CORTE SUPREMA (2021): rol 13370-2019, 30 de abril de 2021.
CORTE SUPREMA (2021): rol 16956-2019, 8 de junio de 2021.
Corte Suprema (2021): rol 97198-2020, 29 de junio de 2021.
CORTE SUPREMA (2020): rol 21060-2020, 21 de julio de 2021.
CORTE SUPREMA (2021): rol 69649-2020, 12 de noviembre de 2021.
CORTE SUPREMA (2021): rol 42912-2021, 17 de noviembre de 2021.
CORTE SUPREMA (2021): rol 33474-2019, 28 de diciembre de 2021.
CORTE SUPREMA (2021): rol 71963-2021, 29 de diciembre de 2021.
CORTE SUPREMA (2022): rol 2552-2020, 10 de enero de 2022.
CORTE SUPREMA (2022): rol 63190-2021, 21 de enero de 2022.
CORTE SUPREMA (2022): rol 76704-2020, 23 de febrero de 2022.
CORTE SUPREMA (2022): rol 91924-2021, 28 de febrero de 2022.
CORTE SUPREMA (2022): rol 34101-2019, 4 de marzo de 2022.
CORTE SUPREMA (2022): rol 34104-2019, 4 de marzo de 2022.
CORTE SUPREMA (2022): rol 93-2021, 14 de abril de 2022.
CORTE SUPREMA (2022): rol 1542-2022, 12 de mayo de 2022.
CORTE SUPREMA (2022): rol 11000-2022, 6 de septiembre de 2022.
CORTE SUPREMA (2022) rol 67552-2022, 6 de diciembre de 2022.
CORTE SUPREMA (2022): rol 21291-2019, 20 de diciembre de 2022.
CORTE SUPREMA (2023): rol 18118-2019, 24 de marzo de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 47080-2023, 5 de mayo de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 134198-2020, 17 de mayo de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 60644-2021, 19 de mayo de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 136274-2022, 23 de mayo de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 82485-2021, 24 de mayo de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 20144-2023, 22 de junio de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 19770-2023, 30 de junio de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 78693-2021, 14 de julio de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 63437-2021, 17 de julio de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 21085-2023, 19 de julio de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 119651-2023, 28 de julio de 2023.

CORTE SUPREMA (2023), rol 50759-2023, 14 de agosto de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 141736-2023, 4 de septiembre de 2023.

CORTE SUPREMA (2023): rol 27371-2023, 20 de septiembre de 2023.

¿PUEDE EL CONSERVADOR
DE BIENES RAÍCES NEGARSE A INSCRIBIR
UNA COMPRAVENTA POR FIGURAR
EN LA HISTORIA REGISTRAL
UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO
RESPECTO DEL MISMO INMUEBLE?

IS IT WITHIN THE PURVIEW
OF THE REGISTRAR OF REAL ESTATE
TO DECLINE THE REGISTRATION
OF A SALE IF THE PROPERTY'S HISTORICAL
REGISTRY EV-IDENCES A RECORDED LEASE
CONTRACT FOR THE SAME PROPERTY?

*Cristián Eduardo Aedo Barrena**
*Renzo Munita Marambio***

RESUMEN: Nuestro sistema registral reposa en el mandato que se le dirige al Conservador de Bienes Raíces, cual corresponde a su deber de inscribir sin retardo los títulos que se le presenten. En el marco de lo indicado, el funcionario en referencia puede, sin embargo, negarse a inscribir excepcionalmente, cuando concurren algunas de las hipótesis consignadas en los artículos 13 (objeto de nuestro estudio) y 14 del Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces. Cabe referir que el evocado artículo 13 habilita al funcionario en referencia a objetar una solicitud de inscripción en atención de defectos formales que hagan de algún modo inadmisibles la inscripción solicitada, o que de la lectura del título se desprenda que concurre un vicio que lo anula absolutamente, llegándose a afirmar que lo mismo acontece respecto de un vicio de nulidad relativa. El análisis que se plantea persigue abordar si es que el rechazo pue-

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

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

de ser amparado en la constatación de un arrendamiento que recae sobre el inmueble que tiene relación con inscripción que se requiere.

PALABRAS CLAVE: Conservador de Bienes Raíces, inscripción (rechazo de), defecto formal, vicio de nulidad, arrendamiento.

ABSTRACT: Our registration system is based on the mandate given to the Registrar of Real Estate, which corresponds to their duty to promptly register the titles presented to them. However, the referring official can exceptionally refuse to register in certain circumstances outlined in Articles 13 (the subject of our study) and 14 of the Registry of Real Estate Regulations. It should be noted that Article 13 allows the official to object to a registration request due to formal defects that make the requested registration inadmissible, or if the reading of the title reveals a defect that nullifies it completely, even in cases of relative nullity. The analysis being conducted aims to examine whether the refusal can be based on the existence of a lease agreement relating to the property in question and the registration being requested.

KEYWORDS: registrar of Real Estate, registration (rejection of), formal defect, nullity defect, lease.

INTRODUCCIÓN

La dualidad título-modo en el sistema chileno reposa sobre la base de dos constructos dogmáticos: el primero, es una estricta separación entre derechos, es decir, el confornte entre derecho real y derecho personal, ambos concebidos, *prima facie*, como un *ius personalis*. El segundo, una diferenciación, también estricta, entre el contrato, como fuente obligacional y el modo, como mecanismo de adquisición del derecho real. Entre ambas categorías hay puntos de contacto: hay derechos reales, en efecto, con una fuerte carga personal y, una comprensión extensiva del contrato, como equivalente a la convención, que no permite distinguir en todo caso el título del modo.

El esquema título-modo era propio de la figura de la *traditio* y de la posesión.

Para la tradición histórica, el poseedor de la cosa, no siendo dueño, puede transferir la cosa (hace tradición), aunque sus alcances son distintos, según sea dueño o no. Como dice Ulpiano, *Comentario a Sabino*, libro XXIX, en el pasaje del D. 41, 1, 20pr.:

“Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur qui dominium in fundo habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert” (La entrega no debe ni puede transferir al que recibe nada más que lo que hay en poder del que entrega. Si, pues, uno tuvo el dominio sobre un fundo, lo transfiere al entregarlo; y si no lo tuvo, no transfiere nada al que lo recibe).

Y también Papiniano, Cuestiones, en *D.* 41, 3, 44, 1 dice:

“Constat, si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore, quo dominus ratus habet, traditionem tempus insciendum, remque meam fieri” (Es sabido, que si me vendieras una cosa sabiendo yo que era ajena, pero me la entregaras al tiempo en que su dueño lo ratifica, se ha de atender al tiempo de la entrega, y la cosa se hace mía)¹.

Aunque con ciertas diferencias entre el régimen romano y sistema codificado chileno, nadie puede poner en duda que, en esencia, el esquema aquí presentado es el mantenido en el *Código* de Bello², en el sentido de que la tradición opera, bien en la adquisición del dominio y pone al propietario en posesión (causa de la posesión en términos romanos), bien coloca al adquirente en calidad de poseedor, lo constituye como tal y permite ganar la cosa por prescripción (artículos 670, 671, 682, 683 y 702, entre otros)³. Es opinión unánime, por tan-

¹ Muchos pasajes expresan la idea de que la *traditio* cumple papeles diferenciados, según si el tradente es o no dueño. La adquisición de una cosa ajena permite ganar por *usucapio*, con lo que la posesión importa tradición. Véase *D.* 41, 3, 33, 1 (Juliano, *Digesto, libro XLIV*); *D.* 41, 3, 44, 4 (Papiniano, *Comentarios*); *D.* 41, 4, 2, 21 (Paulo, *Comentarios al Edicto*).

² Sobre las diferencias históricas entre propiedad y dominio, véase AEDO (2016) p. 49 y ss. Y sobre el tratamiento de las cosas incorporales y corporales, AEDO (2019a) pp. 180-183.

³ La precisión terminológica reviste consideración. Pudiera pensarse que la disposición equivale a tradición. Tomemos nota de un ejemplo. PEÑAILILLO (2019) p. 137, nos dice que el dueño dispone jurídicamente cuando celebra negociaciones sobre la cosa (arrendamiento, comodato) o la grava (con prenda o hipoteca) o la transfiere a un tercero; en cambio, ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC (2001) p. 54, nos señalan que la facultad de disposición y, por tanto, la enajenación, supone transferir el dominio a otro. Ello querría decir que el poseedor, en estricto rigor, no podría disponer, si por ello se entiende transferir el dominio y no de modo más general, como consideramos más adecuado, de hacer la tradición. En efecto, pensar en la disposición como equivalente a la transferencia del dominio supone el problema de que, para que ello ocurra, el tradente debe ser dueño; luego, el adquirente deberá demostrar, además de la tradición, que quien le hizo la tradición era dueño, pero la condición de dueño del tradente también supone que este, a su vez, recibió de un sujeto que era dueño. Por ello, la *traditio* en nuestro sistema prueba de modo inmediato la posesión y no el dominio. Configurado así el sistema, parecería más razonable pensar que la disposición de una cosa debe interpretarse como la posibilidad (revestida de facultad o no), de hacer la tradición; en otras palabras, que disponer significa transferir, como sinónimo de hacer tradición, sea el tradente dueño o no de la cosa y cumpliendo, en tales casos la tradición, papeles diferenciados.

to, que el poseedor puede, en los hechos, hacer tradición de la cosa y disponer de ella, aunque con efectos distintos⁴. Por su parte, el titular puede disponer del derecho real (en este caso, del dominio), solo el titular, en la doctrina viene discutiéndose desde hace tiempo la denominada facultad de disposición como un *quid* diferenciado del derecho subjetivo, que puede tener una significación autónoma (en los casos, por ejemplo, de transferencia realizada por un tercero)⁵.

En materia de inmuebles, la distinción entre título-modo, resulta mediada a través de un sistema de registro que permite la concreción del acto traditivo, y que opera en virtud de la referida inscripción, conforme al artículo 686 del *Código Civil*. Por esta razón, parece cuestionable la aproximación que se aprecia en el Registro y en el sistema implementado por Andrés Bello, en el sentido de desprender un completo desapego de las reglas de la inscripción-tradición respecto de la posesión. Como afirma Mauricio Astudillo, el plan trazado por Andrés Bello habría importado el tránsito de un mecanismo que afirmara la posesión, a un régimen de certeza del dominio⁶.

Con todo, esta lectura no puede obviar la íntima relación entre inscripción y posesión que, amén del derrotero histórico se consagra en los artículos 682, 683, 702 y 703 del *Código Civil*, en términos tales, que, la inscripción, como mecanismo de tradición, no puede desapegarse de la suerte de título y, por tanto, del carácter del tradente. Así, aunque Andrés Bello hubiese inspirado su sistema registral en el sistema alemán⁷, la estructura de la *traditio* es profundamente romana y a ella se debe el sistema registral⁸.

Sin perjuicio de todo ello, debemos tener presente que el *Código*, a propósito de la posesión, hace sinónimas las voces ‘tradición’ y ‘enajenación’. En efecto, el *Código* no tiene problema alguno para admitir que el poseedor pueda enajenar, tenga o no el dominio sobre la cosa. Veamos algunas normas. El artículo 704 n.º 3, dispone: “No es justo título: 3º El que adolece de un vicio de nulidad, como la enajenación que debiendo ser autorizada [...]”; el artículo 728 prescribe: “Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, o por decreto judicial”; finalmente, el artículo 730: “Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa”.

⁴ Por todos, PEÑAILILLO (2019) pp. 225-227. El artículo 841 del proyecto de 1853 disponía: “Para que la tradición produzca posesión civil, no es necesario el dominio del tradente, con tal que posea, a lo menos naturalmente; pero se requieren todas las otras condiciones expresadas en el título precedente”. La posesión civil, equivalente a nuestra actual posesión regular, era la que procedía de justo título y buena fe, como lo dispone ahora el artículo 702.

⁵ Sobre este problema, véase DIEZ-PICAZO (2008) pp. 947-948.

⁶ ASTUDILLO (2018) pp. 133-137.

⁷ Véase SEPÚLVEDA (2014) p. 30 y ss.

⁸ Lo reconoce así el propio ASTUDILLO (2018) pp. 139; 141, reclamando el carácter causado de la tradición y apuntando que allí debiese operar una reforma, para suscribir el sistema chileno en uno más conforme al alemán: “Esta parte de la doctrina no advierte que las debilidades de la

Por último, la afirmación de que la posesión inscrita en el sistema registral se rige exclusivamente por las reglas del derecho común es cuestionable. La discusión sobre los alcances de la inscripción es conocida, pero hay una fuerte tendencia jurisprudencial y doctrinaria a otorgar protección al registro, con independencia de la situación real de la posesión⁹.

Evidentemente, estas visiones influyen en el alcance que deben darse a las atribuciones del Conservador para la calificación registral. En efecto, considerar que el registro es prueba del dominio y no de la posesión¹⁰, y establecer a través de esta lectura una mayor certeza del sistema, traduce también una manera de otorgar mayores facultades a los conservadores, de cara a la calificación.

I. CALIFICACIÓN REGISTRAL, DEBER DE TUTELA Y RESPONSABILIDAD DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES

Como hemos adelantado, el problema que analizamos tiene directa relación con las facultades que el ordenamiento confiere al Conservador de Bienes Raíces,

inscripción, que en todo caso no tienen la entidad que se denuncia, no tienen su fuente específica en el sistema registral, sino más bien en el sistema translaticio general al ser solo consecuencia necesaria e ineludible de la recepción del principio general *nemo dat quod non habet*; o sea, que el mayor problema de nuestro registro radica en el hecho de ser solo tributario de los principios del Derecho Común y que, en verdad, lo que habría que estudiar es el alejamiento de la concepción extremadamente causalista de nuestro sistema jurídico translaticio del dominio”.

⁹ Como señala PEÑAILILLO (2019) p. 1510: “Si se concibe la inscripción como símbolo de la posesión, en términos absolutos y excluyentes, se puede concluir que no hay privación, y ni siquiera turbación (entonces, el afectado habría de recurrir a la querrela de restablecimiento, si el despojo fue violento y actúa dentro de seis meses, como se verá pronto; a una acción de precario, por el art. 2195; a alguna innominada ordinaria en que se discutirían dominio y posesión; a la criminal de usurpación; al recurso de protección); en este extremo, sólo habría turbación si alguien pretende inscribir el mismo inmueble a su nombre, y privación de posesión si efectivamente se inscribe (con efecto cancelatorio). Si se le tiene sólo como garantía de posesión, la cual siempre es tenencia con ánimo de dueño, en el caso propuesto habría sin duda turbación de la posesión, lo que daría fundamento a acción posesoria de amparo. Por último, bien puede entenderse que aun en los inmuebles inscritos la posesión material es un elemento fundamental, y al privarse de ella, se estaría privando del aspecto o fase material de la posesión, y por lo menos habría un despojo parcial”. Para este problema, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en clave de querellas posesorias, véase el trabajo de uno de nosotros, AEDO (2019b) p. 38 y ss.

¹⁰ Para el papel de la inscripción como prueba del dominio y no de la mera posesión, SEPÚLVEDA (2014) pp. 268-278. En SEPÚLVEDA (2018) p. 112 advierte: “Hoy no nos cabe duda alguna de que la inscripción conservatoria constituye plena prueba del dominio o de la titularidad del respectivo derecho real inmueble, lo que no obsta a que judicialmente se pueda demostrar lo contrario (presunción *iuris tantum*). Este principio de legitimación registral se ve reforzado por la eficacia constitutiva de la inscripción y por, a lo menos, tres principios registrales plenamente identificables desde los inicios de nuestro sistema: prioridad registral, tracto sucesivo y, precisamente, calificación registral”.

y que tienen relación con el problema conocido como “calificación registral”, que puede ser entendido como la puesta en marcha del proceso de reflexión a cargo del referido funcionario, en línea de determinar la aptitud o inaptitud del título respectivo, en lo que refiere a su eventual inscripción. En otros términos, el proceso de calificación registral tiene relación con una función consistente en el deber de:

“valorar la legalidad del instrumento [...] pues en un sistema de inscripción constitutiva, como el nuestro, a cada circunstancia, aunque sea descriptiva del inmueble, el Conservador debe verificar que se reúnen los requisitos legalmente establecidos, entre otros, la identificación, ubicación y delimitación del inmueble”¹¹.

Como veníamos indicando, en la medida que el sistema registral debe dar fe del dominio o de otros derechos reales sobre los inmuebles, el carácter preventivo de la calificación ha de propender que las inscripciones reflejen situaciones legalmente perfectas¹².

De lo anterior se desprende, entonces, que es razonable que se haga pensar sobre el Conservador el poder fiscalizador del objeto del título cuya inscripción se solicita, esto es: que el inmueble permita ser identificado como tal, su situación material, es decir, donde se encuentra, y su delimitación, pero otra cosa es extender dicha competencia a aspectos que escapan a sus prerrogativas. Justamente, el caso concreto propuesto tiene relación con el análisis de la extensión del título.

En línea con lo expuesto, mencionamos que la referida labor descansa en lo que es de ordinario conocido como principio de legalidad. Es relevante la vinculación del concepto con el referido principio, pues de ella se desprende que, si el Conservador se aleja de lo que el Reglamento le indica de forma imperativa, esto es, inscribir, al margen de las causales que el mismo cuerpo normativo lo facultan para no hacerlo, pone en cuestionamiento su responsabilidad¹³.

Así las cosas, no se debe pensar que es solo la omisión de un gravamen en un certificado solicitado, o la práctica de una inscripción en circunstancias

¹¹ OTÁROLA (2022) p. 9.

¹² SEPÚLVEDA (2018) p. 114; ZÁRATE (2019) p. 200.

¹³ Por tanto, la doctrina tradicional entiende que las atribuciones del Conservador deben leerse a partir de una regla general (el deber de inscribir), y unas excepciones (consignadas en los artículos 13 y 14, que deben leerse en clave restrictiva. Por todos, PEÑAILILLO (2019) p. 824. Una lectura distinta, por ejemplo, se encuentra en ZÁRATE (2019) pp. 211-212, quien entiende que no hay una regla general versus excepciones (casos de negativa), sino una regla que debe conjugarse con las facultades de control del Conservador. En otras palabras, que lo que debe inscribirse es un título perfecto.

que aquella no debía hacerse lo que conduce a su compromiso de responsabilidad, pues lo es también el que no inscriba cuando debe hacerlo.

Lo que sostenemos permite afirmar que la negativa injustificada a inscribir compromete por una su parte responsabilidad disciplinaria, pues tal como enseñan Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic:

“puede ser condenado a pagar una multa por las faltas y omisiones producidas en el desempeño de su cargo. Así es sancionado con multa si hace, niega, o retarda indebidamente alguna inscripción, si no anota en el Repertorio los títulos en el acto de recibirlos, etc. (Reglamento arts. 96 a 98)”¹⁴

y por otra, la civil, en línea de ser posible postular la condena indemnizatoria en el marco de lo dispuesto por el artículo 2314 del *Código Civil*—en el marco de una eventual condena de costas procesales y personales, por ejemplo— como de especiales normas del reglamento y que son aplicables, a saber: artículo 8 en la parte en que indica:

“[...] y dará fianza, constituirá hipoteca o depositará en arcas fiscales letras de la Caja Hipotecaria para responder de toda omisión, retardo, error y, en general, de toda falta o defecto que en el ejercicio de su cargo pueda serle imputable”;

artículo 12, donde dice: “El Conservador inscribirá en el respectivo Registro los títulos que al efecto se le presenten”; artículo 13, que ordena: “El Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones [...]” y el artículo 96, que exhorta:

“El Conservador, independientemente de la responsabilidad a que es obligado por los daños y perjuicios que ocasionare, podrá ser condenado a pagar una multa de dos a veinte pesos [...] si incurre en otra falta u omisión, contraviniendo las leyes y lo dispuesto en este Reglamento”¹⁵.

En términos generales el Conservador tutela que el resultado del requerimiento, en caso de ser positivo y que la inscripción tenga lugar, refleje que el título presente el mérito de ser considerado como uno inscribible, toda vez que lo que se le exhibe reviste el cumplimiento de normas legales, preceptos que en general son reveladores de requisitos de forma; mientras que, en caso de ser negativo, revele en sí mismo el ejercicio del control de legalidad efectuado en el cumplimiento de sus facultades. Por esto es que se indica:

¹⁴ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2001) p. 236.

¹⁵ Véase en este sentido, SEPÚLVEDA (2014) pp. 235-236.

“de lo contrario tendríamos que aceptar la concepción de que la oficina del Conservador es simplemente un receptáculo o buzón, cuestión que advertimos desde ya, dista profundamente de la realidad”¹⁶.

II. CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES Y RECHAZO DE UNA INSCRIPCIÓN: ESPECIAL INTERÉS EN LO REGULADO POR EL ARTÍCULO 13 DEL REGLAMENTO

De lo expuesto resulta relevante revisar las disposiciones que habilitan al Conservador de Bienes Raíces a rechazar una inscripción.

En este sentido, el artículo 13 del Reglamento del Conservador de Bienes señala:

“[...] deberá, no obstante, negarse, si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles; por ejemplo, si no es auténtica o no está en el papel competente la copia que se le presenta; si no está situada en el departamento o no es inmueble la cosa a que se refiere; si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58; si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente, o si no contiene las designaciones legales para la inscripción”.

A su turno el artículo 14 del mismo texto normativo expresa:

“Si el dueño de un fundo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas, y después de inscrito por uno de los compradores apareciese el otro solicitando igual inscripción; o si un fundo apareciese vendido por persona que según el Registro no es su dueño o actual poseedor, el Conservador rehusará también la inscripción hasta que se le haga constar que judicialmente se ha puesto la pretensión en noticia de los interesados a quienes pueda perjudicar la anotación.

Los fundamentos de toda negativa se expresarán con individualidad en el mismo título”.

Podrá apreciarse, entonces, que las facultades que tiene el Conservador de Bienes Raíces para poder rechazar una inscripción requerida en el marco de sus funciones son limitadísimas. De aquí que nuestro sistema registral sea presentado como uno de escasa legalidad. Lo indicado va en línea con las exhortaciones que se desprenden del mismo reglamento en el sentido de establecer que el Conservador debe inscribir y sin retardo, tal como preceptúan el citado artículo 13, en la parte en que indica: “El Conservador no podrá

¹⁶ZÁRATE (2019) p. 212.

rehusar ni retardar las inscripciones”, y también el artículo 70, que ordena: “Admitidos los títulos, el Conservador, conformándose a ellos, hará sin retardo la inscripción”. En línea con lo expuesto, no hay otra posibilidad que lo ordenado por el artículo 13, es reflejo de una:

“norma que es de naturaleza imperativa por lo que importa un mandato que hay que obedecer, o al menos eso es que lo que se colige de su simple lectura (sic)”¹⁷.

En consecuencia, un gravamen que importa derechos personales, inscrito en el Registro con anterioridad a una compraventa, no se ajusta a la letra de la ley. En efecto, no concuerda con la situación fáctica aludida en el artículo 14 antes citado, ni tampoco con ninguna de las expresiones positivas consignadas en el artículo 13.

Más allá, al resultar evidente que la primera de las disposiciones no se identifica con los motivos de la objeción, por cuanto este no es el caso en que el dueño de un inmueble lo ha vendido de forma sucesiva a dos personas distintas, nuestro análisis se centrará en lo que ordena la segunda de las disposiciones antes apuntadas, esto es, el artículo 13.

Debe decirse que la señalada norma es imprecisa en cuanto a la naturaleza de los defectos por los cuales el Conservador puede rehusar una determinada inscripción –si sustantivos o puramente formales–, pero aun en el evento que se le otorgue un sentido amplio, es decir, que caben ambas categorías de defectos, lo cierto es que el límite –para la doctrina clásica, apegada a la letra de la norma– está en relación con que estos deben dar lugar a vicios constitutivos de nulidad absoluta y ser evidentes, es decir, aparecer de manifiesto (ser ostensibles) en el título, en forma similar a lo que dispone el artículo 1683 del *Código Civil*¹⁸.

De lo anterior se desprende la exigencia que el aludido vicio debe apreciarse a simple golpe de vista, sin necesidad de recurrir a otros antecedentes que permitan sentar convicción en el Conservador respectivo o, en otros términos, y siguiendo a Daniel Peñailillo:

“debe tratarse de vicios o defectos que puedan percibirse con el solo examen del título respectivo, sin que sea necesario confrontarlo con otros antecedentes o documentos”¹⁹.

¹⁷ ZARATE (2019) p. 212.

¹⁸ PEÑAILILLO (2019) pp. 824-825. Conforme a este predicamento, el Conservador no puede negarse si el acto adolece, por ejemplo, de un vicio de nulidad relativa. Véase, en este sentido, RAMOS (1983) p. 127 y ss.

¹⁹ PEÑAILILLO (2019) p. 82.

Algo equivalente puede leerse a propósito del estudio de la nulidad como causal de ineficacia, punto en el cual los célebres Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, consideran, comentando lo que significa “que aparezca de manifiesto en el acto o contrato” que:

“para que quede establecida, basta solo leer el instrumento en que el acto o contrato se contiene sin relacionarlo con ninguna otra prueba o antecedente del proceso”²⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe silenciarse al citado Marco Antonio Sepúlveda, quien ha planteado que la limitación de la causal no debiera restringirse en clave de nulidad absoluta, por cuanto, también un vicio de nulidad relativa puede aparecer de manifiesto en el título, siendo ambos títulos injustos a la luz de lo dispuesto en el artículo 704 n.º 3 del *Código Civil*, y que son capaces de generar idénticos efectos de conformidad a lo prescrito en el artículo 1689 del citado *Código*, el que no distingue entre buena o mala fe respecto del tercero poseedor como si ocurre a propósito del defecto resolutorio, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 1490 y 1491 del mismo *Código*²¹.

Se plantea en este orden de ideas, que el ejemplo que refiere el artículo 704 n.º 3 refiere a un acto que conduce a un vicio de nulidad relativa, lo cual conecta con lo dispuesto en el artículo 705, cuyo contenido presenta a un vicio susceptible de ser saneado por la ratificación. De esto se colige que bien puede estimarse que siendo tanto un vicio de nulidad absoluta como uno de nulidad relativa el que se desprenda a simple vista del título, el Conservador ha de negarse a inscribir, pues de lo contrario se estaría tolerando un supuesto de fraude a la ley²².

Puede indicarse, además²³, que el ejercicio de la facultad solo debe tener relación con la constatación de una anomalía que revele consecuencias caras a la enajenación de un inmueble en cuya virtud la inscripción opera como tradición, y que es ese el propósito perseguido en el caso que nos ocupa, a propósito, indica Marco Antonio Sepúlveda:

“Por ejemplo, esto se aprecia con especial nitidez en el artículo 1749 del Código Civil (en relación con el artículo 1757 del Código Civil), el que exige la autorización de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal para que el marido pueda enajenar o gravar voluntariamente los bienes raíces sociales. Es decir, tal autorización es un requisito legal para que pueda efectuarse la tradición del res-

²⁰ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC (2001) p. 231.

²¹ SEPÚLVEDA (2014) pp. 220-222; SEPÚLVEDA (2018) p. 118.

²² ZÁRATE (2019) pp. 219-220.

²³ SEPÚLVEDA (2018) p. 118.

pectivo inmueble, cuya omisión hace en algún sentido legalmente inadmisibles la inscripción-tradición. De lo contrario, la protección que brindará a la mujer y a terceros el Registro, a cargo de un auxiliar de la administración de justicia, será absolutamente nulo”²⁴.

Lo expuesto, por lo demás, es algo que debe complementarse con el derecho y el deber del Conservador de rechazar una inscripción en perspectiva de la omisión de menciones legales del título que se le presenta con tal fin, las cuales comprenden tanto las exigencias de los actos consignados en el título respectivo como de los requisitos que la ley reserva a las escrituras públicas. Ingresando en este punto, Yasna Otárola indica en otra de sus publicaciones:

“el Conservador deberá atender a las normas que el Reglamento establece en cada caso para practicar la inscripción (arts. 78 y 81 del Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces) y también las que dicen relación con la identificación de las partes, su nacionalidad, su estado civil, profesión u oficio, y domicilio, no obstante que el primer examen lo haya efectuado el notario público”²⁵.

En la misma aproximación, puede verse que la Corte Suprema ha resuelto que el Conservador de Bienes Raíces debe rechazar la inscripción cuando se le presente un título con ausencia en las designaciones legales en los títulos, indicando que la única forma en que debe ser subsanado el defecto es a través de una escritura pública. En este sentido, la sentencia rol 5020-2017, de 6 de marzo de 2018, ordenó en su considerando 9.º:

“Lo anterior se revela congruente con el régimen vigente, pues el inciso primero del artículo 82 del Reglamento que se viene comentando dispone que la falta de las designaciones legales en los títulos, podrá únicamente llenarse mediante una escritura pública, de modo que la atribución que su artículo 13 reconoce al Conservador no sólo no se opone sino que va de la mano con una declinación que adquiere pleno sentido en la medida que lo único que puede suplir la deficiencia es otra escritura pública”;

mientras que en el considerando 10.º, se dispuso:

“Por supuesto, la falta de una designación legal tiñe de inadmisibilidad la solicitud ingresada al oficio conservatorio, trayendo asimismo como consecuencia que ‘la inscripción (sea) en algún sentido legalmente inadmisibles’, en los términos del consabido artículo 13”.

²⁴ SEPÚLVEDA (2018) p. 119.

²⁵ OTÁROLA (2019) p. 334.

Similar reflejo jurisprudencial puede revisarse en el considerando 10.º de la sentencia de la Corte Suprema, de 10 de abril de 2013, en causa rol 7449-2012, en que se ordenó:

“que la autorización excepcionalmente concedida al Conservador para negarse a practicar una inscripción sólo opera si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles ejemplificando luego la norma el concepto con situaciones de irregularidades esencialmente formales salvo aquélla relativa a que sea visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente” (con idéntico criterio en causa rol N°19.470-2016, del mismo tribunal).

III. SUPUESTO DE HECHO PROPUESTO EN ESTE ARTÍCULO

Volviendo al supuesto de hecho que motiva este trabajo, y teniendo presente lo que hemos señalado más atrás, estimamos que el que figure un contrato de arrendamiento inscrito en el registro de hipotecas y gravámenes respectivo, no es argumento jurídico que habilita el rechazo de la invocada anotación registral. En efecto, no se infringe con aquello ningún precepto que transforme en legalmente inadmisibles la inscripción y tampoco anula el título.

En primer lugar, es posible establecer en términos de estándar para un comprador medio el imponerse de la información necesaria para la adquisición de un bien inmueble, especialmente si la evocada información, como se propone en el caso de estudio, figura en el registro. Por tanto, es plausible argumentar que a la fecha en que se requiere la inscripción no es de ignorancia del comprador, adquirente en la tradición negada por el Conservador, que constaba un contrato de arrendamiento, atendiendo al predicamento de la publicidad que nuestro sistema registral impregna a cada una de las partidas registrales. Desde esta nueva óptica, no se entiende, que siendo del conocimiento del en principio afectado por el arrendamiento, y siendo él mismo quien requiere la inscripción, esta no se practique.

En segundo lugar, si la compraventa introdujera, por ejemplo, una cláusula en la que se dejara constancia de que la propiedad está libre de gravámenes, la verdad es que aquella declaración supone una fuente de derechos personales, como ocurre con las estipulaciones consignadas en acuerdos de voluntad. Por lo anterior, su interpretación debe limitarse a concebirla como la obligación que contrae el vendedor de liberar la propiedad de gravámenes, en su caso, y que en ningún respecto pone en cuestionamiento la transferencia dominical requerida, la cual exige en nuestro sistema la práctica de la inscripción que para estos efectos cumple el papel de tradición, desprendiéndose de lo anterior, la relevancia del rechazo.

En tercer lugar, si en un caso dado, existe constancia registral de alguna limitación que perjudique la soberanía que nuestro derecho reconoce al adquirente de un bien raíz, la verdad es que la cuestión escapa a las facultades fiscalizadoras del Conservador de Bienes Raíces, y al problema de la calificación registral, por cuanto configuran, más bien, una hipótesis de responsabilidad contractual y en ningún caso de nulidad.

En el espíritu de lo referido, cabe ser considerado que la Corte Suprema ha ordenado la inscripción de una compraventa la cual había sido rechazada por existir una hipoteca y por no encontrarse el inmueble libre de todo gravamen. En efecto, en causa rol 21.743-2021, de 15 de julio de 2022, el máximo tribunal resolvió como sigue, en sus considerandos quinto al octavo:

“Que, lo anterior permite concluir que el Conservador de Bienes Raíces no tiene facultades para negarse a inscribir cuando el defecto del título eventualmente podría conducir sólo a la nulidad relativa”.

Puede verse que la Corte Suprema adhiere a la tesis vinculada a que solo un vicio de nulidad absoluta es capaz de afectar la pertinencia de una inscripción cuya práctica se solicita. A continuación, el considerando 6.º ordenó:

“A mayor abundamiento, la norma del artículo 676 inciso primero del Código Civil, en la cual se basa el Conservador para rechazar la inscripción, con lo cual además concuerda la sentencia de segunda instancia, establece lo siguiente: ‘Se requiere también para la validez de la tradición que no se padezca error en cuanto a la identidad de la especie que debe entregarse, o de la persona a quien se le hace la entrega, ni en cuanto al título’. Como es posible apreciar, la norma en comento se refiere a que se entregue una cosa diferente a la que se menciona en el título, para esto es necesario entender que en la compraventa suscrita por la solicitante como compradora y los vendedores ya individualizados, estaba perfectamente individualizado la especie que debe entregarse, esto es, la cuota del dominio radicada sobre el inmueble especificado en la cláusula primera, con sus inscripciones correspondientes, y eso es lo que se pretende inscribir en el Conservador. Entender que la identidad de la cosa no es la misma, por existir a su respecto una hipoteca y una prohibición convencional de enajenar en favor del Banco del Estado, es exigir más de lo que la ley señala para identificar la cosa vendida. Teniendo claro, además, que la existencia de una hipoteca, de acuerdo al artículo 2415 del Código Civil, no prohíbe la venta, como tampoco una prohibición convencional, cuya contravención no afecta su validez, sino que es un incumplimiento contractual que acarrea las sanciones contempladas en el artículo 1555 del Código Civil. Aun así, este supuesto error podría de acuerdo al artículo 1695 en-

tenderse ratificado tácitamente ya que la compradora ha realizado una serie de actuaciones, entre ellas esta solicitud judicial, lo que demuestra que está en conocimiento de los gravámenes y aun así quiere perseverar en el contrato solicitando que se inscriba a su nombre el dominio de la cuota, en lugar de solicitar su nulidad”.

En el motivo en referencia, la Corte razona en sentido de indicar que una hipoteca no faculta al Conservador de Bienes Raíces a rechazar una inscripción de dominio, toda vez que la celebración del aludido gravamen real no impide la transferencia de dominio del inmueble sobre el que recae. La misma línea de pensamiento, y con mayor razón, debe seguirse respecto de la constatación de un arrendamiento, el cual tampoco impide la enajenación del bien sobre el que se ha celebrado, en que, si bien el *Código Civil* establece reglas de oponibilidad en el artículo 1962, en ningún caso se pronuncia a favor de la limitación en la transferencia de dominio que deba tener lugar. Tampoco puede ser visto que la existencia del gravamen o del arrendamiento pueda ser considerado como la configuración de un vicio de error que afecta la identidad de la cosa de que se trata, pues el objeto del acto es un inmueble, cuya especificación e identidad no advierte dificultades.

En cuarto lugar, si, en cambio, el Conservador de Bienes Raíces, en la argumentación que plasme en su informe, estimara que la causal de su rechazo obedece a que habría en el título un vicio de nulidad por error en la cosa que pretende ser objeto de inscripción, este vicio no podría ser estimado como uno de nulidad, y menos como uno de nulidad absoluta, y ni siquiera como de nulidad relativa que aparece de manifiesto en el acto o contrato, pues, en todo caso, aquello implicaría juicio, prueba y sentencia. En verdad, a lo sumo, existiría un defecto en la forma en cómo debe procederse a la entrega de la cosa adquirida –libre de gravámenes– y no en la identidad de la cosa adquirida, la cual se encuentra desde luego individualizada en los títulos, y respecto de lo cual no hay reparos. En efecto, el inmueble es el mismo, existan o no gravámenes que lo afecten, no solo arrendamientos, incluso, hipotecas u otros gravámenes.

En contra, en caso de que se entendiese que la anomalía formal implica un vicio de nulidad, como se indicó, jamás sería de nulidad absoluta, sino que, a lo más de nulidad relativa, en atención a la configuración de un forzado vicio de error.

En el expuesto orden de ideas, y sin olvidar que para la tesis tradicional solo los vicios de nulidad absoluta que aparecen de manifiesto en el título habilitan al Conservador a negarse a inscribir, debe ser considerado que de abrirnos a que los vicios de nulidad relativa también ingresan en la órbita del artículo 13 del reglamento, aquella nulidad estaría saneada por la ratificación tácita del vicio por quien puede alegarlo (de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1695 de *Código Civil*), es decir, el hipotético comprador afectado.

En quinto lugar, en un caso como el proyecto, el Conservador a través de su negativa, infringiría una norma del mismo reglamento, al exigir más requisitos, que el mismo texto requiere para que pueda procederse a una inscripción en sus registros. Dicha disposición es el artículo 78, la cual prescribe lo siguiente:

“La inscripción de títulos de propiedad y de derechos reales, contendrá: 1°. La fecha de la inscripción; 2°. La naturaleza, fecha del título y la oficina en que se guarda el original; 3°. Los nombres, apellidos y domicilios de las partes; 4°. El nombre y linderos del fundo; 5°. La firma del Conservador [...]”.

Se aprecia, entonces, que en ninguna parte de la norma se detecta que la individualización de un inmueble se vea afectada por la existencia de gravámenes o, en este caso, de arrendamientos. Aquello, pues la individualización del bien raíz se basta a sí misma a través de la designación de su nombre y de sus linderos, elementos que permiten integrar el objeto del acto jurídico respectivo.

En sexto lugar y, por último, la ausencia de todo atisbo de nulidad absoluta o relativa en los títulos cuya inscripción se solicita, se conecta, además, de forma bastante obvia con una relevante norma del *Código Civil*, cuales el artículo 1962. La norma ordena que quien sucede al arrendador en su derecho debe respetar el arriendo, si es que la respectiva cesión se ha celebrado a título oneroso, en la medida que el aludido título de mera tenencia se celebre por escritura pública.

No hay, entonces, vicios de nulidad involucrados, solo un deber de oponibilidad, del cual el requirente de la inscripción debería estar consciente y es lo que lo impulsa para perseverar en la petición de inscripción conservatoria. Por lo demás, en estricto rigor, la negativa a la inscripción es inoficiosa si es que se pretende proteger al requirente de la inscripción, ya que según se desprende de la misma norma la oponibilidad del arrendamiento surge desde que se otorga por escritura pública, y no desde la inscripción del mismo. Además, el efecto solo se consigue respecto de acreedores hipotecarios a la luz de lo ordenado en el artículo 1962 n.º 3 del *Código Civil*, pero no es el supuesto que abordamos.

CONCLUSIONES

El sistema registral que nos rige supone el imperativo dirigido al Conservador de Bienes Raíces consistente en inscribir sin retardo los títulos que se le presenten. Sus facultades de negativa son limitadas, siendo ellas reflejo de alguno

de los supuestos consignados en los artículos 13 y 14 del Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces. Al ser el objeto de nuestro estudio lo referido por el legislador en el citado artículo 13, es del caso mencionar que el soporte de la negativa no puede ser otro que la concurrencia de defectos formales que hagan de algún modo inadmisibles la inscripción solicitada, o que de la lectura del título se desprenda que concurre un vicio que signifique nulidad.

Lo antes indicado implica reconocer que los defectos del título deben ser de tal magnitud que sean capaces de reflejar alguna notoria infracción que haga improcedente la inscripción por ausencia de los requisitos de forma de las escrituras públicas o por la verificación de un vicio susceptible de nulidad que se desprenda de la sola lectura del título. Y, aun cuando aquella facultad pudiera extenderse a un vicio de nulidad relativa, ninguna de las aproximaciones doctrinarias antes enunciadas interviene en el supuesto de hecho sobre el que hemos proyectado este trabajo, por cuanto el reparo relativo al contrato de arriendo que grava la propiedad no refiere la infracción de algún requisito de forma del título o la concurrencia de un vicio de nulidad absoluta o relativa. Por el contrario, la concurrencia del aludido contrato advierte un efecto jurídico claro, consistente en que el nuevo propietario debe respetar los términos del arriendo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1962 n.º 2 del *Código Civil*, al haber sido este celebrado por escritura pública con anterioridad a la compraventa.

Tampoco debiera pensarse que la constancia registral del arrendamiento afecte la identidad del inmueble en el sentido de transformarlo en una cosa distinta a la que se pretendió adquirir, y en este sentido configurativo de un vicio de error. La identidad del objeto sobre el que se manifestó el consentimiento es clara, se trata del inmueble comprado, luego que en el registro figure una partida registral que dé cuenta de un arriendo, eventualmente pudiera significar un supuesto de responsabilidad contractual, mas no de nulidad. Y, si se sostuviera que se verifica en la especie un vicio de nulidad relativa, la verdad es que la solicitud de inscripción implicaría la ratificación tácita del mismo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 1695 del *Código Civil*, sin que aquello permita, en consecuencia, habilitar al Conservador para negarse.

BIBLIOGRAFÍA

- AEDO BARRENA, Cristián (2016): "Las fuentes romanas del concepto de dominio en el Código Civil chileno", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XLVI.
- AEDO BARRENA, Cristián (2019a): "Algunas reflexiones sobre el título-modo en el Derecho chileno, ¿es posible pensar en el efecto real del contrato?", en Domínguez Hidalgo,

- Carmen (ed.), *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana* (Santiago, Thomson Reuters).
- AEDO BARRENA, Cristián (2019b), “Las querellas de amparo y restitución y el problema de la posesión en el sistema registral chileno”, en Fuentes Guíñez, Rodrigo y Opazo de la Fuente, Valeska (coords.), *El derecho de propiedad: estudios públicos y privados* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo; SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC HAKLICKA, Antonio (2001): *Tratado de los derechos reales*, tomo I: Bienes (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Astudillo Pizarro, Mauricio (2018): “El sistema registral chileno. Camino desde la posesión inscrita a un registro de derechos”, en Rosso Elorriaga, Gian Franco (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica. Derecho notaria y registral. Contribuciones académicas para una futura reforma* n.º 30 (Santiago, Universidad de los Andes).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (2008): *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (Madrid, Thomson Reuters).
- OTÁROLA ESPINOZA, Yasna (2022): “La descripción del inmueble y la discordancia registral”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* vol. 13 núm. 1.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2019): *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (Santiago: Thomson Reuters, segunda edición).
- RAMOS PAZOS, René (1983): “¿Puede un Conservador de Bienes Raíces negarse a inscribir un título que adolece de nulidad relativa?”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción* núm. 174.
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2014): *Teoría general del derecho registral inmobiliario* (Santiago, Editorial Metropolitana).
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio (2018): “Panorama actual de la calificación registral en Chile”, en Rosso Elorriaga, Gian Franco (ed.), *Cuadernos de Extensión Jurídica. Derecho notaria y registral. Contribuciones académicas para una futura reforma* n.º 30 (Santiago, Universidad de los Andes).
- ZÁRATE GONZÁLEZ, Santiago (2019): “Fuentes para la comprensión de la facultad calificadora del Conservador de Bienes Raíces contemplada en el artículo 13 del Reglamento Conservatorio de Bienes Raíces”, *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 53.

Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA (2013): rol 7449-2012, 10 de abril de 2013.
- CORTE SUPREMA (2018): rol 5020-2017, 6 de marzo de 2018.
- CORTE SUPREMA (2022): rol 21.743-2021, 15 de julio de 2022.

LA RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN AL DEBER DE INFORMACIÓN AL PACIENTE

THE LIABILITY FOR BREACH OF THE DUTY TO INFORM THE PATIENT

*María Isabel Warnier Readi**
*Pablo Andrés Meza Inostroza***

RESUMEN: En el presente trabajo abordaremos la responsabilidad que deriva de la infracción al deber de información a la luz de la legislación chilena y la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, inserta dentro del contrato de prestación de servicios médicos o de salud y que pesa sobre los médicos y/o los prestadores de salud.

PALABRAS CLAVE: deber de información, consentimiento informado, responsabilidad médica.

ABSTRACT: In the present work we discuss the liability that derives from the infringement of the duty of information in light of Chilean legislation and the jurisprudence of our Courts of Justice, inserted within the contract for the provision of medical and associated health services and that is undertaken by doctors and/or healthcare providers.

KEYWORDS: duty of information, informed consent, medical liability.

I. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN DEL PACIENTE

Dentro de la relación contractual médico paciente, este último no solo busca su sanación (que es el objetivo final que espera ocurra), sino que, además, que el

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad del Desarrollo. Magister en Derecho con mención en Derecho Privado Universidad de Chile. Profesora de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mi.warnier@udd.cl

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad del Desarrollo. Ayudante de Derecho Civil, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: pmezai@udd.cl

prestador de salud le informe de manera clara, completa y en lenguaje sencillo sobre los riesgos, medicamentos o tratamientos que precisa para su esperada –pero no siempre lograda– recuperación. Así, es el enfermo, y no el médico, quien a través de la información que recibe, el que adopta la solución más favorable a su interés¹.

En Chile, la Ley n.º 20584², que regula los derechos y deberes que tienen las personas en la relación con acciones vinculadas a su atención de salud (en adelante LPDDP) contiene seis disposiciones –previstas en el párrafo 5.º, artículo 8 y siguientes– referidas al derecho de información que tienen los pacientes en la atención de los médicos y prestadores de salud, tanto públicos como privados, que, a su vez, es el correlato de la obligación que la ley impone a estos últimos dentro del contrato de prestación de servicios médicos. También algo dice el párrafo 7.º respecto de la información cuando reglamenta la autonomía de las personas en la atención de salud, según veremos en este apartado.

Con su consagración normativa, como dijo un diputado durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen a la LPDDP, se terminaría con una práctica existente desde hace muchos años en que los profesionales de la salud han informado en forma poco adecuada al paciente:

“Le dicen ‘te tengo que operar’, y el paciente se entrega como manso cordero. En adelante, eso no ocurrirá, ya que se establece el derecho del paciente a ser informado de su enfermedad. En consecuencia, él podrá tomar las decisiones con respecto a su salud y bienestar corporal”³.

Es así como la LPDDP dejó expresamente establecido que toda persona, incluidos los niños, niñas y adolescentes (en este caso adaptada a su edad y desarrollo) tiene el derecho a que el prestador institucional le proporcione información “suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea de forma visual, verbal o por escrito” acerca de su estado de salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del posoperatorio cuando procediera, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional⁴.

¹ MORALES y DAZA (2016) p. 19.

² La Ley n.º 20584 (2012) promulgada el 13 de abril de 2012 y publicada el 24 de abril del mismo año.

³ Palabras del diputado Alberto Robles. Discusión en sala. 31 de julio de 2007. *Diario de Sesión*, sesión 56. Legislatura 355. Discusión general.

⁴ Artículos 8 y 10 de la LPDDP.

Este derecho del paciente está estrictamente relacionado con su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, pues con la información referida del médico o prestador de salud él podrá optar por someterse o no a un procedimiento o tratamiento determinado.

Ahora bien, cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información deberá entregarse al representante legal o a quien sea responsable de su cuidado, hasta que el paciente la pueda recibir. Del mismo modo, en casos de urgencia o emergencia, cuando no exista posibilidad de dar esta información por la necesidad de atención médica inmediata e impostergable cuya falta implique un riesgo vital o secuela funcional grave, esta será entregada al representante legal o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre el paciente, velando porque se limite a la situación descrita, en resguardo de la vida privada y honra de la persona durante su atención de salud⁵. En estos casos, el paciente deberá ser informado cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, y en el caso de urgencia o emergencia médica “siempre que ello no ponga en riesgo su vida”. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia⁶.

Durante la discusión del proyecto de LPDDP, algunos diputados opinaron que era necesario mantener la excepción de revelar la información en determinados casos en que se justifique no proporcionar información al paciente como, por ejemplo, si tiene antecedentes de cuadros depresivos que permitan suponer que, al tomar conocimiento de la gravedad de su enfermedad, podría atentar contra su vida. En este sentido, hubo partidarios de establecer exigencias adicionales que debería cumplir el médico o profesional tratante para adoptar esta decisión⁷. Finalmente, ello no prosperó, pues en el texto aprobado en el Congreso el deber de información al paciente por parte del médico fue consagrado sin excepciones, ni siquiera aquella en la que el propio paciente pide no conocer la información, prevaleciendo, entonces, el deber de informar⁸. Como se dijo, solo la ley permite “posponer” la información en

⁵ Véase artículo 5, letra c) de la LPDDP.

⁶ Véase artículo 10 de la LPDDP.

⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS (2007).

⁸ El Mensaje del Ejecutivo con que se inició la tramitación del proyecto establecía tres excepciones al derecho a la información. En primer lugar, cuando la condición de la persona no permita recibir la información directamente, padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información debe ser dada a la o las personas que corresponda, que tengan la calidad de representante legal, cónyuge, parientes directos, amigos cercanos, apoderado personal o quién a cuyo cuidado se encuentre, ya sea transitoria o permanentemente.

casos de alteración de conciencia, emergencia o urgencia cuando a juicio del médico se ponga en riesgo la vida del paciente, pero recuperada la conciencia por este o superada que sea la emergencia o urgencia, el médico deberá informar. En el intertanto, de igual modo, deberá informar al representante o cuidador.

Cumplido que sea el deber de información, es el paciente quien debe otorgar su consentimiento para efectos de aceptar o rechazar un procedimiento o tratamiento médico. En tal sentido, el artículo 14 de la LDPDDP dispone:

“Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.

En ningún caso, el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.

Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo, deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse,

Sin perjuicio de lo anterior, el proyecto establece que recuperada la conciencia o la capacidad de comprender, la persona debe ser informada.

Una segunda excepción ocurre tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en las que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información. En este caso, esta le debe ser dada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre en ese momento, cuidando que ella se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, cuando a juicio del médico tratante se encuentre en condiciones de recibir y comprender dicha información.

La tercera excepción tiene lugar cuando la persona, por escrito, ejerce su derecho a no ser informada. El ejercicio de este derecho constituye una manifestación voluntaria, consciente y esencialmente revocable. La persona puede designar, en este mismo acto, la o las personas que en su nombre reciban la información respectiva, quienes también quedan obligados a respetar su derecho a no ser informado. Si la persona decide no designar un receptor de esta información, el médico o profesional tratante debe registrar los antecedentes relevantes asociados a las acciones vinculadas a la atención de salud y tomar los resguardos necesarios para la debida protección de dicha información.

al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse.

El consentimiento informado del paciente para recibir prestaciones de salud digital se podrá otorgar en forma verbal, caso en el cual el prestador institucional e individual respectivo deberá registrar la aceptación o rechazo de la atención de salud mediante una declaración escrita en formato papel o firmado a través de un sistema electrónico que garantice su autenticidad de conformidad con lo dispuesto en la ley N° 19.799, dejándose registro en la ficha clínica de los resguardos adoptados para asegurar el derecho de información de la persona.

Sin perjuicio de las facultades de los padres o del representante legal para otorgar el consentimiento en materia de salud en representación de los menores de edad competentes, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser oído respecto de los tratamientos que se le aplican y a optar entre las alternativas que éstos otorguen, según la situación lo permita, tomando en consideración su edad, madurez, desarrollo mental y su estado afectivo y psicológico. Deberá dejarse constancia de que el niño, niña o adolescente ha sido informado y se le ha oído.

Con todo, no se requerirá autorización de los progenitores o de quien ostente el cuidado personal y/o patria potestad de mayores de 14 años, cuando se trate de la toma de exámenes PCR (Reacción en Cadena de la Polimerasa) realizada por personal de salud, en cualquier establecimiento de salud autorizado o en el contexto del programa de Búsqueda de Casos Activos, y que es parte de la estrategia nacional de testeo, trazabilidad y aislamiento del Estado, bastando para ello el consentimiento del niño, niña o adolescente.

En el caso de una investigación científica biomédica en el ser humano y sus aplicaciones clínicas, la negativa de un niño, niña o adolescente a participar o continuar en ella debe ser respetada. Si ya ha sido iniciada, se le debe informar de los riesgos de retirarse anticipadamente de ella”.

Finalmente, en el artículo 11 se preceptúa el derecho del paciente a que el médico tratante, una vez finalizada la hospitalización, provea de diversa información, de manera legible, como: el diagnóstico de ingreso y de alta, los resultados de exámenes y procedimientos e indicaciones a seguir, los medicamentos y dosis suministradas durante el tratamiento, la duración del tratamiento, entre otros⁹.

⁹ Véase artículo 11 de la LPDDP.

Por otra parte, el decreto supremo n.º 31 de 2012, en su artículo 2.º, del Ministerio de Salud, Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud, dispone:

“La información señalada en el artículo anterior [que reproduce el art. 10 de la LPDDP] debe entregarse por regla general en forma verbal y se proporcionará en términos claros para la capacidad de comprensión del paciente considerando su edad y el entendimiento que demuestre de las materias técnicas involucradas. No obstante, podrá acompañarse documentos escritos en que conste lo explicado, agregando o no mayores antecedentes, destinados a dejar constancia de la recepción de la información. Sin perjuicio de lo anterior, la información señalada debe constar por escrito en caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado y dejarse constancia de la misma y del hecho de su entrega en la ficha clínica”.

De las normas referidas en lo precedente es posible concluir que el derecho que tienen los pacientes, en cuanto a información médica se refiere, está bastante protegido en nuestra legislación. Así, el deber del médico no se agota como antaño, en explicaciones técnicas que muchas veces ni aun el más ilustrado de los pacientes era capaz de comprender. No hay excepciones al deber de informar, pues, si bien cuando la persona no tenga capacidad de recibirla o la emergencia o urgencia médica impida darla, esta deberá entregarse al representante o cuidador y, cuando el paciente recobre la capacidad de conciencia o haya concluido la emergencia o urgencia, el médico deberá siempre informar aun cuando la información impacte negativamente en la salud de la persona.

II. ALCANCE DEL DEBER DE INFORMACIÓN

Como adelantamos en lo precedente, el legislador en la LPDDP dispuso que la información que proporcione el prestador institucional al paciente debe ser “suficiente, oportuna, veraz y comprensible”¹⁰.

En similar sentido, la LPDDP prescribe:

“toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca

¹⁰ Artículo 8 de la LPDDP.

del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediera, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional”¹¹.

Solo así, el paciente podrá con libertad decidir, dentro de las opciones que la ciencia médica pone a su disposición, cómo hacer frente a una determinada enfermedad.

El problema es que ni la LPDDP ni el reglamento definen qué se entiende por información suficiente, oportuna, veraz y comprensible o cuáles son las consecuencias que se siguen en caso de infracción al deber de información. De ahí que deberán los tribunales determinar cuándo se incumple este deber y sobre la base de las reglas de la responsabilidad del derecho común, imponer la obligación de indemnizar cuando la infracción a este deber cause un daño al paciente, concurriendo, desde luego, los demás requisitos de la responsabilidad civil.

De un modo general, la Excma. Corte Suprema¹² ha decidido que una adecuada y debida información, de manera de quedar liberado el personal médico de responsabilidad, es aquella que contenga una descripción exacta de la gravedad de la condición del paciente en que se explique al destinatario las consecuencias negativas a su salud y de su falta de tratamiento, entregada en términos tales que permitan al paciente o a sus familiares comprender la gravedad del diagnóstico.

Así se resolvió en el caso de una mujer que falleció durante el traslado del hospital de San Fernando al hospital Dipreca de Santiago. Si bien fueron los familiares quienes requirieron el traslado, a juicio de la Corte el reproche es a la inexacta información proporcionada por el personal de salud a los familiares de la paciente que, de haber sido completa, estos habrían adoptado una posición diferente y hubieran consentido en que su hija fuera intervenida en el hospital de San Fernando, sin incurrir en el riesgo grave de trasladarla a Santiago en vista de un diagnóstico grave.

En otro caso resuelto por la Excma. Corte Suprema¹³ se condenó al hospital de Castro por no haber entregado información veraz.

La información entregada a la actora, previo a la intervención quirúrgica, de acuerdo con su demanda, habría sido la de realizar una operación de sal-

¹¹ Artículo 10 de la LPDDP.

¹² CORTE SUPREMA (2017) rol 89.635-2016, Fernando Emilio Serce Medina y otra con Servicio de Salud de O’Higgins y otros, considerando 9.º.

¹³ CORTE SUPREMA (2022) rol 132.045-2020, Ruiz con Servicio de Salud del Reloncaví, considerando 3.º.

pingectomía bilateral, que consiste en la extirpación de las trompas de Falopio en la mujer, lo cual la deja en una situación de esterilidad¹⁴. Esta era la operación más eficaz para alcanzar los fines que ella pretendía, esto es, evitar un nuevo embarazo.

En el protocolo de la operación se indica que se realizó la operación que se le había informado a la demandante –salpingectomía bilateral– y no la realizada –ligadura de trompas–, que es menos eficaz, arrojando como resultado que la actora quedó nuevamente embarazada. Existiendo, así, una incoherencia total entre la operación realizada; la operación que se señala en el protocolo, y el equívoco consentimiento informado, no es posible sino señalar que el Estado ha faltado al deber que le asiste en entregar un servicio efectivo y que, por lo demás, representa una preocupación del Estado Chile plasmado en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer. (De la sentencia de reemplazo).

En un fallo de la ICA de Santiago¹⁵ se condenó a un médico y a una clínica privada a resarcir los perjuicios causados a consecuencia, precisamente, pero también entre otras infracciones, a faltar al deber de información por no informar los riesgos de la intervención quirúrgica a la paciente.

Se trata del caso de una mujer que se sometió a una operación de implante de cadera, quien alegó, entre otras negligencias médicas, que el médico tratante no le informó de los riesgos de la intervención, no siendo suficiente para tener por cumplida la obligación de informar la sola firma estampada en un formulario por la paciente, quien quedó, luego de la operación con una pierna dos centímetros más larga que la otra sin que ello fuese advertido previo a la operación (no fue oportuna).

La Corte, revocando lo decidido en primera instancia, primero estimó que las obligaciones que se adquieren en virtud de los contratos celebrados por la actora son obligaciones de medio o de diligencia y no de resultado, lo que no implicaría que establecida la existencia del contrato y de las obligaciones contraídas, necesariamente corresponda la carga de la prueba del incumplimiento a la demandante porque si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió), es el deudor quien debe probar que fue diligente porque está alegando que extinguió por cumplimiento la obligación de comportarse de manera diligente. De esta manera, citando a Daniel Peñailillo¹⁶ y a Carlos Pizarro¹⁷, la Corte entiende que son

¹⁴ REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG (2021).

¹⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017) rol 4281-2017, Morales Molina, Loreto con Clínica Alemana de Santiago S.A. y otro.

¹⁶ PEÑAILILLO (2003) p. 228.

¹⁷ PIZARRO (2008) pp. 255-265.

los demandados quienes deben probar que actuaron con la debida diligencia y cuidado en la atención de la paciente y no esta última, como razonó el fallo de primer grado.

En tal sentido, lo primero que despeja la Corte es que respecto de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, señala que las clínicas y hospitales privados celebran con el paciente un contrato de prestación de servicios médicos al interior de una entidad o institución empresarialmente organizada, respecto de la cual el médico constituye un elemento más; de tal modo que lo que se contrata es un servicio médico sanitario integral que comprende desde los exámenes preparatorios y el diagnóstico hasta los cuidados posquirúrgicos.

Las clínicas:

“por ser dueñas del lugar en que se verificó el perjuicio y haberle correspondido, en consecuencia, la debida atención del paciente, quedan obligadas a poner a su disposición todos los recursos humanos y técnicos, para la superación de su estado de salud y evitar cualquier complicación.

La clínica –y el hospital– no es un establecimiento hotelero, que el paciente o su médico de confianza escoja teniendo en cuenta sólo la calidad de su infraestructura. El paciente confía en que esa clínica pondrá todos los medios ofrecidos a su disposición, para superar el trance de salud que haya motivado su internación”¹⁸.

En cuanto al cumplimiento o no del deber de información, que también era de cargo de los demandados probarlo según dice el fallo, la Corte estimó que no cumple con ese deber el médico, a pesar de que en la ficha dejó constancia de que:

“Se explica cuadro clínico, se plantean opciones de tt. Se menciona opción de manejo conservador, tto artroscópico o PTC. Paciente no desea más tto conservador por lo significativo del dolor y mala respuesta atto knt. Ingesta regular de paracetamol. Ante lo impredecible de un tto Artroscópico se plantea opción de tto definitivo mediante PTC”.

Lo anterior, por cuanto ese documento no acredita por sí mismo que se haya entregado dicha información a la paciente y en cualquier caso:

“no aparece de su tenor que se haya dado una explicación comprensible por la paciente, exenta de tecnicismos propios de la profesión

¹⁸ El fallo de la ICA de Santiago cita en este punto a la Excm. Corte Suprema en sentencia de casación en el fondo rol 5817-2013, de 19 de junio de 2014.

médica, explicándole claramente las alternativas de tratamiento disponibles y especialmente de los riesgos involucrados en la operación, atendida la escoliosis que presentaba y que podría, en el post operatorio, causarle una disimetría en sus piernas como efectivamente aconteció; por último, porque de haberse entregado dicha información –fue puramente verbal y no escrita– como se exige cuando se trata de tratamientos quirúrgicos invasivos. Con todo, el documento escrito e impreso por la propia clínica y que se agregó a continuación de la ficha, firmado por la paciente, no cumple tampoco con las exigencias legales y reglamentarias”.

Dos cuestiones para destacar en este fallo. Lo primero, que por regla general las obligaciones de los médicos y, en general, de los prestadores de salud son obligaciones de medio y no de resultado de forma tal que interpretando las normas previstas en los artículos 1547 inciso 3 y 1698 del *Código Civil*, acreditado el incumplimiento (defectos en la atención), pesa sobre el médico o prestador de salud acreditar que cumplió con el deber de diligencia exigido en el contrato o en subsidio en el deber de comportarse de acuerdo con la ley. En segundo lugar, el que el deber de información no se satisface como antaño, cuando el médico no es capaz de informar como corresponde y sin caer en tecnicismos que solo otro médico podría entender.

En otro caso, también resuelto por la Excma. Corte Suprema¹⁹ se estimó que hubo infracción al deber de información en el caso de una mujer que, al haberse sometido a una técnica de infertilidad, no dio los resultados esperados por quedar embarazada sin que previamente se le haya advertido que, para reducir al mínimo riesgo de embarazo, su pareja debía también someterse a un tratamiento de anticoncepción complementario. Para la Corte, el deber de información fue incumplido, pues queda establecido que a la actora no se le informó acerca de la posibilidad de que su cónyuge se sometiera a un procedimiento anticonceptivo masculino complementario, con la finalidad de minimizar la posibilidad de un nuevo embarazo, tal como ella lo deseaba. Se está en presencia de una omisión cuya existencia se encuentra libre de controversia, y no se condice con las exigencias normativas, existiendo un funcionamiento deficiente, constitutivo de una falta de servicio, sin que sea óbice para arribar a esta conclusión la existencia del documento denominado “consentimiento informado” suscrito por la actora por cuanto lo allí consentido, difiere, sustancial y subjetivamente, de la información que debió entregársele.

¹⁹ CORTE SUPREMA (2021) rol 44.150-2020, Carla Marisol de Frutos Cares con Fisco de Chile, considerando 7.º y 8.º.

III. EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA DOCTRINA

Para Guillermo Leighton, será suficiente la información cuando contenga una descripción del tipo de prestación que se ofrece y sus valores; se den a conocer las condiciones previsionales requeridas para la atención del usuario y se indiquen los antecedentes necesarios para acceder a ella y los pasos a seguir; se informe los derechos y limitaciones que tiene el usuario durante la atención de salud en un establecimiento; se comunique que se encuentran a su disposición los medios para hacer valer su opinión sobre la atención recibida; se dé a conocer las normas y protocolos establecidos sobre seguridad del paciente y calidad de atención, y los riesgos eventuales a que pudiera verse expuesto, que sean conocidos; se comuniquen los daños de cualquier magnitud que hayan sido provocados al usuario durante su atención; cuando se represente al paciente, sus representantes o cuidadores, su estado de salud, posible diagnóstico de su enfermedad, las alternativas de tratamiento disponibles, el pronóstico esperado y, en su caso, el proceso previsible del periodo posoperatorio, teniendo especial consideración la edad del usuario, su condición personal u emocional²⁰.

Darío Parra, citando a Julio César Galán, señala que será oportuna²¹ la información cuando ella se entregue antes de la intervención o tratamiento que se trate, siempre y cuando sea dada con una antelación suficiente y en condiciones que permitan la adecuada reflexión del paciente²². En similar sentido, Lourdes Blanco indica:

“[...] la información debe prestarse con anterioridad a la intervención o tratamiento, esto es, la información debe facilitársele al paciente con una anticipación suficiente que le permita madurar y reflexionar para decidir sobre lo que crea más conveniente”²³.

En consecuencia, deberá ser entregada antes de cualquier procedimiento para que el paciente pueda decidir, sin perjuicio de lo cual, en caso de urgencia o emergencia, será oportuna cuando se comunique al representante legal o cuidador esta información. En este último caso, y como se dijo, finalizada la intervención, debe darse al paciente un informe que contenga las menciones del artículo 11

²⁰ LEIGHTON (2018) pp. 192-194.

²¹ Según RAE (2022) ‘oportuno’ (adj. 1) es: “Que se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene”.

²² PARRA (2013) p. 1579.

²³ BLANCO (2006) como se citó en OLIVARES (2020) p. 45.

de la Ley n.º 20584. Y, como muchas veces los tratamientos se prolongan en el tiempo, cada intervención nueva requerirá de actualización de la información, entendiendo que la manifestación de voluntad del paciente deberá estar presente durante todo el curso del tratamiento²⁴.

Será veraz, cuando sea una información leal, debiendo procederse en este sentido con la máxima cautela en el sentir del paciente.

“Una expresión cruda y directa puede llevar a un estado de exasperación no tolerable para una persona, por lo que puede ser aconsejable recurrir a un familiar cercano o encargado de su cuidado para contar los detalles”²⁵.

Que la información sea comprensible, implica que el médico tiene la obligación de hacer que el paciente comprenda su estado y cuáles serán las consecuencias prácticas de su manifestación de voluntad. Los profesionales de salud no solo tienen el deber de informar, entendido este como una transmisión de datos objetivos, pues aquella información entregada en un lenguaje muy técnico ha de ser considerada como falta de información²⁶. En tal sentido, Enrique Barros expresa:

“la exigencia de que la información sea comprensible se deriva del deber de lealtad impuesto por la buena fe. Por lo mismo, no es necesario que sea por completo precisa desde el punto de vista técnico; así, a la inversa, una información técnicamente completa y detallada podrá resultar ininteligible y puede ser tenida como por inadecuada”²⁷.

Como se quiera, aquella se justifica en la medida que está orientada para compensar el desequilibrio o desigualdad entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del paciente en aras de permitir satisfacer su autodeterminación o la de su familia en su caso. Además, según lo requieran las circunstancias, la citada obligación conllevaría un deber de aconsejar, esto es, de orientar a la otra parte en su decisión²⁸, lo que no implica persuadirlo a tomar una decisión.

²⁴ PARRA (2013) p. 1579.

²⁵ LEIGHTON (2018) p. 195.

²⁶ PARRA (2013) p. 1580.

²⁷ BARROS (2010) p. 683.

²⁸ PARRA (2013) p. 1581.

IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN

DENTRO DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE.

RESPONSABILIDAD POR SU INFRACCIÓN

El cumplimiento o incumplimiento de este deber finalmente será determinante para el reparto de riesgos que pueda causar el desenlace desfavorable de una atención médica, desde que si no se cumple este deber de información y producto de la enfermedad se causa un daño dentro de una atención de salud, el médico y/o prestador de salud podrán ser condenados a resarcir los perjuicios causados al paciente por el hecho de no informar o, bien, informar de manera deficiente. A la inversa, en caso de que el prestador de salud informe correctamente en los términos descritos por las normas referidas más atrás, ocurriendo el riesgo sin otra negligencia de su parte, el médico y la clínica u hospital se encontrarán liberados de su responsabilidad, pues el daño será producto del estado de salud del paciente y en cierta medida del azar.

Dicho de otro modo, si se infringe el deber de informar, pero no hay daño, no habrá responsabilidad civil. Por el contrario, si se causa un daño y no se cumplió con el deber de informar al paciente (incumplimiento total) o, bien, se causa un daño y se informó de manera incorrecta al paciente (cumplimiento parcial) podrá nacer, entonces, la responsabilidad civil y el médico o clínica u hospital tendrá que eventualmente reparar los daños causados al paciente.

Para Carlos Pizarro la indemnización en este caso sería por la pérdida de la posibilidad de haber tomado una decisión distinta; procede la indemnización por la pérdida de la chance²⁹. Álvaro Vidal concuerda con Carlos Pizarro y estima que, en caso del deber de información, su incumplimiento impide al paciente tomar una decisión respecto del tratamiento de su enfermedad, por lo que la privación de esta posibilidad de elegir es lo que fundamenta la indemnización; el daño objeto de la misma es la pérdida de una oportunidad³⁰. El supuesto refiere a la omisión de la información acerca de tal o cual tratamiento y, luego, constatado el incumplimiento, si el paciente no alcanza su aspiración –sanarse– legítimamente está facultado para reclamar la indemnización de la pérdida de una oportunidad, que es aquella de haberse tratado o sometido a otro tratamiento alternativo alcanzando tal aspiración.

Por el contrario, si el médico informa de los riesgos al paciente y este los asume como posibles dentro de una determinada intervención o procedimiento para paliar la enfermedad, el médico quedará liberado de responsabilidad, siendo el riesgo nada más que un efecto indeseado de la intervención sin que haya

²⁹ PIZARRO (2018) p. 911.

³⁰ VIDAL (2020) pp. 64-65.

reproche a la *lex artis*. En este caso el médico actuó conforme al deber de diligencia y el resultado no puede ser atribuido a su responsabilidad, sino que al lamentable curso natural de su enfermedad.

El régimen jurídico será el de la responsabilidad civil contractual. En tal sentido, Enrique Barros dice:

“los contratos profesionales son consensuales, de modo que basta que el consentimiento sea expresado por actos inequívocos que muestran una voluntad tácita, como ocurre con la conducta típica del paciente de visitar al médico o acudir al hospital, y la de ellos de asumir el tratamiento [...]. No debe extrañar, entonces, que la responsabilidad médica generalmente pueda ser calificada de contractual”³¹.

Para nosotros, si consideramos que dentro de la relación médico-paciente o prestador de salud-paciente coexisten varias obligaciones para una y otra parte, si bien la obligación principal del médico que es la de intentar sanar al enfermo y, por lo tanto, una obligación de medios donde cumplirá la obligación cuando despliegue el deber de diligencia esperado en la atención del paciente, no obstante no alcanzarse la prestación o el resultado esperado (error de proyección en los términos de Pablo Rodríguez Grez)³², en el preciso caso de la obligación de informar de los prestadores de salud y de los médicos tratantes en los términos previstos por la LPDDP, debiese considerarse esta como una obligación de resultado al menos en lo formal, de modo tal que la carga de la prueba recaerá en el prestador institucional o en el médico y en caso de incumplimiento, se presumirá su culpa dentro del juicio de responsabilidad.

Así, siguiendo la conocida clasificación creada por René Demogue, una obligación de medios, también denominada obligación general de prudencia y diligencia, exige solamente emplear la diligencia debida para intentar obtener el resultado perseguido. Por el contrario, en una obligación de resultado el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto. En la obligación de medios, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de reproche acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de resultado, el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo. Por ello, solo en este último caso es plenamente aplicable la presunción de culpa en materia contractual (artículo 1547 del *Código Civil*), pues en una obligación de medios, para una parte de la doctrina, la constatación del incumplimiento exige que la víctima pruebe la negligencia del deudor³³.

³¹ BARROS (2010) p. 666.

³² RODRÍGUEZ (2003) pp. 131-135.

³³ TAPIA (2003) p. 88.

Como tempranamente advirtió Orlando Tapia, por regla general:

“el médico no se obligará a otra cosa que a emplear en el cuidado del enfermo la prudencia y diligencia necesarias [...] no se compromete, en manera alguna, a sanar al enfermo, sino solamente a desplegar todos los cuidados y precauciones que las reglas propias de su profesión requieran”³⁴.

Por ello, para determinar si el médico ha incumplido su obligación y actuado con negligencia será necesario que el paciente acredite que el comportamiento del facultativo se aleje no del modelo del hombre medio o del buen padre de familia, sino de aquel que podía esperarse de un profesional competente y diligente. Este juicio de reproche de la conducta del médico se efectúa en abstracto, comparando el comportamiento efectivo con el esperado de un médico prudente, pero considerando, también, las circunstancias, ya que no puede exigirse igual grado de diligencia a un médico que tiene a su haber todos los recursos, con el del médico de una localidad lejana que hace hasta lo imposible por intentar curar al enfermo sin más recursos que sus estudios profesionales y una infraestructura precaria³⁵.

Volviendo al deber de información, esta obligación que pesa sobre el prestador de salud y el médico tratante no puede ser considerada como obligación de medios, sino que de resultado. Para Mauricio Tapia:

“el examen de la pertinencia o de la suficiencia de la información exige una apreciación de si en su comunicación el médico se comportó como un profesional competente y prudente y, por ello, en ese sentido, es una obligación de medios. Constituye verdaderamente, una obligación de resultado aquella de transmitir materialmente la información, de ponerla a disposición del paciente, especialmente cuando se trata de comunicar resultados de exámenes médicos”³⁶.

El deber de información es un elemento de la buena fe y que en materia contractual supone, en general, poner en conocimiento de la contraparte aspectos importantes del objeto del contrato, que en materia de salud importa cuidar la salud y la vida del paciente, y de actuar con reserva respecto de terceros en cuanto a aquellos datos cuyos conocimientos deben estar circunscritos al paciente o a sus representantes legales o personas que lo tengan bajo su cuidado. En este sentido, la ausencia de información al paciente o una información incompleta, falsa o ininteligible configura una contravención a la buena fe objetiva.

³⁴ Como se cita en TAPIA (2003) p. 88.

³⁵ TAPIA (2003) p. 89.

³⁶ *Op. cit.* pp. 94-95.

A su vez, si a esa falta de información o información defectuosa se agrega un daño subsecuente para el paciente, se configurará una negligencia culpable o dolosa del facultativo o del establecimiento de salud que dará origen a una responsabilidad civil que supondrá de parte de estos últimos el resarcimiento de los daños causados por su conducta omisiva.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS BOURIE, Enrique (2010): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BLANCO, Lourdes (2006): "El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva", en AA.VV., *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (Madrid, La Ley).
- LEIGHTON GARCÍA, Guillermo (2018): "Derecho de información al paciente. Alcances prácticos. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de fecha 29 de diciembre de 2017", *Revista Derecho Público Iberoamericano* n.º 22. Disponible en <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/87/79> [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].
- MORALES FERRER, Salvador y DAZA CORONADO, Sandra Milena (2016): "El deber de información al paciente, el consentimiento informado y el tratamiento ambulatorio en España", *Revista Novum Jus* vol. 10 n.º 2. Disponible en <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/1316/1249> [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío (2013): "La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado", *Revista Médica de Chile* vol. 141 n.º 12. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872013001200012 [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].
- PEÑAILILLO AREVALO, Daniel (2003): *Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PIZARRO WILSON, Carlos (2008): "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", *Revista de Derecho* vol. 31. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200005&script=sci_arttext [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].
- PIZARRO WILSON, Carlos (2018): "Actualidad del deber de informar en Chile", *Revista Médica de Chile* vol. 146 n.º 8. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-988720180008000909&script=sci_arttext [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].
- RAE (2022): *Diccionario de la lengua española*. Disponible en <https://dle.rae.es/oportuno%20?m=form>
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2003): *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

TAPIA SUAREZ, Orlando (1941): *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*. Memoria de prueba (Santiago, Universidad de Chile).

TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2003): "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", *Revista de Derecho* vol. 15 n.º 2. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000200004&lng=es&nrm=iso&tlng=es [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].

VIDAL OLIVARES, Álvaro (2020): *Responsabilidad civil por negligencia médica* (Santiago: Academia Judicial Chile).

Normas

Boletín 4398-11: Historia de la Ley n.º 20584.

Ley n.º 20584 (2012), sobre derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, 24 de abril de 2012.

Reglamento sobre entrega de información y expresión de consentimiento informado en las atenciones de salud (2012), decreto n.º 31 del Ministerio de Salud, 26 de noviembre de 2012.

Jurisprudencia

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2017): rol 4281-2017, Morales Molina, Loreto con Clínica Alemana de Santiago S.A. y otro, 6 de noviembre de 2017.

CORTE SUPREMA (2017): rol 89.635-2016, Fernando Emilio Serce Medina y otra con Servicio de Salud de O'Higgins y otros, 29 de diciembre de 2017.

CORTE SUPREMA (2022): rol 132.045-20, Ruiz con Servicio de Salud del Reloncaví, 14 de noviembre de 2022.

CORTE SUPREMA (2021): rol 44.150-2020, Carla Marisol de Frutos Cares con Fisco de Chile, 27 de septiembre de 2021.

Otros documentos

CÁMARA DE DIPUTADOS (2007): Primer Informe de Comisión de Salud. Informe de Comisión de Salud en sesión 56. Legislatura 355. 20 de julio de 2007.

REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG (2021): *Cirugía de las trompas de Falopio*, 2 de julio de 2021. Disponible en www.reproduccionasistida.org/salpingectomia/#:~:text=es%20una%20cirug%C3%ADa%20no%20invasiva,las%20trompas%20con%20una%20sonda [fecha de consulta: 19 de abril de 2023].

DETERMINACIÓN DE LAS CONDUCTAS
QUE ORIGINAN RESPONSABILIDAD CIVIL
DEL ABOGADO LITIGANTE.
CONFIGURACIÓN
DE UNA “FAMILIA DE CASOS”

DETERMINING THE BEHAVIORS
THAT RESULT IN CIVIL LIABILITY
FOR LITIGATING ATTORNEYS.
BUILDING A “FAMILY OF CASES”

*Jaime Ramírez Cifuentes**

RESUMEN: El trabajo tiene por objetivo articular y organizar diversas hipótesis que los tribunales chilenos y españoles han reconocido como conductas concretas y objetivas que constituyen la responsabilidad civil del abogado litigante. Para este cometido, elaboraremos un conjunto organizado y esquemático de distintos supuestos donde la judicatura ha advertido la negligencia del profesional, entre las que destacamos las omisiones que implican una infracción al deber de información para con el cliente y el abandono del procedimiento por la negligencia del abogado demandante.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad civil, responsabilidad profesional, mandato judicial.

ABSTRACT: The purpose of the work is to articulate and organize various hypotheses that the Chilean and/or Spanish courts have recognized as concrete and objective behaviors that constitute the civil liability of the litigating lawyer. For this task, a schematic organization of different cases will be prepared where the judiciary has warned of the professional's negligence, among which we will highlight the omissions that imply a breach of the duty of in-

* Abogado. Magister en Derecho Privado. Profesor de Derecho Civil de la Universidad del Desarrollo (sede Concepción). Correo electrónico: jaime.ramirez@udd.cl

formation towards the client and the abandonment of the procedure due to the lawyer's negligence.

KEYWORDS: civil liability, professional responsibility, court order.

INTRODUCCIÓN

El ejercicio de la abogacía requiere contar con una serie de cualidades morales e intelectuales, que deben acompañar la especial vocación profesional que debe tener el abogado¹. La ausencia de estas cualidades puede constituir una transgresión a las reglas consuetudinarias a las que debe regirse todo profesional del derecho. En esta sintonía, y con el propósito de darle fisonomía a esta verdadera *lex artis*, postulamos en un trabajo previo la creación de un modelo de conducta abstracto que permita al juez determinar si existió culpa por parte de un abogado durante la tramitación de un litigio². Continuando con este derrotero, el propósito de este trabajo es el estudio y la organización de las conductas concretas y objetivas que a juicio de la jurisprudencia nacional y española han ocasionado responsabilidad civil.

Empleamos la expresión *familia de casos*, utilizada por la doctrina española, para referirnos a las diversas modalidades en las que se puede producir culpa del abogado. Es decir, se trata de describir una especie de *fenomenología* de la responsabilidad del mismo³. No existe literatura nacional que haya estructurado el conjunto de casos que permitan incoar una acción de responsabilidad civil contra el abogado. En atención a esta laguna doctrinaria, nos proponemos bosquejar y determinar las conductas desplegadas por el letrado que por su solo acaecimiento impliquen negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, originándose así responsabilidad civil.

I. INOBSERVANCIA DEL DEBER DE INFORMACIÓN AL CLIENTE

Como primera circunstancia se presenta la obligación del patrocinante de informar de todas y cada una de las gestiones desplegadas en la defensa de sus derechos, así como de otras circunstancias impertinentes con la instancia, pero que sean de interés del poderdante. La doctrina española les ha dado el carácter

¹ ROMERO (2014) p. 353.

² RAMÍREZ (2023).

³ DE ÁNGEL (2008) p. 3.

de obligación accesoria, por lo que en principio no hubo mayor interés jurisprudencial sobre su incumplimiento (a esto se suma que el cliente, lego, era incapaz de advertir que había sido víctima de la omisión de tal deber). Empero, en la actualidad esta obligación ha suscitado un enorme interés en la doctrina y jurisprudencia hispana⁴.

En los tiempos modernos, debido a la complejidad de las relaciones, a la especialidad de las prestaciones y la amplitud o diversificación de productos y servicios, se vuelve imperativa la exigibilidad del deber de información, al punto de brindar dicha información sobre aspectos trascendentales del negocio que permitan ilustrar a la contraparte sobre la conveniencia del mismo⁵.

La doctrina europea reconoce tres deberes básicos emanados de la buena fe en la etapa de tratos o negociaciones preliminares: el deber de información, el deber de secreto y de conservación o custodia⁶. En esta misma línea se encuentra Carlos Chinchilla, quien postula que la buena fe es una regla relacional de comportamiento y, como tal, obligado a lo dispuesto en el negocio jurídico y a los usos y costumbres usuales entre las personas honorables, como también obliga a todas aquellas prestaciones accesorias que circunscriben a cada negocio en particular teniendo en cuenta las particularidades del caso en concreto, y que por virtud de la fuerza integradora de la buena fe se entienden incorporados a él los deberes de la obligación de información, de lealtad, de transparencia, de claridad, de diligencia, de vinculación al pacto celebrado atendiendo el interés de las partes, de cooperación, de solidaridad, de no contrariar los actos propios, etcétera⁷.

En Chile, Iñigo de la Maza se ha preguntado si esto es efectivo, si realmente el deber de informar nace del principio general de la buena fe o, más bien, este principio solo lo impone⁸. Nos decantamos por esta última aseveración, por cuanto el deber de información nace en realidad de la *lex artis* profesional; la buena fe no sería su fuente, sino tan solo un principio informador.

Tradicionalmente, se ha entendido que, bajo el derecho común de los contratos, como regla general, cada uno de los contratantes debería procurarse su propia información, salvo en casos excepcionales en que existiera un motivo justificado para imponer un deber precontractual de informar⁹. Así ocurre con la relación asimétrica entre el abogado y su cliente, donde las partes no están, por lo general, en una misma posición negociadora; por el contrario, el cliente aparece como la parte más débil del contrato, precisamente, encon-

⁴ CRESPO (2006) p. 267.

⁵ CHINCHILLA (2011) p. 328 y ss.

⁶ Por todos, MONSALVE-CABALLERO (2008) p. 116 y ss.

⁷ CHINCHILLA (2011).

⁸ DE LA MAZA (2008) pp. 46-47.

⁹ DE LA MAZA (2010).

trándose en una situación de vulnerabilidad informacional con relación al abogado. De ahí que, en ausencia de obligación legal (norma expresa) que exija al abogado informar a su cliente, el deber de aquel de proveer toda la información necesaria que le permita a este tomar una decisión razonada para contratar sus servicios, debe buscar otras justificaciones, como el principio general de la buena fe, cuyo ámbito de aplicación, a pesar del tenor limitado del artículo 1546 del *Código Civil* chileno, de forma unánime se ha entendido que se extiende a la etapa de formación del contrato o fase precontractual¹⁰.

Si bien es en la etapa precontractual en que este deber cobra especial importancia, no debe pensarse que es exclusivo de este periodo, sino que, también, debe cumplirse en todas las instancias en que perdure el vínculo contractual.

Estimamos, con todo, que el deber de información no es exclusivo a la etapa preliminar de la relación contractual, sino que debe cumplirse, también, al momento de su perfeccionamiento, ejecución y también en la etapa poscontractual. En esta sintonía, Luis Fernando Reglero postula que el deber originario del abogado, al momento de asumir la orientación de la defensa y representación judicial del poderdante, es el de identificarse ante la persona a la que asesore o defienda, incluso, cuando lo hiciera por cuenta de un tercero, a fin de asumir responsabilidades civiles, penales y deontológicas. Entre tales deberes destaca el de información adecuada durante la vigencia de la relación contractual y también, con mayor fuerza, en el momento de su extinción¹¹.

Para determinar en qué consiste el deber de información, el autor distingue tres periodos:

- Previo a un litigio, el abogado debe informar fielmente a su cliente de sus posibles pretensiones, de si estas son fundadas o no, de las probabilidades razonables de éxito de las mismas, atendiendo a su naturaleza y a las pruebas disponibles, de los medios de defensa, del eventual costo de tales medios, de la conveniencia de disminuir sus pretensiones o renunciar a alguna de ellas, etc. La omisión de este deber preliminar, en caso que se perfeccione la relación contractual entre el poderdante y el abogado, sin duda que importará un incumplimiento contractual que amerita a la reparación de los perjuicios que pueda acreditar su cliente, haciendo especial énfasis en la pérdida de la oportunidad.
- Durante la sustanciación del proceso, el abogado debe mantener puntualmente informado a su cliente de la marcha del mismo, de la conveniencia o no de la presentación de recursos, etcétera.

¹⁰ BOZZO y RUZ (2019).

¹¹ REGLERO (2007) p. 27 y ss.

- Al término del litigio, y en caso de desestimación de las pretensiones de su cliente, deberá informarle de otros posibles cauces procesales en los que aquellas puedan ser estimadas.

En términos más concretos, este deber de información puede bifurcarse en diversas hipótesis.

1. No informar sobre la existencia de otra vía procesal para formular una pretensión o para cualquier otro acto

En caso de no prosperar la acción escogida por el patrocinante, este no solo debe comunicar el resultado de la acción al cliente, sino, también, informarle que existen otras acciones, sedes o instancias en que puede hacerse valer judicial o administrativa su pretensión. Así ha sido fallado por el Tribunal Supremo¹², fundado principalmente en el artículo 1104 del *Código Civil* español, que impone al deudor la diligencia de un buen padre de familia en el cumplimiento de sus obligaciones. En la especie, el tribunal estimó que el abogado:

“tendría que haber extendido el consejo a las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil por culpa contractual o extracontractual, y a la conveniencia de mantener una entrevista inmediata con el matrimonio para explicarle con detalle el alcance y significado de tales posibilidades [...]”.

En Chile, esta situación es también posible. Así ocurrirá cuando el abogado presenta una querrela en sede penal, la cual es desestimada, sin informarle al cliente que queda a salvo la acción civil ante los tribunales ordinarios o, bien, cuando deduce una querrela infraccional y acción de indemnización de perjuicios en sede de consumo, sin informar que, en caso de desestimarse la querrela infraccional, puede intentarse una acción en sede civil¹³. También cuando solicita la nulidad del contrato por algún vicio del consentimiento y, al perder el juicio, no informa que puede intentarse la misma acción de nulidad porque el contrato no cumplió con las solemnidades requeridas por ley o cuan-

¹² TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1999) 1.º, 14 de mayo de 1999 (RJ 3106), citado en DE ÁNGEL (2008) p. 4. En la especie, el abogado ejerció una acción penal ante el Juzgado de Instrucción en contra de la Administración, por su responsabilidad en la muerte del hijo de sus clientes, fallecido en una piscina municipal. El juzgado dictó sobreseimiento y archivo de la causa. Ante ello, el abogado notificó el resultado a sus clientes, mas no informó que quedaba a salvo la acción por la vía civil. También ha negado la acción: TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2007) 1.º, RJ 1542, aunque por ausencia de culpa, no por ser improcedente la acción.

¹³ No existe problema en intentar la acción civil en sede ordinaria si previamente la querrela infraccional fue desestimada por estar prescrita. Así se ha fallado: CORTE SUPREMA (2019) rol n.º 44260-17.

do la acción de nulidad fracasa, y no informa al cliente que también existió un incumplimiento contractual, pudiendo ejercer la acción resolutoria, etc. Todas estas circunstancias son específicas y técnicas, y tienen relación con las decisiones asumidas por el patrocinante a la hora de organizar la defensa de los derechos más que una conducta negligente, motivo que induciría a pensar que no sería recomendable perseguir su responsabilidad. Nos parece, sin embargo, plausible; principalmente si se tiene en cuenta la calidad de profesional que ostenta el letrado, gozando de mayor conocimiento del área que el cliente, lo que conlleva una diligencia más estricta, cristalizándose en este caso a entregar la información suficiente que permita al cliente optar si desea perseverar en el ejercicio de sus acciones, mediante otras herramientas que la ley franquee.

2. No informar sobre la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia definitiva

En España se ha condenado al abogado a reembolsar al cliente las costas del juicio, por no haberle informado que existía la posibilidad de entablar recurso de apelación en contra de la sentencia¹⁴.

3. No informar sobre la marcha de un proceso

No informar el estado procesal constituye una omisión que importa un incumplimiento en las obligaciones y deberes del abogado, volviéndolo responsable de resarcir los perjuicios que dicha infracción le ocasiona al cliente. Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo Español¹⁵.

4. No informar al cliente sobre la inviabilidad de una demanda

Esta circunstancia escapa del deber de información, siendo el abogado responsable lisa y llanamente por su mala fe¹⁶. El Tribunal Supremo Español ha manifestado que el abogado debe:

“informar pros y contras, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costas, gravedad de la situación, probabilidad de

¹⁴ AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE (2006) Sec. 3ª, AC 655, 6, citada en DE ÁNGEL (2008) p. 4.

¹⁵ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1996) 1.º, RJ 8971; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2003) RJ 7031; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2005) 1.º, RJ 1682, todas citadas en DE ÁNGEL (2008) p. 5.

¹⁶ AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (2002) JUR 275680.

éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa de las leyes procesales y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y el Derecho”¹⁷.

5. *No entregar al cliente la documentación del proceso*¹⁸

En nuestro concepto, el incumplimiento del deber de comportamiento ocasionará, a lo menos, una pérdida de la chance para el poderdante, sea que se incumpla en la etapa preliminar (se priva al cliente de concurrir en forma oportuna al mercado a obtener otra asesoría por un letrado); durante la ejecución de la defensa judicial (se impide que el cliente pueda desistirse de las acciones impetradas o de la defensa particular del letrado, evitándose de esta forma gastos innecesarios propios de un litigio) y una vez finalizada la representación o asesoría jurídica (imposibilitaría al cliente a perseverar a través de la interposición de un recurso, o la interposición de una nueva demanda en otra sede).

Como recalca Hugo Cárdenas¹⁹, en Chile la doctrina se ha posicionado ante esta figura en dos perspectivas diferentes. Así, para autores como Mauricio Tapia, Ignacio Ríos y Rodrigo Silva²⁰, la pérdida de la chance debe ser entendida, junto con el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral, como una nueva categoría de daño indemnizable. Mientras que, para otros autores, como Enrique Barros, la pérdida de la chance sería más bien un problema causal, sirviendo esta figura como un elemento facilitador de la prueba del nexo de causalidad, en situaciones en que parece injusto que la víctima soporte el peso de la incertidumbre causal.

Para afirmar que la pérdida de la chance es un efecto del incumplimiento del deber de información, se hace menester comprenderla como una partida indemnizatoria más que un problema causal, entendiendo que la víctima tenía oportunidades de obtener un bien “aleatorio” que estaba en juego y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó esa potencia de oportunidades²¹. Esta concepción se circunscribe más al evento de que el letrado no manifieste las posibles vías que tenga su cliente para persistir en la defensa de sus derechos, contingencia de éxito incierto, que no por ello carece de valor pecuniario, pero que no puede traducirse en el pago íntegro de lo que pudo haber obtenido en

¹⁷ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, de 23 de mayo de 2001, citada en DE ÁNGEL (2008) p. 5.

¹⁸ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1998) 1.º, RJ 1651.

¹⁹ CÁRDENAS (2019) p. 1029.

²⁰ RÍOS y SILVA (2014).

²¹ TAPIA (2012) p. 646 y ss.

un juicio hipotético que no pueda llevarse a cabo por dicha falta de información, que sería la conclusión a la que habría que llegar si se entendiese que se trata, más bien, de un problema de causalidad.

II. PROVOCAR QUE LA ACCIÓN DEL CLIENTE PRESCRIBA, CADUQUE, PRECLUYA O POR SU HECHO O CULPA SE OBTENGA SENTENCIA ABSOLUTORIA O SE ABANDONE LA INSTANCIA

1. Pérdida de la oportunidad de entablar un recurso

En Chile se ha condenado al abogado que no se hace parte del recurso de apelación, tal como lo exigía el *Código de Procedimiento de Civil* previo a la entrada en vigencia de la Ley n.º 20886²². Pese a que dicha carga procesal ya no existe, pueden suscitarse situaciones análogas, como no haber preparado el recurso de casación en la forma, de conformidad al artículo 769 del *Código de Enjuiciamiento*, o no haberse patrocinado el recurso de casación por abogado habilitado que no sea procurador del número.

2. Abandono del procedimiento

Es, sin duda, la circunstancia más común en Chile. El actor deja transcurrir seis meses desde la última gestión útil, promovándose un incidente de abandono del procedimiento, el que a la postre es acogido por el tribunal.

En reiterados fallos, los tribunales nacionales han entendido que el abandono del procedimiento:

“tiene por objeto sancionar al litigante poco diligente que deja transcurrir un determinado lapso sin instar por la prosecución del juicio, generando dilaciones innecesarias e incertidumbres en la contraria y dicho periodo se interrumpe si los litigantes realizan cualquiera gestión útil, es decir, cualquier diligencia tendiente a llevar a efecto los trámites o actuaciones procesales necesarias para la prosecución del pleito”²³.

La Corte Suprema ha sostenido al respecto que el dejar transcurrir más de seis meses de inactividad procesal, implica por parte del patrocinante y del apoderado el incumplimiento de las obligaciones surgidas de la relación contractual con el cliente:

²² CORTE SUPREMA (2007) rol n.º 3291-2005.

²³ CORTE SUPREMA (2023) rol n.º 67558-2022.

“En esas condiciones, los magistrados del fondo concluyen que, siendo una obligación, la asumida por los demandados, de poner en beneficio de su mandante el comportamiento y diligencia debidos, por efecto de la referida omisión, ocasionaron negligentemente al actor un perjuicio irreparable, que incide en el resultado de su pretensión y que configura el incumplimiento de las obligaciones contractuales de los demandados, al no poner a favor del mandante el comportamiento o actividad debida para finalizar con éxito lo que, hasta la dicitación de la sentencia definitiva, había logrado”²⁴.

En el mismo fallo, la Corte deja en claro que esta responsabilidad operará aun cuando en el contrato se pacte una cuota litis, porque en tal caso el contrato sería aleatorio, pero no gratuito, como se esgrimió por los demandados.

En otro caso, ante la Corte de Apelaciones de Antofagasta, la defensa de un abogado demandado por su cliente, alegó en estrado que el abandono del procedimiento suscitado en una causa de expropiación fue una estrategia procesal, frente a la posibilidad de que se determinara una indemnización inferior a la provisional. En su fallo, la Corte de alzada desestimó en términos categóricos esa alegación, principalmente por el hecho de que el incidente de abandono del procedimiento debe ser promovido por el demandado (el fisco en la especie), por lo que su utilidad práctica es discutible. Por lo demás, cuando se promovió el incidente de abandono del procedimiento, el abogado del cliente se opuso, lo que hace aún menos creíble su supuesta estrategia procesal²⁵.

En otro orden de ideas, conviene referir sobre una cuestión que ha suscitado cierta vacilación en la jurisprudencia nacional, cual es la determinación de qué actuaciones se entienden como gestiones útiles y cuáles, en contrario, serían gestiones inútiles que no interrumpirían el plazo consignado en el artículo 152 del *Código de Procedimiento Civil*. A modo ilustrativo, se ha entendido que las actuaciones que llevan a subsanar la demanda²⁶, la solicitud de una medida precautoria²⁷ o la notificación de la resolución que recibe la causa a prueba a ambas partes²⁸ han sido consideradas gestiones útiles.

²⁴ CORTE SUPREMA (2011) rol n.º 192-2010.

²⁵ CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2014) rol n.º 204-2014.

²⁶ CORTE SUPREMA (2023) rol n.º 75573-2021.

²⁷ CORTE SUPREMA (2023) rol n.º 78626-2021.

²⁸ CORTE SUPREMA (2022) rol n.º 4654-2022. No obstante, la abogada integrante Carolina Coppo concurre al fallo, pero no concuerda con que en la especie habría que notificar a ambas partes, pues en su parecer, habría bastado que se hubiere notificado solo a una de ellas dentro del término de seis meses.

3. Realizar una diligencia en forma extemporánea o defectuosa

No presentar una acción dentro de plazo²⁹, no contestar una demanda³⁰, no interponer un recurso de apelación³¹, no asistir a la vista de la causa³², entablar la acción ante una jurisdicción incompetente³³ o en un proceso inadecuado³⁴ o, bien, impedir la posibilidad de acceso al recurso de apelación³⁵, son circunstancias que implican un claro perjuicio al cliente. En todos estos supuestos, los tribunales hispanos han estimado que existe responsabilidad del abogado.

Sin embargo, también existen sentencias que absuelven al letrado. El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 2007, rechaza un recurso de casación interpuesto en contra de la resolución dictada por la Audiencia, la que, a su vez, confirmando la resolución de primera instancia, entendió que no existe responsabilidad del abogado cuando sus errores o negligencias se deben a los datos suministrados por su cliente, los que fueron gravitantes para determinar el plazo de prescripción de la acción que debía ser incoada. Pero se ha hecho responsable al abogado que interpone una acción cuyo plazo de interposición prescribe por una interpretación normativa equivocada del letrado³⁶.

²⁹ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2003) 1.º, RJ 4630; TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1996) RJ 8971; AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA (2004) Sec. 1ª, AC 1443; AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA (2004) Sec. 4ª, AC 488, todas citadas en DE ÁNGEL (2008) p. 7. En este último caso, se condenó a un abogado que no presentó a tiempo la acusación particular en una causa penal. Pese a la impugnación de la sentencia, la Audiencia mantuvo la condena del abogado.

³⁰ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2005) 1.º, RJ 3646.

³¹ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2003) 1.º, 456/1998.

³² TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1996) 1.º, RJ 3793. En otro caso, se condenó a un procurador, pero se absolvió a tres abogados codemandados. La sala del Tribunal Supremo Español mantuvo su criterio en cuanto a que el patrocinante “no tiene obligación de vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los procuradores (STS de 27 de febrero de 2006), los cuales deben tener conocimiento de cuáles son sus obligaciones y facultades y de cómo las particularidades de la representación de oficio les imponen especiales deberes de vigilancia para garantizar la continuidad de las acciones procesales cuando la posible sustitución de unos profesionales por otros, permitida por la Ley, pueden redundar en perjuicios de quienes han obtenido la declaración de justicia gratuita” (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (2006) 1.º, RJ 3950).

³³ AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (1995); TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2003) 1.º, RJ 2093. En este último caso, el tribunal incompetente no solo desestimó la demanda, sino, también, lo condenó en costas.

³⁴ AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS (1997).

³⁵ AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA (2001) Sec. 5ª.

³⁶ AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS (2005).

III. EXTRALIMITACIÓN DE SUS FUNCIONES

Pensamos que, independiente de los amplios poderes que el cliente puede otorgar al letrado en el mandato, cualquier salida extrajudicial que provoque un resultado más perjudicial a las pretensiones indicadas en la demanda, requiere ser informada previamente al cliente. Sobre el particular, se ha condenado al abogado que concerta una transacción por una cantidad muy inferior a la que su patrocinado reclamaba, sin consultar al propio cliente³⁷.

IV. NO APORTAR UN ELEMENTO PROBATORIO DETERMINANTE PARA EL ÉXITO DE LA ACCIÓN O RECURSO INTERPUESTO

El Tribunal Supremo, en sentencia de 8 de abril de 2003, condenó a un abogado por omitir un medio de prueba imparcial necesario.

V. ACCIONES QUE HAGAN PERDER GARANTÍAS U OMISIONES QUE GENEREN QUE LOS DERECHOS DEL ACTOR SEAN BURLADOS

Caben en estas hipótesis, en materia laboral, no solicitar una medida precautoria que hubiese impedido la desviación de bienes por parte del empleador vencido, en circunstancias que existían antecedentes suficientes que demostraban el mal estado de los negocios del demandado.

En materia civil, una novación acordada por el abogado que provoque el alzamiento de una fianza, prenda o hipoteca constituida por un tercero³⁸ o la mera ampliación del plazo de conformidad al artículo 1649 del *Código Civil*.

En el ámbito penal, puede hacerse efectiva respecto del fiscal o querellante que no solicita una medida cautelar personal de sumo procedente en contra del imputado. Extremando el caso hipotético, esta omisión podría generar perjuicios morales, como ocurriría si el imputado en libertad atentara contra la vida o propiedad de la víctima. En dicho evento no nos parece discutible el que el letrado se torna responsable en los perjuicios ocasionados, pues su omisión produjo un riesgo que de sumo no debe ser tolerado por el ordenamiento, de ahí la existencia de medidas cautelares que necesariamente requieren de la intervención del letrado en la audiencia respectiva³⁹.

³⁷ AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA (2002).

³⁸ AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS (1994).

³⁹ Si bien el artículo 155 del *Código Procesal Penal* permite a la víctima solicitar alguna de las medidas que la misma disposición contempla –entre ellas, la prohibición de acercarse al ofen-

VI. DESCONOCIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA APLICABLES AL CASO

El Tribunal Supremo Español ha condenado al abogado que aplica legislación sin criterios de razonabilidad, habiendo interpretaciones no unívocas⁴⁰. En el fallo, el tribunal estimó que el abogado, en virtud del contrato de arrendamiento de servicios, a lo que se obliga, es a prestar sus servicios profesionales con la competencia y prontitud requerida por las circunstancias de cada supuesto. A partir de esta calificación jurídica se mantiene que la prestación de servicios de estos profesionales constituye lo que se conoce como una obligación de medios y no de resultados, ya que es evidente que nadie puede prever con absoluta seguridad que la pretensión del cliente ha de ser obtenida, pero el profesional no puede, con una conducta negligente, impedir la posibilidad de conseguirla, pues con ello se vulnera el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 inciso 1.º de la Constitución española⁴¹ (corolario del artículo 19 n.º 3 de la Constitución Política de la República de Chile).

El abogado debe tomar en consideración el estado de sus conocimientos, y si estos o su especialización le permiten la dirección letrada de un determinado asunto, de manera que deberá rechazarlo si considera que su formación no le permite esa dirección⁴².

Así ocurriría en Chile, si un abogado de familia no estuviera debidamente actualizado en las últimas modificaciones legales en materia de alimentos, desconociendo, por ejemplo, la Ley n.º 21389, que crea el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos y modifica diversos cuerpos legales para perfeccionar el sistema de pago de las pensiones de alimentos.

CONCLUSIONES

Del análisis jurisprudencial puede colegirse que el sentenciador reconoce e identifica que ciertas conductas, acciones u omisiones del letrado implican *per se* una infracción a la *lex artis*, principalmente por tratarse de un profesional que, por su experiencia efectiva o aparente, debe, a lo menos, representarse las eventuales repercusiones que su actuar puede ocasionarle a su cliente. No se trata, como podría postularse, de una responsabilidad estricta u objetiva. Siempre

dido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquel-, no cabe duda que se configuraría una negligencia si su querellante no la solicitare.

⁴⁰ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1998) RJ 1998, 8587, citada en REGLERO (2007) p. 27.

⁴¹ CASTRO (2005) p. 9.

⁴² REGLERO (2007) p. 28.

será necesaria la existencia de la imputabilidad por parte del profesional para que nazca la obligación indemnizatoria, estas circunstancias vendrían a manifestar dicha negligencia, y es a través de su verificación la forma en que el juez habrá de fundar una sentencia condenatoria. En otros términos, estas situaciones hacen patente la imprudencia del letrado en la defensa de los derechos de su cliente en juicio.

BIBLIOGRAFÍA

- BOZZO HAURI, Sebastián y RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2019): “El deber precontractual de información del abogado”, *Ius et Praxis* (Universidad de Talca) año 25 n.º 1: pp. 49-88.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo (2019): “La pérdida de la chance en la reciente jurisprudencia médica”, en Facultad de Derecho Universidad de Chile, *Estudios de derecho civil XIV* (Santiago: Thomson Reuters).
- CASTRO ARGÜELLES, María Antonia (2005): “La exigencia de responsabilidad en el contexto de la prestación de servicios profesionales: una reseña de jurisprudencia”, *Aranzadi Social* n.º 19/2004, Pamplona.
- CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto (2011): “El deber de información contractual y sus límites”, *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia) n.º 21.
- CRESPO MORA, María Carmen (2006): “La responsabilidad civil del abogado en el derecho español: Perspectiva jurisprudencial”, *Revista de Derecho* (Universidad del Norte) n.º 25.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo (2008): “La responsabilidad civil del abogado”. *InDret, Revista para el análisis del Derecho* n.º 1.
- DE LA MAZA, Iñigo (2008): “Buena fe, el reverso de la moneda. A propósito del dolo por omisión y el deber precontractual de informar”, *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 11.
- DE LA MAZA, Iñigo (2010): *Los límites del deber precontractual de información* (Madrid, Civitas).
- MONSALVE-CABALLERO, Vladimir (2008): “Consideraciones actuales sobre la obligación precontractual de información, una perspectiva europea”, *Revista Vniversitas* (Pontificia Universidad Javeriana) núm. 117.
- RAMÍREZ CIFUENTES, Jaime (2023): “Hacia la construcción de un modelo de conducta externo para el abogado litigante a partir del Código de Ética Profesional. Configuración de una *lex artis*”, en Universidad de Talca, *Estudios de derecho civil XVI* (Santiago, Thomson Reuters).
- REGLERO CAMPOS, L. Fernando (2007): “La responsabilidad civil de abogados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* n.º 11.

- RÍOS ERAZO, Ignacio y SILVA GOÑI, Rodrigo (2014): *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2014): *Curso de Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional y a las partes* (Santiago, Legal Publishing).
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio (2012): "Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena". *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* n.º 2 (diciembre).

Jurisprudencia

- AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS (1994).
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS (1997): Civil, de 11 de abril de 1997.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (1995): Civil, de 2 de noviembre de 1995.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA (2002): Civil, Sec. 1ª, 6 de septiembre de 2002, JUR 275680.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE BURGOS (2005): 15 de septiembre de 2005.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA (2002): Civil, de 10 de diciembre de 2002, ID Tirant JUR 2003/43315.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIRONA (2004): Civil, Sec. 1ª, de 28 de junio de 2004, AC 1443.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA (2001): Civil, Sec. 5ª, 26 de febrero de 2001.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTA CRUZ DE TENERIFE (2006): Civil (2006): Sec. 3ª, 20 de enero de 2006, AC 655.
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA (2004): Civil, Sec. 4ª, de 4 de marzo de 2004, AC 488.
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA (2014): rol n.º 204-2014, 23 de septiembre de 2014.
- CORTE SUPREMA (2007): rol n.º 3291-2005, 11 de abril de 2007.
- CORTE SUPREMA (2011): rol n.º 192-2010, 6 de diciembre de 2011.
- CORTE SUPREMA (2019): rol n.º 44260-2017, 7 de marzo de 2019.
- CORTE SUPREMA (2022): rol n.º 4654-2022, 3 de octubre de 2022, ID WestLaw CL/JUR/ 37617/2022.
- CORTE SUPREMA (2023): rol n.º 78626-2021, 1 de marzo de 2023, ID WestLaw CL/JUR/8487/ 2023.
- CORTE SUPREMA (2023): rol n.º 67558-2022, 11 de abril de 2023, ID WestLaw CL/JUR/14474/ 2023.
- CORTE SUPREMA (2023): rol n.º 75573-2021, 17 de abril de 2023, ID WestLaw CL/JUR/14671/ 2023.

- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1996): 1.º, 20 de mayo de 1996, RJ 3793.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1996): 1.º, 16 de diciembre de 1996, RJ 8971.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1998): 1.º, 25 de marzo de 1998, RJ 1651.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (1998): 3 de octubre de 1998, RJ 1998, 8587.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2003): 1.º, 14 de febrero de 2003, RJ 2093.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2003): 1.º, 15 de julio de 2003, RJ 4630.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2003): 1.º de 13 de octubre de 2003. RJ 7031.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2003): 1.º, 2 de diciembre de 2003, 456/1998.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2005): 1.º, de 18 de febrero de 2005, RJ 1682.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2005): 1.º, de 28 de abril de 2005, RJ 3646.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2006): 1.º, 11 de mayo de 2006, RJ 3950.
- TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2007): 1.º, 23 de marzo de 2007, RJ 1542.

RADIOGRAFÍA NORMATIVA A LA INFORMACIÓN POSITIVA EN LAS PREDICCIONES Y EVALUACIONES DE RIESGO CREDITICIO Y COMERCIAL

NORMATIVE OVERVIEW OF POSITIVE CREDIT INFORMATION IN CREDIT AND COMMERCIAL RISK PREDICTIONS AND ASSESSMENTS

*José Pedro Fermandois Santa Cruz**

RESUMEN: Frente a la aprobación de recientes leyes que regulan la protección y circulación de datos personales financieros, y ante relevantes cambios legislativos en curso, se reivindica la importancia de conocer e interpretar de manera correcta la normativa vigente que rige las evaluaciones de riesgo comercial y crediticio. El trabajo analiza las normas claves en esta materia y sus fundamentos históricos, incluido el proceso de evolución normativa. Luego, aporta algunas reflexiones finales y conclusiones interpretativas respecto a algunos de los preceptos más controversiales.

PALABRAS CLAVE: información positiva, evaluaciones de riesgo comercial y crediticio, predictores de riesgo de crédito, datos personales financieros.

ABSTRACT: In light of the recent enactment of laws governing the protection and circulation of financial personal data, and in the context of significant ongoing legislative changes, this study underscores the significance of comprehending and accurately interpreting the existing regulations that govern commercial and credit risk assessments. It will delve into an analysis of key regulations and their historical underpinnings, subsequently offering some concluding reflections and interpretative insights concerning certain contentious provisions.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jpfermandois@uc.cl

KEYWORDS: positive credit information, commercial and credit risk assessments, credit scores, financial personal data.

INTRODUCCIÓN

El sistema financiero chileno es robusto y goza de un amplio prestigio internacional¹. No obstante, los nuevos desarrollos tecnológicos, el acelerado desarrollo del mercado de los datos y los numerosos aspectos perfectibles de la legislación actual, han llevado a que desde hace años el país se encuentre inmerso en un proceso de modernización de su normativa financiera y de protección de datos. Ambas materias estrechamente ligadas. El necesario entusiasmo reformista no debe descuidar la situación normativa actual y sus fundamentos, que no solo rigen las operaciones diarias, sino que constituyen el punto de partida sobre el cual se diseñan y construyen los cambios regulatorios. Así, sea que se trate de mera curiosidad académica, o de emprendedores que buscan financiamiento y se preguntan por qué no lo obtienen o que buscan desempeñarse en el ámbito financiero, es legítimo preguntarse, ¿cuáles son las reglas que rigen las evaluaciones de riesgo en la actualidad? Abordando tal interrogante, pero dejando de lado apreciaciones doctrinarias, este trabajo se propone proveer de un análisis comprensivo de la normativa, incursionando en los fundamentos históricos de algunas de sus normas más relevantes y de su proceso de evolución, proveyendo algunas reflexiones y conclusiones interpretativas al respecto.

El crédito es una pieza clave en crecimiento económico del país y en la inclusión económica de los diversos sectores de la población. El buen funcionamiento del sistema de préstamos está ligado a buenas evaluaciones de riesgo, puesto que: “El comportamiento pasado es un indicador extremadamente confiable para predecir el comportamiento futuro”². Los prestamistas deben ser capaces de prever los riesgos de que los deudores específicamente considerados incumplan sus obligaciones, de lo contrario aumentan las tasas de incumplimiento, se otorgan menos créditos y las condiciones del mismo son menos ajustadas a la realidad de cada deudor. Por ello, se ha reconocido la necesidad de que quienes participan de los procesos crediticios cuenten con información suficiente para llevar a cabo sus evaluaciones. Se reconoce que esto es una forma de beneficiar a las personas y empresas que buscan financiamiento, junto con resguardar la salubridad del sistema financiero en general.

En esta línea, el legislador impuso ciertas obligaciones a quienes participan en el proceso crediticio, con el fin de que los productos financieros se ajusten

¹ COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2022) p. 9.

² CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2006) p. 6.

ten a la realidad del cliente. A fines del año 2021, con el objetivo declarado de facilitar el acceso al crédito, de evitar el sobreendeudamiento y de robustecer los derechos de los consumidores se promulgó la Ley n.º 21398, que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores (en adelante, Ley Pro Consumidor). Entre otras cosas, la Ley Pro Consumidor estableció la obligación de las instituciones prestamistas de evaluar la solvencia económica de los consumidores teniendo a la vista “información suficiente” antes de celebrar la respectiva operación de crédito de dinero³, debiendo informar al solicitante de las razones que llevaron a la aprobación o rechazo del mismo.

Un año después se promulgó la Ley n.º 21521, que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros (en adelante, Ley Fintec). Además de la creación de un sistema de finanzas abiertas con el objetivo de permitir el intercambio de información entre distintos prestadores de servicios de información de clientes financieros, dicha ley creó una categoría especial de servicios, denominada “asesoría crediticia”⁴, cuyo objetivo consiste en la evaluación del riesgo comercial de terceros. Al respecto, el artículo 9º de la ley impone la obligación de que estos servicios cumplan ciertos estándares de idoneidad, lo que supone que se ajusten a la realidad y necesidades de los clientes.

El legislador mandata que los préstamos que se otorguen se ajusten a la realidad del deudor, lo que supone cursar una evaluación de riesgos informada, sustentada en información completa. Es aquí donde se pueden encontrar dificultades. Tradicionalmente el sistema de crédito en Chile –al menos el no bancario– se ha estructurado en torno a información sobre incumplimientos financieros, tales como protestos y morosidades (también llamada “información negativa”)⁵. Se ha dejado de lado la información sobre el buen comportamiento de pago de las personas y sobre sus deudas vigentes –no morosas– (también llamada “información positiva”). Como ha sostenido la jurisprudencia:

³ Artículo 17 N del DFL n.º 3 de 2019 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.º 19496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

⁴ Definida en el artículo 3.º n.º 1 como: “la prestación de servicios de evaluaciones o recomendaciones a terceros respecto de la capacidad o probabilidad de pago de personas naturales y jurídicas o entidades, o de la identidad de éstas, para fines de la obtención, modificación o renovación de un crédito o financiamiento”.

⁵ En la actualidad, gran parte de la información negativa puede extraerse del *Boletín Comercial* de la Cámara de Comercio de Santiago, regulada por el decreto supremo n.º 950, del Ministerio de Hacienda, del año 1928. Además, la información relativa a morosidades y protestos, aunque con limitaciones, puede comunicarse sin el consentimiento del deudor para ser usado por las entidades otorgantes de créditos en los procesos de evaluación de riesgo crediticio, de conformidad con el artículo 17 de la Ley n.º 19628 y a la Ley n.º 20575.

“Mientras la información negativa da cuenta del historial de incumplimientos comerciales de los deudores, la información positiva incluye antecedentes relativos a la totalidad de las cuentas de crédito abiertas o cerradas, incluyendo datos relativos a los montos efectivamente financiados y al comportamiento de pagos”⁶.

Las próximas páginas abordan la problemática de la falta de información positiva desde dos puntos de vista distintos. Por un lado, se tratan las fuentes de información disponibles, a partir de las cuales llevar adelante la ponderación de riesgos; por otro, las limitaciones que la ley impone a la utilización de tal información.

I. SOBRE LAS EVALUACIONES DE RIESGO COMERCIAL EN GENERAL

En el proceso de concesión de créditos, las instituciones llevan a cabo evaluaciones de riesgo sobre los solicitantes de préstamos. Estas evaluaciones se basan en el análisis de la solvencia y el historial de los solicitantes, con el propósito de estimar la probabilidad de incumplimiento de futuras obligaciones. A partir de este análisis, las entidades financieras toman decisiones sobre la viabilidad de otorgar el préstamo, así como las condiciones asociadas a su concesión. Para realizar evaluaciones de riesgo efectivas, es esencial contar con información precisa y completa de los prestatarios evaluados, de modo que estas evaluaciones reflejen de manera precisa el verdadero riesgo los solicitantes⁷.

La información da transparencia, y esta es fundamental para todas las partes, más aún para aquellos que buscan financiamiento⁸. Para el acreedor, la transparencia le permite discernir entre prestatarios responsables y aquellos con historiales deficientes. Esta posibilita ajustar el monto del crédito según la capacidad de pago del solicitante, reduciendo el riesgo de impago y facilitando el proceso de préstamo. También permite identificar aquellas personas que, a pesar de haber incumplido obligaciones en el pasado, son buenos candidatos

⁶ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2015) rol NC n.º 429-15, párrafo 43.

⁷ MAS BADIA (2018).

⁸ Como sostuvo el vicepresidente del Banco Central en una presentación del año 2021: “los mayores beneficiados con el acceso a la información financiera son los usuarios, actuales o potenciales, del sistema financiero, especialmente aquellos que siendo buenos pagadores, pueden ser objeto de discriminaciones” en VIAL (2021) p. 3. Dicha presentación tenía por finalidad advertir sobre los efectos adversos que podría tener la iniciativa parlamentaria *Boletín* n.º 13.414-03, cuyo objetivo era reducir la disponibilidad de información financiera de los deudores durante la duración de la emergencia sanitaria que vivía el país por razón del COVID-19.

para crédito. Del mismo modo, una evaluación de riesgo favorable beneficia al solicitante al permitirle acceder a condiciones que se alinean con su verdadera situación financiera. Esto, a su vez, reduce los riesgos de sobreendeudamiento y favorece el cumplimiento de las obligaciones financieras. Asimismo, incentiva un comportamiento de pago responsable, ya que el cumplimiento oportuno de las obligaciones crediticias puede ser reconocido de manera positiva al buscar nuevas oportunidades de financiamiento en el futuro.

En contraposición, la falta de información da lugar a asimetrías de información, donde “el prestatario tiene un conocimiento mucho mayor que el prestamista sobre la probabilidad de que reembolse sus deudas”⁹. Las asimetrías de información tienen diversas repercusiones perjudiciales para el funcionamiento del sistema financiero. Según lo sostenido por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en una resolución que se analiza más adelante,

“si los prestamistas son incapaces de evaluar correctamente la solvencia de sus prestatarios, ello incide en un aumento de las tasas de incumplimiento e indirectamente afecta la rentabilidad de los primeros”¹⁰.

Entre otros efectos negativos, la falta de información fomenta el sobreendeudamiento de los individuos y la discriminación hacia los buenos pagadores, cuyo acceso a financiamiento no solo se ve limitado, sino que, también, enfrentan aumentos en las tasas de interés debido a la imputación de riesgos que no les son inherentes.

Para abordar las asimetrías de información, los prestamistas pueden recurrir a diversas soluciones. Una opción es contratar investigadores para evaluar la capacidad de pago real del solicitante, aunque esta medida puede resultar costosa para préstamos de pequeña cuantía. Otra alternativa consiste en requerir que el deudor constituya una garantía que cubra la deuda en caso de incumplimiento¹¹. No obstante, como ha señalado el Banco Mundial:

“la exigencia de garantías suele ser problemática, en especial en países en desarrollo y particularmente en el caso de empresas de creación reciente, microempresarios y pequeñas y medianas empresas (PYME), que, por lo general, no disponen de activos suficientes para utilizar como garantía. Además, la valuación y liquidación de activos utilizados como garantía puede ser un proceso muy costoso para los prestamistas que en algunos casos conlleva períodos de tiempo significativos. Según una encuesta del Banco Mundial, en la mayoría de los países

⁹ CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2006) p. 5.

¹⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2015) rol NC n.º 429-15, párrafo 41.

¹¹ CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2006) p. 5.

en desarrollo, hacer cumplir un contrato lleva entre uno y dos años, y cuesta aproximadamente entre el 20% y el 40% del costo de la deuda. En casos extremos –por ejemplo, en el Congo–, esto supone un promedio de tres años y puede costar hasta 250 veces el costo de la deuda”¹².

Una alternativa más viable, en especial para individuos y pequeñas empresas, radica en el establecimiento de un historial crediticio sólido, que actúe como aval de la confiabilidad del deudor. De esta forma, un buen historial puede actuar como una “garantía de reputación” para quien no puede ofrecer otras garantías¹³. Para lograrlo, existen empresas que se dedican a recopilar información de diversas fuentes, la cual se emplea para elaborar informes comerciales, que detallan el historial del solicitante.

Es crucial que estos informes reflejen tanto aspectos positivos como negativos del riesgo de una persona. “Los informes que incluyen información positiva permiten al prestamista evaluar más correctamente la solvencia de un prestatario”¹⁴. Asimismo:

“la inclusión de información positiva también permite a los bancos y a otros prestamistas prestar más u otorgar más crédito sin dejar de mantener las tasas de incumplimiento en el mismo nivel”¹⁵.

Por el contrario:

“las bases de datos que sólo contienen información negativa excluyen a los prestatarios de alto riesgo que acumularon una exposición de deuda significativa sin haber llegado a incumplir el pago de un préstamo. En esos casos, incluso un incidente repentino y temporal en el ingreso del prestatario puede causar un efecto dominó de incumplimientos en todas las cuentas”¹⁶.

Resulta fundamental contar con la máxima cantidad de información posible en las evaluaciones de riesgo, abarcando aspectos negativos y positivos.

¹² CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2006) p. 5.

¹³ BANCO MUNDIAL (2011).

¹⁴ *Op. cit.* p. 12.

¹⁵ *Op. cit.* p. 13.

¹⁶ BANCO MUNDIAL (2011) p. 12. Otro autor destaca: “Cuando los prestamistas solo comparan información negativa, ello implica una sanción para los incumplidores, pero no da información de los prestatarios de alto riesgo que todavía no han incumplido, pero tienen un alto nivel de endeudamiento. Esta deficiencia del sistema se traduce en una mayor tasa de incumplimientos cuando solo se comparte información negativa que cuando se incluye también información positiva” CUENA (2017) p. 30.

Sin embargo, en Chile, la regulación favorece la recopilación y divulgación de morosidades y protestos, convirtiéndolo en un sistema de información primordialmente negativo, con solo algunos elementos de información positiva¹⁷. A continuación, se examinan las principales fuentes de información en el país, haciendo especial hincapié en las alternativas disponibles para acceder a información positiva.

II. FUENTES DE INFORMACIÓN CREDITICIA

1. Fuentes de información negativa

El decreto n.º 950 del Ministerio de Hacienda de 1928 prescribe la obligación de diversas entidades¹⁸ de reportar periódicamente a la Cámara de Comercio de Santiago diversos antecedentes financieros de carácter negativo que tengan en sus registros. La Cámara de Comercio de Santiago recibe de manera gratuita esta información, la cual debe agrupar por materia y orden alfabético y publicar en un boletín comercial semanal, el *Boletín de Informaciones Comerciales* (en adelante *BIC*). No es exagerado afirmar que el *BIC* constituye la principal fuente de información financiera accesible al público; y según se anticipó, contiene exclusivamente información negativa.

El artículo 7.º de dicho cuerpo normativo:

“prohíbe a toda imprenta o empresa periodística que no sea la encargada por la Cámara de Comercio de Chile, la publicación de los datos a que se refiere el presente decreto”,

sin perjuicio de que las diversas entidades que participen de los procesos crediticios podrán acceder a la información publicada y utilizarla en sus evaluaciones de riesgo.

La Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada, promulgada el año 1999, también contiene una regulación especial (título III) para la utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial. Al respecto, y sin perjuicio de las excepciones enumeradas (e.g. deudas educacionales), el inciso primero del artículo 17¹⁹

¹⁷ TURNER (2010) p. 23.

¹⁸ Estas son: notarios públicos, los juzgados de letras con competencia civil de mayor y menor cuantía, los conservadores de bienes raíces, diversos organismos del Estado que realicen actividades destinadas a promover el desarrollo económico del país, la Asociación Nacional de Ahorro y Préstamo, y los bancos y sociedades financieras.

¹⁹ “Artículo 17.- Los responsables de los registros o bancos de datos personales sólo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario

dispone que los responsables de los registros o bancos de datos personales solo podrán comunicar información que verse sobre obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial cuando (en síntesis):

- i) consten en protestos;
- ii) traten sobre incumplimientos y morosidades o
- iii) sean de aquellas autorizadas por decreto supremo del Presidente de la República.

Las primeras dos hipótesis del artículo 17 (protestos y morosidades) refieren a casos de información negativa, es decir, incumplimientos. Respecto a la tercera hipótesis (información autorizada por decreto supremo del Presidente), solo se registra un decreto de estas características, que es el decreto n.º 950 de 1928, antes referido, que regula el *BIC*. En otras palabras, el único tipo de información que puede ser comunicado sin consentimiento del titular a la fecha, de conformidad al artículo 17, es la información negativa, pues todas las hipótesis contempladas versan sobre este tipo de información.

Por último, existe una fuente adicional que habilita el tratamiento lícito de información de carácter económico, financiero, bancario o comercial. Se trata de aquella que provenga o se recolecte de fuentes accesibles al público (artículo 4.º, inciso quinto de la Ley n.º 19628). Si la información se encuentra lícitamente disponible en una de estas fuentes, y esta se ha extraído de ahí, entonces su tratamiento es lícito, lo que permitiría su recopilación y utilización en las evaluaciones de riesgo. Debe entenderse que esta regla sería aplicable a información positiva como negativa. Sin embargo, en la práctica no existen fuentes accesibles al público que contengan información positiva, sino solo negativa, como el *BIC*.

2. Información positiva: *normativa bancaria*

La principal fuente de información positiva en el país proviene de la regulación bancaria, en específico, de la Comisión para el Mercado Financiero (en ade-

o comercial, cuando éstas consten en letras de cambio y pagarés protestados; cheques protestados por falta de fondos, por haber sido girados contra cuenta corriente cerrada o por otra causa; como asimismo el incumplimiento de obligaciones derivadas de mutuos hipotecarios y de préstamos o créditos de bancos, sociedades financieras, administradoras de mutuos hipotecarios, cooperativas de ahorros y créditos, organismos públicos y empresas del Estado sometidas a la legislación común, y de sociedades administradoras de créditos otorgados para compras en casas comerciales. Se exceptúa la información relacionada con los créditos concedidos por el Instituto Nacional de Desarrollo Agropecuario a sus usuarios, y la información relacionada con obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial en cuanto hayan sido repactadas, renegociadas o novadas, o éstas se encuentren con alguna modalidad pendiente”.

lante CMF). Su uso se encuentra reservado, fundamentalmente a los bancos. El artículo 14 de la Ley General de Bancos²⁰ mandata a la CMF a mantener de manera permanente información refundida para el uso exclusivo de las instituciones fiscalizadas. Esta información refundida es conocida como la “nómina de deudores” la que se elabora a partir de la información de deuda que las diversas entidades financieras fiscalizadas le reportan de manera periódica. La CMF consolida tal información y la pone a disposición de dichas entidades para la gestión de riesgos. Los bancos pueden consultar tal información sin necesidad de contar con el consentimiento del titular de los datos. Además, la misma institución pone a disposición de las personas un informe de deuda individual en su sitio web, donde cada uno puede consultar la información refundida de sus obligaciones personales²¹.

La nómina de deudores de la CMF es la única fuente oficial consolidada de información positiva y negativa, pero no puede usarse por otras entidades que no sean aquellas que la reciben directamente. El R04, el R05 y el capítulo 18-5 de la RAN de la CMF profundizan sobre el contenido, los deberes de reserva y la utilización de la información sobre deudores que entrega el ente administrativo.

3. Información positiva a partir del consentimiento del titular

Fuera de la nómina de deudores de la CMF, en la actualidad no hay otras fuentes consolidadas de información positiva en operación, al menos no reguladas en la normativa. Con todo, por aplicación de las reglas generales que rigen el tratamiento de datos personales, es factible la recopilación de información de deuda positiva, en la medida en que se cuente con el consentimiento expreso del titular de los datos (artículo 4.º de la Ley n.º 19628). Así, se analizan a continuación algunas fuentes de información positiva sobre la base del consentimiento.

²⁰ “Con el objeto exclusivo de permitir una evaluación habitual de las instituciones fiscalizadas en virtud de la presente ley por firmas especializadas que demuestren un interés legítimo, la Comisión deberá darles a conocer la nómina de los deudores de las entidades antes señaladas, los saldos de sus obligaciones y las garantías que hayan constituido. Lo anterior sólo procederá cuando la Comisión haya aprobado su inscripción en un registro especial que abrirá para los efectos contemplados en este inciso y en el inciso cuarto del artículo 154. La Comisión mantendrá también una información permanente y refundida sobre esta materia para el uso de las instituciones fiscalizadas en virtud de la presente ley. Las personas que obtengan esta información no podrán revelar su contenido a terceros y, si así lo hicieren, incurrirán en la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”.

²¹ Disponible en <https://informedeudas.cmfchile.cl/informedeudacb/aplicacion?indice=110.0> [fecha de consulta: 1 de octubre de 2023].

Con un enfoque en el consumidor financiero, existen empresas “fintec”²², contando con la autorización del mismo, gestionan su información comercial y acceden a sus datos personales contenidos en registros o bancos de datos de carácter económico, financiero, bancario o comercial, positivos como negativos. De esta forma, acceden al informe de deuda personal que proporciona la CMF²³. Con ello, ofrecen facilitar la gestión de deudas y ofrecen productos personalizados a la situación financiera del usuario.

También es común que, para acceder a crédito, se les solicite a las personas acompañar antecedentes que permitan a la entidad financiera evaluar de mejor manera sus rentas, niveles de deuda, bienes, etc. Esto, sin embargo, tiene notorias limitantes frente a sistemas consolidados de deuda, que no solo permiten construir registros de la historial de deuda de las personas más completos, sino que, también, favorecen el otorgamiento de mejores condiciones a través de la competencia.

En una mayor escala, pero también a partir del consentimiento, destaca el intento de la empresa Equifax, el año 2015, de implementar una plataforma de intercambio de información positiva denominado *Exchange*, que sería gestionado por dicha empresa. Enfocado en un comienzo en las empresas del *retail*, la intención era que los participantes del sistema (distintas empresas emisoras de crédito) pudieran intercambiar recíprocamente información positiva de sus clientes. Con esta información integrada, las empresas participantes del sistema podrían elaborar informes comerciales de personas naturales con información más completa, que incluya información crediticia positiva para complementar, de este modo, la información crediticia negativa ya disponible. En este contexto, Equifax ingresó el año 2015 una consulta al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) con el objetivo obtener un pronunciamiento de la magistratura acerca del apego de esta iniciativa comercial a las disposiciones del decreto ley n.º 211, que fija las normas para la defensa de la libre competencia.

Según especifica la resolución del TDLC, que se pronunció sobre la consulta, la información positiva que se compartiría en estos informes comerciales consistiría en antecedentes sobre *leverage*, carga financiera, renta estimada, índice socioeconómico estimado, estructura de cuotas y deudas, y comportamiento histórico de pagos de los diversos clientes²⁴.

Durante la tramitación de la consulta, diversas entidades del mundo financiero, estatales y privadas se pronunciaron sobre la iniciativa, esgrimiendo

²² Es decir, que prestan servicios financieros a través de medios tecnológicos, de conformidad al artículo 1.º de la Ley Fintec.

²³ Este servicio lo provee, por ejemplo, la fintec “Destácame”, que hace algunos años opera en Chile.

²⁴ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2015) rol NC n.º 429-15, párrafo 38.

argumentos a favor y en contra de ella. El balance fue más bien positivo en cuanto a la necesidad de crear un sistema que integre datos positivos en las evaluaciones de riesgo financiero²⁵. El TDLC finalmente, luego de analizar los riesgos y beneficios asociados, se pronunció de manera favorable sobre la consulta, determinando que el sistema *Exchange* se ajustaba a las normas de defensa de la libre competencia, en la medida en que se cumplieran algunas condiciones establecidas en la parte resolutive. La principal de las condiciones impuestas fue que Equifax no podría acordar con los clientes del servicio *Exchange* cláusulas de exclusividad o incentivos que tengan por objetivo que dichos clientes entreguen información crediticia positiva de manera exclusiva a Equifax, o que obliguen a adquirir informes comerciales sólo de dicha empresa²⁶.

Sobre las exigencias para el tratamiento de datos personales involucrados en la prestación de este servicio, el TDLC previno que tal pronunciamiento:

“en ningún caso exime a la Consultante de adoptar los demás resguardos que sean necesarios para que el servicio *Exchange* que se propone implementar cumpla con las otras disposiciones legales que sean aplicables, incluyendo, dentro de ellas, la Ley N° 19.628 y otros cuerpos legales o reglamentarios relativos a la protección de los datos personales”²⁷.

Sin perjuicio de que el TDLC se manifestó a favor de esta iniciativa, no se encuentran registros de que dicho sistema propuesto por la empresa Equifax haya entrado en operaciones, por lo que no consta que esta constituya una fuente de información positiva que se utilice en la actualidad en el país.

Así, si bien no se han identificado grandes impedimentos en materia de libre competencia, y, si bien las reglas generales en materia de protección de da-

²⁵ Prácticamente todas las entidades intervinientes se manifestaron a favor de la existencia de mayor información positiva en el sistema comercial, sin embargo, no todas apoyaron la creación de un sistema de información positiva en manos de Equifax, tanto por razones de libre competencia como por razones de protección de datos personales. Entre las entidades que esgrimieron argumentos a favor se encontraba la Fiscalía Nacional Económica, aunque con razonables prevenciones en materia de libre competencia. El Banco Central, por su parte, esgrimió argumentos a favor de la existencia de más información positiva en el mercado, pero optó por reivindicar la importancia de aprobar un proyecto de ley en la materia antes que por apoyar la iniciativa *Exchange*.

²⁶ Condición primera de la parte resolutive. Otras condiciones impuestas se encontraba la exigencia de remitir a la Fiscalía Nacional Económica copia de los términos generales de contratación que pretenda establecer en los contratos que celebre con las empresas proveedoras de crédito que se asocian al servicio *Exchange*. Especificándose que tal obligación deberá ser cumplida con anterioridad al inicio de la prestación de dicho servicio o a cualquier modificación sustancial de dichos términos generales.

²⁷ Párrafo 75.

tos personales permiten la iniciativa privada para crear bases de datos positivas sobre la base del consentimiento, lo cierto es que este pareciera ser un terreno bastante virgen. Por una u otra razón, quizá debido a una mala interpretación de la Ley n.º 20521 (que se analiza más adelante) o debido a la dificultad de obtener el consentimiento expreso de tantas personas, no se registran grandes fuentes privadas de información positiva.

En el ámbito estatal se debe destacar la reciente aprobación de la Ley Fintec, la que encomendó a la CMF la implementación de un sistema de finanzas abiertas, según las bases legales detalladas en el título III de la ley. Conforme al artículo 16 de la misma, este sistema tiene por finalidad permitir el intercambio entre distintos prestadores de servicios de información de clientes financieros que hayan consentido expresamente en ello. Entre otra información relevante, el sistema de finanzas abiertas permitirá el intercambio de:

“Información sobre las condiciones comerciales contratadas y el uso o historial de transacciones realizadas por los Clientes respecto de los productos y servicios financieros [...] incluyendo: a) cuentas corrientes y sus líneas de crédito asociadas, cuentas a la vista, cuentas de provisión de fondos y cuentas de ahorro; b) tarjetas de crédito, con sus respectivas líneas de crédito asociadas; c) operaciones de crédito de dinero; d) pólizas de seguro; e) instrumentos de ahorro o inversión; f) servicios de operación de tarjetas y medios de pago similares, y g) otros productos o servicios financieros que defina la Comisión por norma de carácter general”.

Debido a la gran extensión de la información incluida, el sistema de finanzas abiertas de la Ley Fintec tiene la potencialidad de convertirse en una muy relevante fuente de información de deuda positiva de las personas. Así, existen altas –y justificadas– expectativas en torno al impacto que este tendrá en la competencia y prestación de servicios financieros, así como en la transparencia del proceso de crédito. Sin perjuicio de ello, se deben tomar en cuenta algunas consideraciones. Entre otras, los amplios plazos de vacancia que el legislador previó para implementar el sistema de finanzas abiertas (artículo tercero transitorio). Así, se prevén: dieciocho meses desde la publicación de la ley para que la CMF dicte la normativa que regirá el sistema; y luego un máximo de dieciocho meses luego de la dictación de la normativa como meta para entrar en funcionamiento el sistema. Además, hay numerosa normativa que deberá dictar la CMF en los meses y años que vienen, que definirán en gran medida las condiciones de eficiencia, carga y extensión de la operación del sistema. Para gran parte de la industria, la participación en el sistema de finanzas abiertas es voluntaria, por lo que es previsible que se mantengan al margen de este si la carga regulatoria es demasiado intensa. Asimismo, el artículo 17 dispone que

toda información e historial de transacciones (incluso sobre información positiva) que se intercambie no podrá tener una antigüedad superior a cinco años. Por otro lado, se exigen requisitos, inscripciones y autorizaciones para poder participar en el intercambio de información en el sistema. Si a todo esto se le suma que el legislador previó que todo intercambio de información deberá hacerse contando con el consentimiento previo y expreso del titular de los datos, entonces existen suficientes razones para ser cautos en cuanto a las expectativas en torno a la significancia que tendrá este sistema como fuente de información positiva –al menos– en el corto y mediano plazo. Por todas estas razones, no deben perderse de vista cuáles son las fuentes de información vigentes, ni dejarse pasar las oportunidades para mejorar las ya existentes a través de cambios legislativos.

4. Iniciativas legislativas en materia de fuentes de información positiva

Aunque el objeto de este trabajo no es profundizar sobre la tramitación de proyectos de ley en curso, sino sobre la normativa vigente, vale la pena repasar brevemente algunos de los más importantes.

El principal proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional en materia de protección de datos personales es el de reforma a la Ley n.º 19628 (*Boletín* n.º 11.144-07). Encontrándose en su tercer trámite constitucional en el Senado, la iniciativa modifica de manera casi completa la ley actual, aumentando los estándares de protección y equiparándolos, en buena medida, a los de la normativa europea. Junto al consentimiento como causal de licitud para el tratamiento de datos, se incorpora, también, otras modernas causales para la justificación del tratamiento, varias de las cuales podrían favorecer el intercambio de información positiva cuando esta sea usada para evaluar el riesgo comercial. Así, y a modo de ejemplo, se incorpora la causal de licitud de “satisfacción de intereses legítimos” (artículo 13, d), la que en el Reino Unido, por ejemplo, se utiliza para fundar el tratamiento de datos con motivos comerciales²⁸. Además, se permite el tratamiento sin consentimiento cuando sea “necesario para la ejecución o el cumplimiento de una obligación legal” (artículo 13, b), lo que podría relacionarse con el deber legal que el artículo 17N de la Ley

²⁸ La autoridad de protección de datos en el Reino Unido, “Information Commissioners Office”, asevera: “se puede procesar datos personales sin consentimiento si se necesita hacerlo por intereses legítimos (incluido el beneficio comercial), a menos que esto sea superado por los derechos e intereses del individuo” (traducción no es oficial). Disponible en <https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/lawful-basis/consent/when-is-consent-appropriate/#:~:text=Legitimate%20interests%3A%20you%20can%20process,ability%20to%20use%20this%20basis> [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

n.º 19496 impone a los otorgantes de crédito, los que deben evaluar la solvencia de los solicitantes antes de la aprobación o rechazo del crédito.

Sin perjuicio de ello, el único título de la ley que no sería reformado es el título III, que regula el tratamiento de datos: personales, económicos, financieros, bancarios y comerciales. Así, tratándose de datos personales financieros, no se otorgan mayores facilidades específicas para la circulación y utilización de información positiva en las evaluaciones de riesgo. Esto ha sido objeto de críticas, como afirma Sebastián Bozzo:

“Se pierde así una oportunidad para avanzar en el tratamiento de datos personales que permita a los proveedores financieros conocer el estado actual de endeudamiento del consumidor. Para evitar el sobreendeudamiento es necesario conocer el nivel de endeudamiento, permitiendo que los proveedores conozcan no solo el incumplimiento de sus obligaciones, sino que también aquellas obligaciones financieras actuales que no han sido incumplidas. Es decir, establecer la existencia de un sistema de información crediticia positivo y no sólo negativo como existe en la presente ley. De considerarse lo anterior, el mayor beneficiado sería el consumidor, permitiendo que gran parte de los consumidores que se encuentran en el mercado financiero informal pasen al formal. Por otra parte, la valoración de un incumplimiento determinado y aislado no sería sancionado por el proveedor, si éste tuviese los antecedentes históricos que den cuenta del buen comportamiento del cliente”²⁹.

En cambio, la discusión de la reforma a la Ley n.º 19628 pareció dejar la materia de la información financiera positiva a una iniciativa legislativa diferente. Se trata del proyecto de ley que crea un registro de deuda consolidada (*Boletín* n.º 14.743-03), que actualmente se encuentra en su segundo trámite constitucional en el Senado. El mismo se propone:

“Ampliar la información sobre obligaciones financieras que actualmente está disponible en el mercado para, por una parte, agregar información sobre el buen comportamiento de pago de las personas y su situación crediticia y, por la otra, incorporar a otros agentes de crédito como aportantes de información al sistema. Ello, a fin de que el sistema no sólo refleje información negativa o deuda morosa, como lo hace actualmente”³⁰.

²⁹ Bozzo (2020) p. 113.

³⁰ Mensaje presidencial n.º 400-369. Disponible en www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

Este ha generado alta expectativa en el sector financiero, puesto que propone crear una gran fuente de información, tanto de carácter negativa como positiva. El registro de deuda sería de carácter estatal, administrado por la CMF y alimentado en base a obligaciones de reporte de diversas entidades prestamistas, las entidades “reportantes”. No solo bancos tendrán obligación de reportar información de sus clientes, sino que, también, tendrán esta obligación las compañías de seguros, agentes administradores de mutuos hipotecarios, cajas de compensación, cooperativas de ahorro, entre otras enumeradas o que determina el ente administrativo mediante una norma de carácter general. Así, si se compara con la nómina de deudores de la CMF, se aumenta la base de información disponible.

Por otro lado, el proyecto también presenta visibles reparos y ha sido objeto de críticas. Más allá de que solo puede consultarse con el fin de evaluar el riesgo comercial (lo que es bueno y coherente con la Ley n.º 20575), el acceso al registro es bastante restringido. Como advierte Esther Arroyo, es posible que registros públicos o privados de deuda no funcionen de forma eficaz:

“bien porque se excluye el registro de créditos de determinada cantidad, bien porque no existe un registro histórico de datos, bien porque no todos los prestamistas pueden acceder al mismo, bien, en fin, porque es preciso el consentimiento del prestatario para proceder al tratamiento de esos datos”³¹.

De acuerdo con el artículo 5.º del proyecto, se exige el consentimiento previo, expreso e inequívoco del deudor para poder consultar la información positiva o negativa del registro, prohibiendo su comunicación a terceros, lo que puede probar ser una exigencia demasiado rígida. Además, el consentimiento estará sometido a un “plazo limitado”, que será fijado por la CMF. Otra cuestión a considerar es que solo se permite consultar la información innominada del registro a las entidades “reportantes”, lo que puede generar desigualdades ante la ley³².

El concepto de “reportantes” es también limitado, si bien puede ser ampliado por un acto administrativo, queda fuera la recopilación de información de deuda de pequeños comercios³³. Asimismo, quienes no sean reportantes no podrán consultar directamente el registro (*e.g.* los asesores crediticios de la Ley Fintec). El proyecto también dispone:

³¹ ARROYO (2018) p. 88.

³² *Boletín* n.º 14.743-03: Proyecto de ley que crea un registro de deuda consolidada, Primer Informe de Comisión de Economía del Senado p. 82.

³³ “Dicha norma no podrá establecer condiciones que importen sumas totales por montos globales anuales de obligaciones reportables inferiores a 100.000 unidades de fomento, o un número inferior o igual a mil operaciones anuales” (artículo 2.º, e).

“Una vez acreditadas las obligaciones reportables por medio del registro oficial a que se refiere esta ley, las instituciones reportantes no podrán requerir antecedentes adicionales sobre estas obligaciones al solicitante del crédito” (artículo 1.º, inciso segundo).

Esto se ha entendido como una limitante al uso de información en el proceso crediticio, así como una restricción al giro de aquellas empresas que se dedican a la distribución de datos financieros de conformidad a la Ley n.º 20575. Así, en su paso por la Comisión de Economía del Senado, senadores manifestaron preocupaciones en torno a la necesidad de que el Registro de Deuda Consolidada pueda coexistir con los sistemas de información privados, abogando por el ingreso de indicaciones que permitan un sistema mixto de información (público y privado)³⁴, evitando la configuración de un “monopolio estatal de la información” por la vía de hacer imposible la competencia del sector privado³⁵.

Más allá del contenido de las iniciativas de ley analizadas, lo cierto es que todavía resta mucho tiempo para que puedan aportar en las evaluaciones de riesgo. De ser aprobados, ambas tomarán años en entrar en vigencia (se contemplan periodos de vacancia de veinticuatro y veintiún meses, respectivamente), por lo que es importante conocer y manejar la normativa actual. Habiendo analizado ya las fuentes de información disponibles en el país, se examinan las condiciones que la legislación impone para la utilización de información positiva en los procesos de evaluación crediticia.

III. CONDICIONES PARA LA UTILIZACIÓN DE INFORMACIÓN CREDITICIA Y SUS FUNDAMENTOS

1. Condiciones legales para el tratamiento de información crediticia en la Ley n.º 19628 y en la Ley n.º 20575

a) Regla general en el tratamiento de datos personales

El artículo 19 n.º 4 de la Constitución, que asegura a todas las personas: “la protección de sus datos personales”, especificando que “El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

Conforme con la Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada, constituyen datos personales “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables” (artículo 2.º, literal f). Bajo ese entendido, toda información que verse sobre obligaciones de carácter eco-

³⁴ *Boletín* n.º 14.743-03 pp. 80-81.

³⁵ *Op. cit.* p. 94.

nómico, financiero, bancario o comercial (en adelante, también “información crediticia” o “información de deuda”) relativa a una persona natural identificada o identificable, constituye un dato personal. La comunicación, transferencia, cesión, almacenamiento y la utilización de cualquier forma de datos personales, entre otras, constituyen formas de tratamiento (artículo 2.º, literal o).

De conformidad con el artículo 6.º los datos personales deberán ser eliminados o cancelados cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando hayan caducado. Asimismo, han de ser modificados cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos.

En esta línea, el inciso primero del artículo 4.º de la Ley n.º 19628 contiene la regla general en materia de tratamiento de datos personales:

“El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello”.

Por tanto, la regla generalísima es que el tratamiento de datos personales es lícito en cualquiera de las siguientes dos hipótesis:

- i) cuando haya sido autorizado expresamente por el titular de estos o, bien,
- ii) cuando una ley lo autorice.

b) Estatuto para el tratamiento de información crediticia

Tratándose de información de carácter económico, financiero, bancario y comercial, el legislador estableció un estatuto especial en el título III de la Ley n.º 19628. Según lo analizado, y sin perjuicio de las excepciones enumeradas (*e.g.* deudas educacionales), el único tipo de información que puede ser comunicado sin consentimiento del titular, de conformidad con el artículo 17 de la ley, es la negativa. Al respecto, el artículo 18 siguiente impone dos límites, uno temporal y otro obligacional. Así, esta no podrá ser comunicada:

- i) “luego de transcurridos cinco años desde que la respectiva obligación se hizo exigible” y
- ii) “después de haber sido pagada o haberse extinguido por otro modo legal”.

El tratamiento de información positiva, en cambio, quedó excluido de la regla, debiendo ser autorizado de conformidad con las normas generales (autorización del titular de los datos o por otra norma legal diversa).

Existe una fuente adicional de licitud para el tratamiento de información de carácter económico, financiero, bancario o comercial. Se trata de aquella que provenga o se recolecte de fuentes accesibles al público (artículo 4.º, inciso

quinto). Si la información se encuentra lícitamente disponible en una de estas fuentes, y esta se ha extraído de ahí, entonces su tratamiento es lícito.

Por último, como se profundiza más adelante, la Ley n.º 20575 del año 2012, estableció el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial, aplicable a los datos a los que se refiere el título III de la Ley n.º 19628. Esto circunscribe la utilización de estos datos a “la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito”, quedando vedada su utilización para otros fines. Además, la misma ley dispone:

“La comunicación de esta clase de datos sólo podrá efectuarse al comercio establecido, para el proceso de crédito, y a las entidades que participen de la evaluación de riesgo comercial”.

Asimismo, esta ley impone varias obligaciones (artículo 3.º) a quienes traten este tipo de datos, como los deberes de implementar: los principios de legitimidad, acceso y oposición, información, calidad de los datos, finalidad, proporcionalidad, transparencia, no discriminación, limitación de uso y seguridad en el tratamiento de datos personales.

2. Prohibición de utilización de información que no sea información objetiva negativa

El año 2011 se promulgó la Ley n.º 20521, que introdujo un nuevo inciso tercero al artículo 9.º de la Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada. Dicho precepto proscribió la realización de:

“todo tipo de predicciones o evaluaciones de riesgo comercial que no estén basadas únicamente en información objetiva relativa a morosidades o protestos de la persona que se informa”.

Una interpretación literal de la norma citada implicaría excluir del análisis de riesgo información que beneficie al titular de los datos (*e.g.* información positiva) u otro tipo de información económica que sirva para evaluar el riesgo de la persona (*e.g.* declaraciones de rentas).

El sentido de la norma no es claro. No es convincente que una interpretación demasiado literal del inciso tercero del artículo 9.º sea la adecuada. Cuando el sentido de la ley es oscuro, el artículo 19 del *Código Civil* admite consultar la intensión y espíritu de la ley. Si se profundiza en el sentido y fundamentación de este precepto y se analiza la normativa general con mayor perspectiva, se aprecia que la prohibición en comento tuvo un fundamento y objeto más acotado, menos restrictivo, que no buscó excluir la consideración de

información positiva. Para arribar a esta conclusión, es pertinente comenzar consultando la historia fidedigna de la norma en cuestión.

3. *Historia de la Ley n.º 20521:
una lectura distinta a las restricciones del artículo 9.º
de la Ley n.º 19628*

a) Una reforma precisa
en un marco jurídico distinto

El inciso tercero del artículo 9.º de la Ley n.º 19628, se introdujo mediante una reforma del año 2011 (Ley n.º 20521). Esa reforma tuvo como único objetivo agregar dicha disposición.

A la época de la discusión y aprobación de la Ley n.º 20521, aún no se había dictado la Ley n.º 20575 (año 2012), que implementó el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario y comercial.

En otras palabras, el panorama normativo era distinto, había menos resguardos para el titular de los datos, existían más oportunidades de “abusos”, puesto que la información negativa de las personas figuraba de manera pública y podía usarse para distintos fines (e.g. en postulaciones a trabajos y colegios, para acceder a la salud, etcétera).

Así constan en la historia fidedigna de la Ley n.º 20521 críticas a la utilización de información, cuyo abuso podía resultar en “estigmatización” de las personas, en tanto, “por estar en Dicom, muchas veces las personas no pueden acceder a beneficios sociales, son discriminadas para entrar a un trabajo o para tener acceso a otra oportunidad en la vida”³⁶.

La información utilizada para cursar las evaluaciones de riesgo era, por tanto, altamente relevante, puesto que sus resultados podían, incluso, escapar del ámbito del proceso crediticio, influyendo en otras áreas de la vida privada y social.

Considerando lo anterior, el artículo 9.º, inciso tercero que se introducía a la Ley n.º 19628 mejoró el estándar de protección de los derechos de las personas, con un fundamento preciso y acotado: evitar que se consideren en predictores de riesgo (también llamados *scores*) y evaluaciones de riesgo comercial, variables que no fueren objetivas, como el número de consultas de los antecedentes de una persona en una base de datos.

Se citan en los títulos siguientes pasajes de la historia fidedigna de la Ley n.º 20521, que sostienen la afirmación anterior y permiten apreciar el objeto y la motivación de la ley.

³⁶ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 45.

b) Una reacción legislativa a una situación polémica

El origen –y trasfondo– de la Ley n.º 20521 se retrotrae a una polémica de la época, que involucró a la empresa DICOM. Destacó el caso de un individuo que acusó que el predictor de riesgo de la empresa carecía de toda objetividad, pues se basaba en factores ilegales y arbitrarios. El individuo, incluso, acudió a los tribunales de justicia, donde se acogió la acción impetrada (recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.º 3937-2010).

El fondo de la alegación consistía en que los predictores que elaboraba la empresa se basaban en la consideración de tres factores:

- i. el número de morosidades de la persona;
- ii. el número de protestos de la misma y
- iii. el número de consultas de sus antecedentes que se han realizado a DICOM sobre dicha persona (p. 6).

Se alegó en específico que esta última variable no era objetiva, pues constituía una alteración de la realidad que no era imputable siquiera a la persona (p. 6).

El caso era representativo de una situación que afectaba a múltiples individuos, adquiriendo relevancia mediática y respaldo político. Así, parlamentarios de la época sensibilizarán con el caso e ingresarán el proyecto de ley, *Boletín* n.º 6800-03, cuyo título e idea matriz era:

“modificar la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, para garantizar que la información entregada a través de predictores de riesgo (ranking), sea exacta, actualizada y veraz”³⁷.

En esta línea, la fundamentación de la moción parlamentaria con que se originó el proyecto concluye en su último párrafo:

“nos parece necesario reforzar las prescripciones de la ley 19.628, de manera que, ni aún con el consentimiento del titular, las empresas o persona que realizan tratamiento de datos personales puedan utilizar en la elaboración de sus predictores, la información acerca de las consultas que han realizado terceros sobre los datos de una persona”³⁸.

c) Objeto del proyecto de ley y variaciones en el Congreso

El texto original de la moción no difería sustancialmente del texto vigente. Sin embargo, durante su paso por la Cámara de Diputados se aprobaron indicaciones que precisaron aún más su extensión:

³⁷ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 4.

³⁸ *Op. cit.* p. 6.

“Prohíbese la realización de ranking o predictores de riesgo comercial que sean basados en variables relativas a la frecuencia de consulta de los datos personales contenidos en un registro o banco de datos asociados a una determinada persona, incluyéndose en tal prohibición la entrega a terceros de la información relativa al número de consultas de sus datos”.

En su segundo trámite constitucional, el texto del proyecto de ley fue objeto de una nueva indicación sustitutiva para ampliar su sentido y reemplazarlo por el texto legal actual, prohibiéndose así:

“la realización de todo tipo de ranking o predictores de riesgo comercial que no estén basados únicamente en información objetiva relativa a las morosidades o protestos”.

Según consta nítidamente en la discusión legislativa³⁹, la señalada indicación tuvo por objeto ampliar la restricción a todo tipo de variables subjetivas. Esto, pues si solo se prohibía la consideración del número de consultas, entonces “nada obsta a que se puedan utilizar otros elementos igualmente subjetivos”, agregándose:

“Debe prohibirse por ley, del modo que lo hace la indicación, que se establezcan variables de predicción de riesgos que no sean objetivas, como lo hacía el proyecto original”⁴⁰.

En este sentido, se enfatizó por senadores y diputados que el sentido del texto –aún vigente– era evitar que se utilicen variables no objetivas en las evaluaciones de riesgo, descartándose así –específica, pero no exclusivamente– la consideración del número de consultas⁴¹. Ese fue, en todo momento, el objeto de la discusión.

Algún parlamentario interpretó de manera más extensa y prohibitiva la indicación, sosteniendo que con el proyecto:

“Se restringen la información y la calificación a la obtención de datos objetivos sobre protestos o morosidades y no de otras variables –he ahí el gran punto– como patrimonio, nivel educativo, ingresos o consultas anteriores. En su momento, todo ello era una base sólida para los predictores”⁴².

³⁹ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 28 y ss.

⁴⁰ *Op. cit.* p. 28.

⁴¹ *Op. cit.* pp. 23, 28, 33, 47.

⁴² *Op. cit.* p. 44.

Por su parte, el autor de la indicación explicó que ella se fundamentó:

“en las consideraciones contenidas en el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 31 de enero de 2011, recaído en el recurso de protección interpuesto por don Leonardo Hernán Espinoza López en contra de Equifax Dicom”⁴³.

En dicho fallo, la Corte de Apelaciones condenó a la empresa individualizada a borrar de su base de datos el “predictor” (*score*) que mantenía con el recurrente, así como a pagar las costas de la causa⁴⁴.

d) Críticas y advertencias:

¿qué pasa con la información positiva?

Sobre la extensión de la prohibición que introducía el proyecto hubo comentarios y advertencias. Se evidenció que, si el objeto era evitar la consideración

⁴³ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 28.

⁴⁴ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2011) rol n.º 3937-2010, Espinoza López con Equifax Dicom. Dentro de sus fundamentos, el fallo consideró:

- a. Que el predictor de la empresa era una herramienta que puede llegar a tener ‘alta significación’ y consecuentemente causar daño al deudor (c. 20).
- b. Que la empresa utilizó como base de su predictor variables subjetivas como el número de consultas al registro de datos y el número de domicilios registrado por la persona en el último tiempo (c. 18).
- c. Que, analizando la normativa vigente a la época, ‘lo que se autoriza publicar en una base de datos pública o privada, o bien, en un boletín de informaciones comerciales, en este caso Dicom, son como ya se dijo, situaciones de carácter indubitado y objetivo, fundamentalmente deudas, no así, apreciaciones subjetivas o probabilísticas de ninguna naturaleza’ (c. 12).
- d. Que las variables usadas no solo eran subjetivas, sino que eran en sí datos personales, respecto a los cuales no existía fuente legal para su tratamiento.
- e. Que el predictor de la empresa no era confiable ni fiel a la realidad y no guardaba relación alguna con la situación real del recurrente, concluyendo que se trataba de un ‘indicador totalmente arbitrario’ (c. 22°).
- f. Que el predictor utilizado por la empresa vulneró las garantías constitucionales del recurrente (art. 19 N° 2, inciso segundo, N° 4; y N° 26), discriminando arbitrariamente al deudor y perjudicando su honra, reputación y vida privada (c. 15).
- g. Concluyendo, por último, que ‘no obstante la conciencia de estos sentenciadores en cuanto al efecto relativo de las sentencias, no pueden omitir el dejar constancia de su parecer en el sentido de que resultan tan obvias las ilegalidades y arbitrariedades que comete la recurrida, con la elaboración y puesta a disposición del público del denominado ‘predictor de riesgo’, que estiman se trata de una práctica a la que debiera ponerse término, para evitar así el poder llegar a dañar injustamente el crédito y la imagen de las personas, sin que exista autorización legal que lo permita, ni razones objetivas que lo avalen’” (c. 23).

de factores subjetivos, no sería necesario precisar que la información debía versar solo sobre “morosidades y protestos”. Esto último restringiría excesivamente los modelos predictivos e, incluso, tratándose de información positiva, podría privarse al deudor de acceder a mejores condiciones de financiamiento.

Desde el Ejecutivo se consideró, por ejemplo:

“El modelo actual de información comercial está construido sobre la base de la información negativa de las personas. Anunció el pronto envío de un proyecto que tiende a la consolidación de datos patrimoniales positivos y negativos, entendiendo los positivos como un activo de las personas. En ese nuevo escenario no sería recomendable restringir tanto la norma. Consideró lícito que se realicen estimaciones estadísticas en base a elementos objetivos, pero no sólo restringido a moras o protestos; las empresas podrían diseñar otro tipo de instrumentos siempre que cumplan con utilizar información objetiva”⁴⁵.

En las actas no consta que nadie se haya opuesto de ninguna manera a que se considere información objetiva que podría beneficiar al solicitante de un crédito. Sin perjuicio de ello, las advertencias en torno a una eventual exclusión de la información positiva no lograron ser recogidas en un texto legal más permisivo. En cambio la relevancia de estas advertencias fue desestimada por algunos parlamentarios, por razones prácticas como interpretativas, según consta a continuación.

e) Respuestas a críticas e información positiva

Frente a estas críticas, el entonces senador García –autor de la indicación– sostuvo:

“El texto aprobado por la Comisión, señor Presidente, ha recibido críticas. Una de ellas se refiere a por qué construir predictores de riesgo solo en función de información negativa (protestos y morosidades); por qué no hacerlo también en función de información positiva, como el cumplimiento de los pagos, de los compromisos. El punto es que tal información no existe. Habría que autorizar a todas las casas comerciales, a todas las instituciones financieras, para que no solo informaran las morosidades y los protestos, sino también los compromisos y los pagos de cada uno de los ciudadanos. A mi juicio, esa información es gigantesca, y hoy no está disponible. Por eso, optamos por insistir en la fórmula propuesta”.

⁴⁵ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 28.

El autor de la indicación jamás se opuso a la consideración de información positiva, sin perjuicio de que identificó un problema práctico, pues no existiría una fuente de donde obtener esta información. Así, aclaró que no era el objetivo del proyecto de ley implementar un nuevo sistema de reporte de información positiva, dado que implicaría una cuestión mucho más compleja.

Otro diputado, reconociendo expresamente la licitud de considerar información positiva, sostuvo al final de la discusión legislativa lo siguiente:

“¿Qué duda cabe de que la información positiva puede ser otro parámetro a considerar, pero poco tiene que ver con la discusión de este proyecto, que aborda un tema puntual, específico, en que un predictor claramente abusivo [...]?”⁴⁶.

Es decir, se defendió la precisión y especificidad del proyecto, que tenía por finalidad reaccionar a una situación concreta y no prohibir la utilización de información positiva.

f) Conclusiones de la historia fidedigna de la ley

Para concluir, si bien el tenor del artículo 9.º de la Ley n.º 19628, no refleja el trasfondo de la discusión, este se tornará fundamental en el ejercicio interpretativo, cuando se deban considerar también otras disposiciones legales y reglamentarias tratadas a continuación. A modo de síntesis, la historia fidedigna de la Ley n.º 20521 da cuenta:

- i. Se buscó proteger al titular de los datos, jamás perjudicarlo. Se pretendió evitar que se le dañe en sus derechos y garantías constitucionales y facilitar su acceso al crédito.
- ii. El objetivo fue única y exclusivamente proscribir la consideración de factores subjetivos o arbitrarios.
- iii. Se advirtió que literalidad de la norma podría excluir la consideración de otros factores objetivos (como información positiva), pero se desestimó la relevancia de especificarlo en dicha norma, puesto que no existía una fuente consolidada de información positiva o, incluso, porque quedaba claro, de manera implícita, que se permitía su utilización.

⁴⁶ Historia de la Ley n.º 20521 (2011) p. 39.

4. Principio de finalidad en el tratamiento de información crediticia

Por regla general (artículo 9.º, inciso primero):

“Los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público”.

Esto es lo que se reconoce como el “principio de finalidad”, que restringe el tratamiento de los datos.

Tratándose de información crediticia, no obstante, la regla es diversa. El año 2012 se promulgó la Ley n.º 20575, que tuvo por objetivo circunscribir la finalidad en el tratamiento de datos económicos, financieros, bancarios y comerciales exclusivamente a las evaluaciones de riesgo comercial. Según consta en la historia fidedigna de la ley, el objeto de la ley fue evitar situaciones de abuso en el tratamiento de información comercial negativa, bajo el entendido de que el legislador había hecho pública esta información por su importancia para la obtención de financiamiento, no para que esta fuera usada en escenarios diversos. Así, se criticó:

“En la actualidad el certificado de DICOM actúa como elemento de limitación de acceso al trabajo, acceso a la salud privada, colegios particulares subvencionados, fondos de fomento al emprendimiento y otras actividades del quehacer diario que, en la práctica, empobrecen no sólo al deudor directo, sino a sus familias y condicionan el futuro de sus hijos”⁴⁷.

En esta lógica, la citada ley estableció una norma especial (artículo 1.º, inciso primero) que, en relación con lo dispuesto en el título III de la Ley n.º 19628, precisó que la finalidad para la utilización de estos datos “será exclusivamente la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito”⁴⁸.

Luego, sobre el destinatario de esta información, el inciso segundo del mismo artículo estableció otro límite:

“La comunicación de esta clase de datos sólo podrá efectuarse al comercio establecido, para el proceso de crédito, y a las entidades que participen de la evaluación de riesgo comercial y para ese solo fin”.

⁴⁷ Historia de la Ley n.º 20575 (2012) p. 5.

⁴⁸ “Respecto al tratamiento de datos personales de carácter económico, financiero, bancario o comercial a que se refiere el Título III de la ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, deberá respetarse el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, el que será exclusivamente la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito”.

5. *Derechos del consumidor financiero (Ley n.º 21398):
una mirada distinta a las evaluaciones de riesgo*

Según analiza el título pasado, la Ley n.º 20521 del año 2011, tuvo por objetivo facilitar el acceso al crédito y proteger garantías constitucionales, restringiendo las variables de los modelos de predicción de riesgo.

a) *Introducción del principio del préstamo responsable
en evaluaciones de riesgo*

Diez años después, la Ley n.º 21398, promulgada el año 2021 (en adelante Ley Pro Consumidor) profundizó los derechos del consumidor financiero, introduciendo normas que tuvieron por objetivo facilitar el acceso a financiamiento, pero, al mismo tiempo, abordar la acuciosa necesidad de evitar el sobreendeudamiento e incentivar el préstamo responsable⁴⁹.

Si bien –en rigor– la probabilidad de incumplimiento por tener un mal historial de pago no es necesariamente lo mismo que la solvencia financiera de una persona (capacidad de pago), ambos son componentes determinantes en el resultado de un proceso de evaluación de riesgo comercial.

En este sentido, la Ley Pro Consumidor incorporó un nuevo artículo 17 N a la Ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. El inciso primero del precepto citado dispone:

“Artículo 17 N.- Antes de la celebración de una operación de crédito de dinero, los proveedores deberán analizar la solvencia económica del consumidor para poder cumplir las obligaciones que de ella se originen, sobre la base de información suficiente obtenida a través de medios oficiales destinados a tal fin, y deberán informarle el resultado de dicho análisis [...]”.

Como consta en las extensas discusiones parlamentarias (historia fidedigna de la Ley n.º 21398), la incorporación de este precepto tuvo por objetivo imponer el deber al prestamista de tomar en cuenta una serie de antecedentes para evaluar el riesgo crediticio de una persona, no solo sus morosidades y protestos.

A esto se le llamó también “principio del préstamo responsable”. La idea fue desincentivar que se entregasen préstamos que los consumidores no pudieran pagar, lo que llevaría a un incumplimiento más o menos cierto del deudor y a una eventual liquidación de sus bienes en favor del acreedor. Se tuvo

⁴⁹ “Por lo general, la expresión «préstamo responsable» se asocia con las medidas arbitradas para prevenir el sobreendeudamiento y fomentar las buenas prácticas en la concesión de crédito” ARROYO (2018) p. 66.

ron en especial consideración algunos escándalos financieros de la época, en que prestamistas tuvieron a la vista incentivos perversos para prestar dinero a quienes sabían insolventes⁵⁰.

Para ello, la nueva normativa impuso al acreedor el deber de realizar una evaluación de riesgo “sobre la base de información suficiente obtenida a través de medios oficiales”, a partir de los cuales se realizaría una predicción de la carga financiera del deudor y de su probabilidad de cumplir con la obligación. La legislación exige, asimismo, informar al deudor del resultado del análisis, sea que se apruebe o rechace la solicitud. Por último, se sanciona el incumplimiento de este deber con una multa que asciende hasta las mil quinientas unidades tributarias mensuales.

A continuación, algunos pasajes de la historia fidedigna de la Ley n.º 21398, que dan cuenta del enfoque del debate y del esfuerzo por compatibilizar el préstamo responsable con el acceso al crédito:

“El Honorable Senador señor Harboe reflexionó, desde una perspectiva general, sobre que el crédito fue durante muchos años un motor de desarrollo en nuestro país, más allá del juicio de valor que se pueda hacer. Al punto, graficó, que probablemente todavía resulta más sencillo conseguir un crédito que una hora al médico en el servicio público. No obstante, el problema es que el ideal teórico de que a quien presta dinero le conviene que le paguen, se ha visto superado por una estructura que consiente el incentivo, perverso, de otorgar crédito a quien se sabe que no puede pagar, con el objeto de hacerse de sus bienes”⁵¹.

Haciendo el contrapunto, el senador Rodrigo Galilea afirmaba:

“Se trata, consignó, de un tema sensible, que debe ser abordado de un modo que, a la larga, no genere impactos sobre el común de las personas naturales, a las que el acceso al crédito les resulta beneficioso. O sea, se explayó, debe haber atención en no caer en un rigor excesivo. Porque de hacerlo, por ejemplo, ninguna institución de crédito podría entregar dinero o dar opciones de repactación de deuda a personas que estén en Dicom, porque estas ya están objetivamente en situación de incumplimiento de pago”⁵².

b) Rol de la información positiva en el préstamo responsable

Se reitera que la información positiva se relaciona directamente con el principio del préstamo responsable, ya que, por un lado, permite construir un historial

⁵⁰ Historia de la Ley n.º 21398 (2021) pp. 348-350.

⁵¹ *Op. cit.* p. 349.

⁵² *Ibid.*

positivo que facilita el acceso al crédito de buenos deudores; por otro, también permite evitar el sobreendeudamiento, entregando información sobre posibles deudas pendientes no morosas del solicitante de un nuevo préstamo.

Profundizando sobre la información que tendría que alimentar las evaluaciones que ordena el artículo 17 N, se defendió en la discusión legislativa la urgencia por contar con sistemas de información positiva que permitieran realizar estas evaluaciones de manera precisa y objetiva. A modo de ejemplo, el senador Felipe Harboe destacó:

“Chile no cuenta con un sistema consolidado de deudas, por lo que las diversas fuentes de información a las que se puede acudir (la CMF, el Banco Central, empresas privadas como DICOM o SINACOFI), no permiten garantizar un adecuado grado de completitud”⁵³

y que:

“nuestro país debiera analizar la posibilidad de contar con un informe de datos comerciales (o DICOM) positivo, y con otro negativo, que dé cuenta tanto de los cumplimientos como de los incumplimientos. Tener solo uno negativo, como ocurre en Chile, es, además de excepcional en el mundo, tremendamente injusto, e impide a los oferentes formarse una visión completa del potencial cliente”⁵⁴.

No obstante, la falta de un sistema consolidado de deudas, se destacó en la discusión que se encontraba permitido considerar información positiva y negativa en los predictores y evaluaciones de riesgo, obligando a comunicar al deudor sobre la información que se tuvo a la vista. Más aún, de contarse con una fuente legal que permitiera acceder o contar con información positiva objetiva, esta tendría que ser considerada –necesariamente– a riesgo de incumplir la norma.

Esta interpretación es coherente con el llamado “principio pro consumidor” del artículo 2 ter de la misma ley, que dispone:

“Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo Ley N° 19.955 4° del Título Preliminar del Código Civil”.

En esta línea, el subdirector de la División de Consumo Financiero de SERNAC, Andrés Pavón, señaló:

⁵³ Historia de la Ley n.º 21398 (2021) p. 348.

⁵⁴ *Op. cit.* p. 350.

“El segundo punto relevante a destacar es la lógica de evaluación de riesgo. Lo que se plantea es que para las operaciones de créditos de dinero los proveedores deberán analizar la solvencia económica del consumidor. Se agrega un elemento que es de suyo en las operaciones de crédito. Siempre debe estar en las operaciones las evaluaciones del riesgo, y las instituciones financieras tienen comités de riesgos para determinar el ‘score’ de riesgo de una persona, y, según eso, asignarle la tasa o denegarle el crédito. Recalcó que lo interesante de esta propuesta, la cual fue presentada por el Presidente de la Comisión de Economía, es que agrega un elemento nuevo, cual es informarle al consumidor el resultado de esa evaluación. En un escenario ideal, donde exista información de deuda consolidada; donde se pueda hacer rápidamente entrega de información positiva y negativa, esto podría ser más fácil. En un escenario donde existe esa brecha, corresponde a los proveedores hacer esa evaluación, pero en particular que esa evaluación se entregue al consumidor y éste podrá contrastar las razones por las cuales se le deniega el crédito o se le entrega. De esta forma no se prohíbe el crédito, sino que se dota de información clara, positiva o negativa, que tuvo el proveedor para acceder o rechazar la solicitud de crédito. Esto es un avance”⁵⁵.

Profundizando sobre el punto:

“el señor Otero manifestó que concuerda con lo que se ha señalado, en particular respecto de relación a la información positiva. Es importantísimo avanzar en tal sentido. [...] Es importante contar con toda la información disponible, no solamente desde todas las bases y todos los proveedores de información, sino que, también, contener información positiva que permita levantar un mejor perfil de todos los consumidores, para que aquellos que tengan un mejor comportamiento se ven privilegiados. [...] En relación a la legislación española, indicó que no establece prohibiciones de otorgamiento de crédito, sino que impone deberes de análisis de riesgo crediticio y de compartirlos con el consumidor al momento de solicitar el crédito. Chile debería ir en esa línea, con la finalidad de evitar afectar injustamente a quien no debiera. Son las instituciones las más indicadas para determinar eso en su propia capacidad. Son ellas las que deben hacer el análisis correspondiente”⁵⁶.

Como se aprecia de la discusión, la utilización de información positiva no solo no se encuentra proscrita por la norma, sino que de manera explícita

⁵⁵ Historia de la Ley n° 21398 (2021) p. 352.

⁵⁶ *Op. cit.* pp. 352-353.

se buscó que esta sea considerada. ¿Cuál era la limitación? La falta de un sistema consolidado de deudas que permitiera consultarla fácilmente. Con todo, de contarse con una fuente lícita que justifique el tratamiento de información positiva, esta tendría que ser considerada.

c) Medios oficiales de información suficiente

En relación con esto, también se regulan las fuentes de “información suficiente” sobre la base de las cuales se deben realizar las evaluaciones de riesgo. El artículo 17 N prescribe que la información debe provenir de “medios oficiales”. ¿Cuáles son los medios oficiales?

La discusión legislativa no entró en gran detalle sobre cuáles son los medios oficiales que pueden ser considerados en una evaluación de riesgo. En cambio, se encomendó a la potestad reglamentaria la complementación de la norma, debiendo definir esta el significado de “medios oficiales”, así como la forma y las condiciones que se deberán guardar para dar cumplimiento a la obligación de evaluar e informar al cliente (artículo 17 N, inciso tercero).

En cualquier caso, debe considerarse que en la discusión del concepto de “medios oficiales”, el senador Felipe Harboe—promotor de la frase—ya anunciaba que las evaluaciones debían basarse sobre “‘medios oficiales’, como lo son, por ejemplo, los de la Comisión para el Mercado Financiero u otros”⁵⁷.

Por último, cualquiera sea la fuente en cuestión, debe descartarse la consideración de cualquier condición que no sea objetiva, sea para aprobar o para rechazar el crédito, de conformidad con el artículo 3.º, inciso segundo, letra a) de la Ley Pro Consumidor⁵⁸.

6. Disposiciones reglamentarias: *evaluaciones de riesgo crediticio deben considerar múltiples factores objetivos*

Existen diversos cuerpos normativos que profundizan sobre las fuentes de información que deben tenerse a la vista por los acreedores para evaluar el riesgo y solvencia del solicitante de un crédito.

⁵⁷ Historia de la Ley n.º 21398 (2021) p. 404.

⁵⁸ “Son derechos del consumidor de productos o servicios financieros: a) Recibir la información del costo total del producto o servicio, lo que comprende conocer la carga anual equivalente a que se refiere el artículo 17G, y ser informado por escrito de las razones del rechazo a la contratación del servicio financiero, las que deberán fundarse en condiciones objetivas”.

a) Reglamento del artículo 17 N
de la Ley Pro Consumidor

En directa relación con el tema en cuestión está el reglamento recientemente dictado por el Ejecutivo para precisar el contenido del artículo 17 N, antes analizado. Se trata del decreto n.º 53 de 2022 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que entrará en vigor en mayo de 2024. En relación con el deber de evaluar la solvencia económica del solicitante del préstamo en virtud de información disponible en medios oficiales, el artículo 2.º n.º 4 del decreto define los “medios oficiales de información”. Estos son:

“aquellos que aporten al proveedor información para un adecuado análisis de solvencia económica, en conformidad a lo establecido en la ley N° 19.496 y el presente reglamento”,

entre los cuales enumera la nómina de deudores de la CMF, el BIC,

“y cualquier otra información recolectada en conformidad con la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada, la ley N° 20.575, que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, y la demás normativa aplicable”.

Siguiendo este criterio, la información objetiva que aporte el propio titular de los datos, o respecto a la cual este autorice su uso o aquella que fue obtenida de manera legítima con ese fin, debe considerarse información “oficial” que puede ser utilizada en las evaluaciones de riesgo.

El inciso segundo del artículo 3.º especifica:

“El análisis de solvencia económica deberá evaluar, a lo menos [...] el nivel de endeudamiento y morosidad del consumidor en operaciones de crédito de dinero”.

En otras palabras, se mandata la consideración de información positiva para el análisis de riesgo.

b) Otros reglamentos para evaluaciones
de crédito

También existen otros tres reglamentos en vigor que regulan qué se entiende por “condiciones objetivas”. Al respecto, el artículo 20 de los decretos n.ºs 42, 43 y 44 de 2012 del Ministerio de Economía contienen listados de antecedentes “objetivos” para fundar las razones del rechazo a la contratación de créditos hipotecarios, de consumo y de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias, respectivamente. Entre las docenas de condiciones objetivas contempladas para el rechazo del préstamo, se encuentran antecedentes sobre morosidades o protestos, pero

también otros propios de información de deuda positiva. Así, algunos de los antecedentes enumerados son:

- a) “Excesiva carga financiera o de endeudamiento del Consumidor determinada en la política de riesgos del Proveedor”;
- b) “Incumplimiento de los parámetros objetivos de endeudamiento determinados en la política de riesgos del Proveedor”;
- c) “Relación de endeudamiento excesiva en relación con el patrimonio y los ingresos mensuales del Consumidor determinada en la política de riesgos del Proveedor o en la normativa aplicable a los créditos hipotecarios”;

entre otros.

En conclusión, la normativa reglamentaria no circunscribe las evaluaciones de riesgo solo a información negativa sobre protestos y morosidades. Esta información es considerada, pero solo como uno de los múltiples factores para la evaluación (incluidos información positiva e información de deuda proveniente de la CMF).

7. Proyecto de reforma a la Ley n.º 19628, Boletín n.º 11.144-07 (Proyecto)

Por último, se encuentra en tramitación en el Senado, en su tercer trámite constitucional, un proyecto de reforma a la Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada. De aprobarse el texto en los términos actuales, se sustituiría por completo el artículo 9.º, derogándose la prohibición del inciso tercero que pareciera limitar los predictores y evaluaciones de riesgo únicamente a información negativa.

En cambio, el proyecto incorpora nuevas normas que regulan y limitan de manera general –no solo en el ámbito financiero– la toma de decisiones automatizadas. Por ejemplo, se dispone el derecho de oposición del titular de los datos frente a decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles (artículo 8.º bis); también se contempla el deber de informar al titular sobre la existencia de decisiones automatizadas (artículo 14 ter), lo que implica la comunicación de información significativa sobre la lógica aplicada, así como las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el titular; asimismo, se prescribe una “elaboración de impacto de protección de datos personales” cuando sea probable que un tipo de tratamiento, por su naturaleza, alcance, contexto, tecnología utilizada o fines, pueda producir un alto riesgo para los derechos de los titulares de los datos personales (artículo 15 ter).

REFLEXIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN

- i. Las evaluaciones de riesgo en el país se han estructurado históricamente sobre la base de información negativa (incumplimientos), ignorando o dejando de lado la relevancia de poder registrar y comunicar la información positiva (buen comportamiento de pago de las personas). El decreto supremo n.° 950, que creó el *Boletín de Informaciones Comerciales* (BIC), mediante un sistema de reporte obligatorio de información negativa (protestos y morosidades), es del año 1928, cuando era aún impensable la factibilidad técnica y la utilidad práctica de registrar el buen comportamiento de pago de las personas. La Ley n.° 19628, que contiene las normas que regulan el tratamiento de datos personales, incluyendo los datos personales financieros (título III), fue promulgada el año 1999, cuando la penetración del internet aún era incipiente y la tecnología mucho más limitada. Por su parte, la Ley n.° 20521, que introdujo un nuevo inciso tercero en el artículo 9.° de la Ley n.° 19628, con el aparente objetivo de prohibir la utilización de toda información que no verse sobre morosidades y protestos en evaluaciones de riesgo y predictores de riesgo, es del año 2011. En ese entonces, aún no se había aprobado la Ley n.° 20575, sobre finalidad de los datos personales financieros, y la conciencia sobre la necesidad de contar con mayor información positiva era escasa, y la utilización de modelos de decisión automatizada era reducida.
- ii. Décadas después, las citadas leyes se encuentran todavía vigentes, pero existe un creciente entendimiento sobre la necesidad de contar con mayor información positiva. La Ley Pro Consumidor el año 2021 y la Ley Fintec el año 2022 dan cuenta de ello, aunque todavía es necesario profundizar en ello. El proyecto de ley de reforma a la Ley n.° 19628 (*Boletín* n.° 11.144-07) avanza de manera contundente hacia la protección de los derechos de las personas, facilitando el ejercicio de derechos claves, aumentando la fiscalización y las sanciones, e innovando con nuevas causales de licitud para el tratamiento de datos. Junto con ello, se imponen nuevas limitaciones a las tomas de decisiones automatizadas y se elimina el controversial inciso tercero del artículo 9.° de la actual ley. Con todo, el mismo proyecto de ley mantiene intacto el título III de la ley, que regula el tratamiento de datos personales financieros. Así, se estaría dejando pasar una invaluable oportunidad de instaurar un sistema de información que incorpore y facilite el flujo de información sobre el buen comportamiento de pago de las personas, equiparando la disponibilidad de información positiva con la negativa. Tratándose del proyecto de ley que crea un

- registro de deuda consolidada (*Boletín* n.º 14.743-03), y sin perjuicio de que diseña una nueva y contundente fuente de información positiva, es innegable que trae aparejadas restrictivas limitantes a su uso. Además, de ser aprobados, ambos proyectos tomarán años en entrar en vigencia. Todo lo anterior da para sacar algunas conclusiones.
- iii. La primera reflexión con respecto a los proyectos de ley en curso es que sería deseable que se aprovechen las instancias de discusión legislativa para que, más allá de la implementación de un valioso registro de información de deuda de carácter estatal, se facilitara la comunicación privada de información sobre el buen comportamiento de pago de las personas. Es importante que el flujo de información comercial en mano de entidades privadas no se limite solo a información sobre incumplimientos, sino que, también, pueda incluir información positiva. Es preferible que este sea más íntegro y menos sesgado, reflejando de manera más fiel la historia de crédito de las personas.
 - iv. Una segunda reflexión con respecto a las iniciativas legislativas en curso es que estas tardarán tiempo. La economía no se puede paralizar a la espera de que se dicte la nueva legislación y normativa. Esto reivindica la relevancia de la normativa actual en materia de evaluaciones de riesgo comercial y de la importancia de utilizar las opciones disponibles en materia de tratamiento de información positiva.
 - v. Este trabajo analiza la normativa actual en materia de evaluaciones de riesgo e información positiva, así como la historia fidedigna de su establecimiento y su evolución. Para ello distingue dos ámbitos distintos: las fuentes de información crediticia y la regulación del uso de esa información. De ahí, se extraen algunas conclusiones al respecto.
 - vi. El sistema financiero chileno es muy respetable en el ámbito internacional. Las instituciones bancarias tienen hace años acceso a información positiva de las personas, pues reciben de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), de conformidad al artículo 14 de la Ley General de Bancos, un informe consolidado con información de deuda de sus clientes, lo que facilita la toma de decisiones responsables y otorga mayor estabilidad al sistema en su conjunto. Sin embargo, dicha fuente de información positiva se encuentra limitada a determinadas entidades financieras fiscalizadas por el ente administrativo. Fuera del sistema bancario, durante muchos años el sistema de crédito en Chile se estructuró sobre la lógica de la información negativa. La Ley n.º 20521, que incorporó el inciso tercero del artículo 9.º de la Ley n.º 19628 es un ejemplo perfecto de esta lógica. El tenor literal de la norma prohíbe en las evaluaciones de riesgo comercial y en la

elaboración de predictores de riesgo la utilización de cualquier información que no sea objetiva y de carácter negativa (morosidades y protestos). Aun cuando la historia fidedigna de la ley es clara en cuanto a que el objetivo del precepto citado era evitar situaciones de abuso en que se utilizaran factores no objetivos –y no prohibir la utilización de información positiva–, en cualquier caso, la Ley n.º 20521 daba cuenta de una cierta desconexión hacia la existencia e importancia de la información positiva.

- vii. Solo con la aprobación de la Ley Pro Consumidor pareció haber un verdadero cambio de paradigma hacia la relevancia de la información positiva. Aunque esta solo ordena evaluar la solvencia de los solicitantes de préstamos considerando información suficiente, no hay dudas de que ese mandato supone la utilización de información positiva que se encuentre disponible. Así se extrae indiscutiblemente de la historia fidedigna de la ley y de los reglamentos que rigen el otorgamiento de préstamos hipotecarios, de consumo y de tarjetas de crédito y del reglamento del citado artículo 17 N.
- viii. Luego, con la aprobación de la Ley Fintec se regula la prestación de servicios financieros basados en tecnología, dentro de los cuales se encuentra la prestación de servicios de asesoría respecto a la capacidad y probabilidad de pago de terceros para efectos de la obtención de financiamiento. No solo estos servicios se desempeñan dentro del ámbito de las evaluaciones de riesgo crediticio, sino que les es inherente la utilización de tecnologías para la predicción de los riesgos. Es decir, se elaboran modelos de riesgo para la toma de decisiones automatizadas. Al respecto, la ley exige que estos modelos y servicios cumplan con estándares de idoneidad, lo que implica que las recomendaciones deben ser acordes al perfil de la persona, a partir de antecedentes objetivos que tomen en cuenta sus necesidades.
- ix. ¿Se debe entender que en el año 2023 la legislación proscribía la utilización de información positiva? ¿Quiso el legislador inhibir a los prestamistas de la utilización de información que pueda beneficiar el acceso al crédito? ¿Es posible afirmar que las nuevas empresas fintec no podrán utilizar información sobre el buen comportamiento de pago de las personas en sus predictores de riesgo? Este trabajo sostiene que no. De no encontrarse tácitamente derogado por la normativa posterior, el inciso tercero del artículo 9.º de la Ley n.º 19628 debe interpretarse de conformidad a su espíritu, manifestado de manera nítida en los fundamentos históricos que motivaron su establecimiento. El legislador del año 2011 buscó la proscripción de la utilización de factores que no sean objetivos en las evaluaciones de ries-

go, no la prohibición de utilizar información positiva. Con ello queda claro que, siempre que sea utilizada para evaluar el riesgo comercial, el legislador no impone restricciones extraordinarias a la utilización de información positiva, más allá de las que se impone al uso de otra información (e.g. objetividad, veracidad, exactitud, provenir de fuentes oficiales, etcétera).

- x. Las limitantes de la información positiva en la normativa actual no provienen de restricciones a su utilización, sino de la falta misma de información. Lo que faltan son más y mejores fuentes de información positiva. El marco normativo actual sí permite la creación de bases de datos positivas, pero se exige el consentimiento del titular (por aplicación de las reglas generales), lo que ha probado dificultar la creación de nuevas bases de datos positivas. La implementación del sistema de finanzas abiertas de la Ley n.º 21521 puede resultar revolucionaria, pero queda tiempo para ver si el requisito del consentimiento previo, explícito y temporal para consultar la información (artículo 23), constituye o no una exigencia demasiado rígida para el flujo expedito de la información positiva. A la espera de la implementación del sistema de finanzas abiertas y de la discusión, aprobación y entrada en vigencia de nuevas leyes en la materia, la elaboración de bases de datos de información positiva sobre la base del consentimiento de la persona surge como la mejor y única alternativa disponible.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO, ESTHER (2018): "La política de préstamo responsable en la Unión Europea. En particular, la valoración del mérito crediticio", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* núm. 149 / enero-marzo 2018, pp. 65-94. Disponible en <https://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/154521/1/675571.pdf> [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- BOZZO, Sebastián (2020): "Sobrendeudamiento, sistemas de información crediticia y la protección de los datos personales del consumidor en Chile", *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) vol. 55: pp. 99-130.
- CUENA, Matilde (2017): "Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito", *Revista para el Análisis del Derecho* (InDret, Barcelona) 3/2017. Disponible en <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1323.pdf> [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- MAS BADIA, María Dolores (2018): "Los sistemas de información crediticia y la protección de datos personales: un reglamento europeo y una Ley Orgánica concebida

- y no nacida”, *Actualidad Civil* n.º 5. Disponible en www.uv.es/seminaridret/sesiones2018/hipotecas/MasBadia.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- TURNER, Michael (2010): *The Consequences of Prohibiting Credit Inquiry Data in Chilean Credit Files: PERC White Paper*. Disponible en www.perc.net/wp-content/uploads/2013/09/Chile-White-Paper_web.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- VIAL, Joaquín (2021): “Análisis sobre PdL que modifica la ley N°19.628, sobre protección de la vida privada, para prohibir que se comuniquen las obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, mientras esté vigente el estado de excepción constitucional de catástrofe”. Disponible en www.bcentral.cl/documents/33528/133214/Banco+Central+PdL+Info+Comercial_final.pdf/e8a39ace-ff7f-490c-d6bb-63b535e86fb3?t=1626703737040 [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

Otros documentos

- BANCO MUNDIAL (2011): *General Principles for Credit Reporting*. Disponible en <https://documents1.worldbank.org/curated/en/662161468147557554/pdf/70193-2014-CR-General-Principles-Web-Ready.pdf> [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2022): *Informe anual de la Comisión para el Mercado Financiero respecto de su gestión durante el año 2021*. Disponible en www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/articles-51090_doc_pdf.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- CORPORACIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (2006): *Sistemas de información crediticia. Guía informativa*. Disponible en https://documents1.worldbank.org/curated/en/122091468177562819/pdf/388570WP0SPANI1JA_N0110200601PUBLIC1.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- VIAL, Joaquín (2021): *Análisis sobre PdL que modifica la ley N°19.628, sobre protección de la vida privada, para prohibir que se comuniquen las obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial, mientras esté vigente el estado de excepción constitucional de catástrofe*. Disponible en www.bcentral.cl/documents/33528/133214/Banco+Central+PdL+Info+Comercial_final.pdf/e8a39ace-ff7f-490c-d6bb-63b535e86fb3?t=1626703737040 [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

Normas

- Boletín* n.º 7.886-03: Proyecto de ley que regula el tratamiento de la información sobre obligaciones de carácter financiero o crediticio.
- Boletín* n.º 11.144-07: Regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales.

Boletín n.º 14.743-03: Proyecto de ley que crea un registro de deuda consolidada, Primer informe de Comisión de Economía del Senado.

Capítulo 18-5 de la Recopilación actualizada de normas: información sobre deudores de las instituciones financieras (2022), resolución n.º 4779 de la Comisión para el Mercado Financiero, 29 de julio de 2022.

Código Civil

Decreto 950 (1928), decreto supremo n.º 950 del Ministerio de Hacienda, 28 de marzo de 1928.

Decreto con fuerza de ley n.º 3 (1997), que fija texto refundido, sistematizado y coordinado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican, 19 de diciembre de 1997.

Decreto con fuerza de ley n.º 3 (2021), que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley n.º 19496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, 31 de mayo de 2021.

Historia de la Ley n.º 20521 (2011). Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4577/ [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

Historia de la Ley n.º 20575 (2012), que establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, 17 de febrero de 2012. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4533/ [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].

Historia de la Ley n.º 21398 (2021). Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7946/ [fecha de consulta 6 de octubre de 2023].

Ley n.º 19628 (1999) sobre protección de la vida privada, 28 de agosto de 1999.

Ley n.º 20521 (2011) modifica la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal para garantizar que la información entregada a través de predictores de riesgo sea exacta, actualizada y veraz, 23 de julio de 2011.

Ley n.º 21398 (2021), que establece medidas para incentivar la protección de los derechos de los consumidores, de 24 de diciembre de 2021.

Ley n.º 21521 (2023), que promueve la competencia e inclusión financiera a través de la innovación y tecnología en la prestación de servicios financieros, Ley Fintec, de 4 de enero de 2023.

Ordena publicar en el *Boletín Comercial* los cheques protestados por falta de fondos o girados contra cuenta corriente cerrada (1945) decreto supremo n.º 1971 del Ministerio de Hacienda, 13 de abril de 1945.

Ordena publicar en el *Boletín Comercial* una sección especial destinada a aclarar los protestos de cheques publicados (1946) decreto supremo n.º 4368 del Ministerio de Hacienda, 17 de diciembre de 1946.

Reglamento sobre análisis de solvencia económica e información a los consumidores (2023), decreto n.º 53 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 3 de abril de 2023.

Reglamento sobre información al consumidor de créditos hipotecarios (2012), decreto n.º 42 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012.

Reglamento sobre información al consumidor de créditos de consumo (2012), decreto n.º 43 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012.

Reglamento sobre información al consumidor de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias (2012), decreto n.º 44 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012.

Jurisprudencia

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (2015) rol NC n.º 429-15, Servicios Equifax Chile Limitada, resolución de 8 de julio de 2015.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2011) rol protección n.º 3937-2010, Espinoza López con Equifax Dicom, sentencia de 31 de enero de 2011.

LA LIQUIDACIÓN CONCURSAL
VOLUNTARIA:
EVALUANDO LOS RIESGOS DE ACEPTAR
LA SOLICITUD DEL DEUDOR
COMO PRUEBA SUFICIENTE
PARA SU DECLARACIÓN

VOLUNTARY BANKRUPTCY LIQUIDATION:
ASSESSING THE RISKS OF ACCEPTING
THE DEBTOR'S REQUEST
AS SUFFICIENT EVIDENCE
FOR HIS STATEMENT

*Sebastián Concha Contreras**

RESUMEN: La Ley n.º 20720 da al deudor que se encuentra en situación de insolvencia la opción de solicitar un procedimiento de liquidación voluntaria con el objetivo de saldar sus deudas y retomar su vida económica. En este estudio se expondrán los planteamientos de diversos autores que apoyan la idea de considerar la petición del deudor como prueba concluyente de insolvencia, la posición que han tenido los tribunales de justicia en la materia, y los peligros y consecuencias de aceptarlo.

PALABRAS CLAVE: procedimientos concursales, liquidación voluntaria, deudor, insolvencia, cesación de pagos, riesgos, confesión, deudor.

ABSTRACT: Law 20,720 gives the debtor who is in a situation of insolvency the option of requesting a voluntary liquidation procedure with the aim of settling their debts and resuming their economic life. This study will expose the approaches of various authors who support the idea of considering the debtor's

* Abogado, Universidad del Desarrollo. Magister en Derecho Privado Universidad de Concepción. Correo electrónico: sconchacontreras@gmail.com

petition as conclusive proof of insolvency, the position that the courts of justice have had on the matter, and the dangers and consequences of accepting it.

KEYWORDS: bankruptcy proceedings, voluntary liquidation, debtor, insolvency, cessation of payments, risks, debtor confession.

INTRODUCCIÓN

La incorporación de la Ley n.º 20720 era del todo necesaria para abordar y dar solución a la incapacidad de pago, tanto de personas como de empresas deudoras, siendo su uso y aplicación un verdadero éxito si consideramos el escaso tiempo que la norma ha estado en vigencia, circunstancias que la hacen una ley de aplicación masiva y útil para satisfacer la necesidad de los deudores que se encuentran en un estado patrimonial crítico que les impide responder las obligaciones con sus acreedores.

El procedimiento de liquidación es una de las opciones que se tiene en un procedimiento concursal, su objetivo es la venta de los activos de la empresa o persona insolvente con el fin de pagar a sus acreedores.

Las ínfimas exigencias que debe cumplir el deudor para someterse al procedimiento concursal de liquidación voluntaria, lo disponen a ser un procedimiento de fácil acceso, que, unido a vacíos legales y a una deficiente regulación, hace que su uso sea, en algunos casos, abusivo.

Resulta útil indicar, que, como un efecto inmediato, el ejercicio de los procedimientos concursales de liquidación implicó un importante aumento en el ingreso de causas a los tribunales de justicia llamados a conocer de las mismas, y la continua intervención de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, como de liquidadores, que en la práctica, no dan abasto¹.

En este trabajo, se analizará la idea aceptada, pero poco prudente de considerar la solicitud de liquidación del deudor como prueba concluyente para

¹ En el periodo enero a diciembre del año 2018 ingresaron a nivel nacional un total de 3 536 procedimientos concursales de liquidación de bienes de persona deudora y 1 341 de procedimientos concursales de liquidación de bienes de empresa deudora, mientras que en el periodo que va del 1 de enero al 17 de diciembre de 2020 ingresaron 4 940 procedimientos concursales de liquidación de bienes de persona deudora y 1 749 procedimientos concursales de liquidación de bienes de empresas deudoras, ello implica un aumento importante en el ejercicio de estos procedimientos. Estas cifras no son nada alentadoras, solo en el periodo enero a marzo de 2021 ya han ingresado 1 073 de liquidación de bienes de persona deudora y 440 de empresa deudora. *Boletín Estadístico. Procedimientos concursales - Ley N° 20.720, 1 de enero al 31 de diciembre de 2019; Boletín Estadístico. Procedimientos Concursales - Ley N° 20.720, 1 de enero a 17 de diciembre de 2020; Boletín Estadístico. Procedimientos Concursales - Ley N° 20.720, 1 de enero al 31 de marzo de 2021; SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO.*

declarar su insolvencia. Esta idea se basa en la creencia de que la petición del deudor sería una especie de confesión de su situación patrimonial crítica o insolvencia.

Así, para su adecuada comprensión, se expondrán los planteamientos propuestos por la doctrina, la posición que ha tenido la jurisprudencia en esta materia, y advertirán los peligros de aceptar la postura y como contraviene los fundamentos esenciales del derecho.

No obstante lo dicho, es posible desconocer que el procedimiento en estudio alivia la pesada carga emocional a la que se encuentran sometidos los deudores abrumados en deudas que no pueden afrontar, encontrando en este procedimiento una salida para dar solución a sus problemas financieros cuando su patrimonio ya no es capaz de soportarlo y, en definitiva, permitiéndoles tener una suerte de reincorporación en la vida civil-patrimonial; para lo cual resulta necesario un procedimiento mesurado que armonice la solución patrimonial del deudor y los intereses de los acreedores, al verse estos últimos, inevitablemente perjudicados con los efectos del procedimiento concursal.

I. ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA

La liquidación voluntaria está definida en el artículo 2.º n.º 18 de la Ley n.º 20720 como “Aquella solicitada por el Deudor, conforme al Párrafo 1 del Título 1 del Capítulo IV de esta ley”, distinguiéndose entre el procedimiento de liquidación de la empresa deudora contemplada en el artículo 115 y siguientes, y la que puede iniciar la persona deudora regulada en el artículo 273 y siguientes.

Es fácil apreciar que la Ley n.º 20720 no entregó una definición del procedimiento de liquidación voluntaria, ni tampoco ideas básicas o elementos esenciales que permitan hacerse una idea en que consiste o la finalidad que persigue, puesto que se limitó a señalar el sujeto activo y la ubicación de su tramitación en el texto legal.

La jurisprudencia ha entregado una definición algo simplista, pero al menos ayuda comprender su esencia, expresando:

“la liquidación concursal constituye un procedimiento judicial cuya finalidad es liquidar de un modo rápido y eficiente los bienes de una persona natural o jurídica para pagar con dicho producto sus acreencias. La liquidación es forzada cuando es solicitada por un acreedor; por el contrario, es voluntaria cuando es el propio deudor o empresa deudora quien solicita su declaración”².

² CORTE SUPREMA (2019) rol 20.607-2018, considerando 4.º; en el mismo sentido CORTE SUPREMA (2018) rol 2.718-2018.

Resulta claro apreciar que la definición antes referida presenta un panorama amplio y general de la liquidación concursal, como también de la liquidación voluntaria, lo que es insuficiente al dejar fuera aspectos relevantes que se desarrollan en el procedimiento como son: la declaración judicial de la insolvencia del deudor, la ejecución colectiva que se origina a consecuencia de esta y la verdadera pugna que se inicia entre los acreedores para obtener el pago de sus créditos, entre otros.

Debido a la ausencia de definiciones legales, y la deficiencia de la definición jurisprudencial expuesta, se examinarán las disposiciones que estructuran su tramitación, para, luego, aventurar a formular una definición del procedimiento concursal de liquidación voluntaria.

Desde un plano general, podemos señalar que el procedimiento concursal de liquidación voluntaria, conforme la tramitación que presenta en la actual Ley n.º 20720, se compone por la siguiente estructura:

- 1) solicitud del deudor, requisitos (artículos 115 y 274, empresa y persona deudora respectivamente);
- 2) dictación resolución de liquidación y sus efectos (artículo 130 y siguientes);
- 3) incautación e inventario de bienes (artículo 163 y siguientes);
- 4) determinación del pasivo, verificación ordinaria y extraordinaria, objeción e impugnación de créditos (artículo 170 y siguientes);
- 5) juntas de acreedores, constitutiva, ordinarias y juntas extraordinarias (artículo 180 y siguientes);
- 6) realización de los bienes del deudor, simplificada o sumaria, ordinaria, venta directa y venta como unidad económica³ y desarrollo de actividades económicas con activos del deudor (artículo 207 y siguientes);
- 7) pago del pasivo, orden de prelación y pagos administrativos (artículo 241 y siguientes);
- 8) propuesta de reparto de los fondos (artículo 247 y siguientes) y
- 9) resolución de término, efectos (artículo 254 y siguientes).

De acuerdo con esta estructura, el proceso se inicia mediante una solicitud judicial que presenta el deudor para que el tribunal competente declare su liquidación voluntaria mediante una resolución y, posteriormente, proceder a la realización de sus bienes a fin de que con su producto sean pagados los

³ El pago de los créditos adeudados a los acreedores se efectúa conforme a las reglas contenidas el artículo 203 y siguientes, que regulan las distintas formas de realización del activo del deudor, entre las que se encuentran la realización simplificada o sumaria, la ordinaria, la venta directa y la venta como unidad económica. Por otro lado, el artículo 241 y siguientes contienen las normas referidas al orden de prelación para proceder al pago de los acreedores.

créditos verificados y no objetados de los acreedores del concurso, conforme a las reglas de prelación contenidas en el derecho común. Una vez cumplido este proceso, se dicta una resolución de término que extingue todas las deudas contraídas antes del procedimiento (*discharge*) y rehabilitará al deudor para todos los efectos legales (*fresh start*).

Este análisis permite concebir que en el procedimiento en estudio se presenten dos etapas fuertemente definidas por las resoluciones judiciales que en cada una se dictan, teniendo en consideración el asunto que resuelven y los particulares efectos de relevancia jurídica que ellas producen.

De este modo, el procedimiento en estudio persigue dos finalidades. En primer lugar, declarar la liquidación voluntaria, en la cual solo interviene el deudor solicitando que así se declare por encontrarse en un estado de cesación de pagos, debiendo cumplir con las exigencias de los artículos 115 o 273 de la Ley n.º 20720, según sea empresa o persona deudora, y las del artículo 254 del *Código de Procedimiento Civil*, manifestándose con la dictación de la resolución de liquidación (artículo 130 de la Ley n.º 20720), la que notificada, da inicio a la segunda etapa, consistente en una verdadera ejecución colectiva del deudor en la que se procede a realizar todos los bienes de este para el posterior pago a los acreedores.

El inicio de esta segunda etapa, es posible observarla de los efectos que genera la resolución mencionada, en cuanto con su dictación se fijan irrevocablemente los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían al día de su pronunciamiento (artículo 134); se suspende el derecho de los acreedores para ejecutar de manera individual al deudor, salvo excepciones legales (artículo 135) y se acumulan al procedimiento concursal de liquidación los juicios civiles y ejecutivos de dar y hacer pendientes ejercidos contra el deudor (artículos 142, 144 y 145).

Esta segunda etapa concluirá con la dictación de la resolución de término, que una vez firme, producirá el efecto de extinguir las deudas contraídas por el deudor con anterioridad al inicio del procedimiento y su rehabilitación para todos los efectos legales.

No está demás señalar que el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española define al concepto 'liquidación' como "acción y efecto de liquidar", por su parte, 'liquidar' encuentra variadas acepciones, definiéndose como "saldar, pagar enteramente una cuenta" y "poner término a algo o a un estado de cosas"⁴.

⁴ Las definiciones incluidas en el párrafo tienen coherencia con las disposiciones que regulan la tramitación del procedimiento, en especial, los efectos producidos con la resolución de término contenida en el artículo 255, que indica que una vez que la resolución de término se encuentre firme o ejecutoriada, producirá el efecto de tener extintos por el solo ministerio de la ley

De este modo, a partir de actuaciones procesales recogidas de las disposiciones que regulan la tramitación del procedimiento, es posible elaborar una modesta y sobria definición del procedimiento en estudio que muestra un esquema general para su básica comprensión, así, se entiende como:

“aquel procedimiento judicial en el que una persona o empresa deudora solicita se declare su liquidación de bienes, a objeto de que estos se realicen y con su producto se proceda al pago de los créditos que hayan sido verificados en el concurso, para que a su término, se extingan todas las obligaciones del deudor y se reincorpore a la vida patrimonial libre de toda deuda”.

La definición propuesta a partir de las disposiciones que regulan la tramitación del procedimiento permite visualizar de un modo más claro la estructura básica del proceso y enfatizar los principales efectos producidos por las resoluciones más importantes que se dictan en el mismo.

Se debe admitir desde ya, que esta definición se aparta de la integridad y suficiencia que una definición debiera contener para su adecuada y total comprensión, y ello se debe, en parte, a la deficiencia que la ley tuvo al momento de precisar conceptos y efectuar definiciones legales.

Esta falencia se manifiesta al apreciar en la definición dada, conceptos tales como “obligaciones contraídas”⁵, y “rehabilitación del deudor”⁶, términos

y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el deudor con anterioridad al inicio del procedimiento concursal de liquidación. Asimismo, el inciso segundo señala que el deudor se entenderá rehabilitado para todos los efectos legales, salvo que la resolución se establezca algo distinto, haciendo mención a los efectos de dictación de la resolución de liquidación establecida en el artículo 130.

⁵ El alcance de este concepto obliga a preguntarse, qué obligaciones quedan incluidas por la norma, las de carácter contractual, o se incluyen también las legales, como la que tiene el padre de dar alimento a su hijo.

⁶ Se entiende por rehabilitación, en la recuperación del deudor en la administración de su patrimonio, recordando que este las pierde al momento de dictarse su liquidación, lo cual, tiene relación con uno de los efectos que en doctrina se ha denominado “desasimiento”, este se ha definido como “un efecto inmediato de la declaración de quiebra, en virtud del cual el fallido queda inhabilitado de administrar y disponer de los bienes afectos al concurso, facultades que pasan de pleno derecho al síndico, que lo sustituye y representa”. PUELMA (1983) p. 85. También, Osvaldo Contreras Strauch, lo ha definido como: “el desasimiento es la privación de los derechos del fallido a administrar sus bienes, administración que, pronunciada la declaratoria de quiebra, pasa de pleno derecho al síndico, quien deberá ejercerla con arreglo a la ley”; por su parte, Gonzalo Baeza Ovalle lo define en los siguientes términos: “el desasimiento constituye un efecto inmediato de la resolución judicial que declara la quiebra por la cual la administración de los bienes afectos al concurso junto a la representación judicial y extrajudicial del fallido, pasan al síndico, quedando radicada en el deudor, síndico y acreedores, su facultad de disposición en tanto esté vigente la quiebra”. BAEZA (2013) pp. 641-642.

que no fueron definidos por el legislador, ni menos aún, establecieron su sentido y las obligaciones que alcanzan dicho efecto, las que solo pueden ser comprendidas a través de construcciones doctrinarias y jurisprudenciales, cuyo análisis no será objeto del presente trabajo.

II. BREVE ENUNCIACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA ACCEDER AL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA

1. *Requisitos empresa deudora*

Para que una empresa deudora pueda ingresar al procedimiento de liquidación voluntaria, la Ley n.º 20720 prescribe que su solicitud cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 115, y acompañar una serie de antecedentes que en sí no presentan mayores dificultades, estos son:

1. lista de sus bienes, lugar en que se encuentran y los gravámenes que les afectan;
2. lista de los bienes legalmente excluidos de la liquidación;
3. relación de sus juicios pendientes;
4. estado de deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos;
5. nómina de los trabajadores, cualquiera sea su situación contractual, con indicación de las prestaciones laborales y previsionales adeudadas y fueros en su caso;
6. último balance, si el deudor llevare contabilidad completa.

En caso de tratarse de una persona jurídica, los documentos antes referidos serán firmados por sus representantes legales.

2. *Requisitos persona deudora*

Por su parte, para que la persona deudora pueda acceder al procedimiento concursal debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 273 de la ley en estudio, pudiendo apreciarse una gran similitud con los requisitos exigidos para la empresa deudora, pero más reducidos y con menores exigencias, estos son:

1. lista de sus bienes, lugar en que se encuentren y los gravámenes que les afecten;
2. lista de los bienes legalmente excluidos de la liquidación de los bienes de la persona deudora;
3. relación de juicios pendientes con efectos patrimoniales y
4. estado de deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos.

III. LA CAUSA DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL, INSOLVENCIA O CESACIÓN DE PAGOS

1. Aspectos generales

Como se verá, el fundamento del derecho concursal no es otro que la insolvencia o el estado de cesación de pagos, conceptos que han originado profundas discrepancias entre los autores y las legislaciones del mundo, creándose distintas corrientes interpretativas que la ubican entre una de las instituciones de derecho mercantil con mayor discusión y que cuya complejidad ha permitido un estudio desde diversos enfoques.

En efecto, según el criterio que se utilice, existen tres teorías que intentan definir el estado de cesación de pagos, cuyo concepto determina la legislación aplicable ante situaciones de incapacidad de cumplimiento de obligaciones por parte del deudor. La primera, denominada teoría materialista, identifica a la cesación de pagos como sinónimo de incumplimiento, cualquiera sea su entidad, sin consideración alguna a las causas del incumplimiento o al estado patrimonial del deudor. La segunda, signada como intermedia, la reconoce como un estado patrimonial. Se afirma que no existe cesación de pagos sin incumplimiento, pero no siempre los incumplimientos implican una cesación de pagos, puesto que este estado deberá ser apreciado por el juez en atención al origen del incumplimiento, que persigue determinar si existe un patrimonio impotente en el cumplimiento de sus obligaciones, que revele una situación de malestar económico que devenga del estado de insolvencia general y permanente. Por último, la teoría amplia o moderna, la considera como un estado patrimonial que se revela por numerosos hechos no señalados taxativamente por la ley. El incumplimiento es un hecho revelador, entre otros, que pueden demostrar que el deudor se encuentra en imposibilidad de pagar⁷.

En este sentido, se evidencia que no existe discrepancia que la causa que justifica el inicio de un procedimiento concursal colectivo es el estado de insolvencia o cesación de pagos, constituyendo, además, el elemento esencial de los concursos.

Como bien lo dice Ricardo Sandoval:

“para que tengan aplicación los procedimientos colectivos concursales se requiere que exista una causa, esto es, la situación patrimonial de imposibilidad de pagar que afecta a una empresa o persona deudora [...]”⁸.

⁷ Sobre este tema véase SANDOVAL (2015) pp. 55-66 y PUGA (2018) pp. 60-70.

⁸ SANDOVAL (2015) p. 53.

En el mismo sentido, Juan Puga ha señalado que la cesación de pagos es:

“el hecho económico social que demanda el nacimiento del derecho concursal como una reglamentación relativamente autónoma dentro del ordenamiento jurídico general”⁹.

Esterazonamiento también ha sido expresado por la jurisprudencia, quien, en términos similares, ha sostenido:

“el sustrato fáctico de esta acción concursal lo instituye la cesación de pagos, esto es, aquel estado patrimonial que impide al deudor cubrir oportuna e íntegramente sus compromisos”¹⁰.

También se ha dicho, que:

“su presupuesto esencial es la cesación de pagos, esto es, un estado patrimonial que impide al deudor cubrir en integridad y oportunidad sus compromisos, lo viene a ser la causa de pedir de la acción respectiva”¹¹.

2. *Definición de insolvencia o cesación de pagos*

La Ley n.º 20720 no ha entregado una definición de insolvencia o cesación de pagos, no obstante ser conceptos esenciales en los procedimientos concursales de reorganización o liquidación, ni menos se han establecido como causa de los mismos.

En términos simples, la insolvencia es una situación económica en la que una empresa o persona no tiene la capacidad de hacer frente a sus deudas a corto plazo. Es decir, no tiene los recursos económicos suficientes para cumplir con sus obligaciones financieras.

La insolvencia puede ser causada por una variedad de factores como: una disminución en las ventas, un aumento en los costos, una mala gestión financiera, entre otros.

La doctrina ha entregado diversas definiciones de la cesación de pagos, que aun cuando estas difieren unas de otras, convergen en definitiva en el mismo hecho, una grave e irreversible situación patrimonial del deudor que le impide continuar con el pago de sus obligaciones.

⁹ PUGA (2018) p. 51.

¹⁰ CORTE SUPREMA (2019) rol 20.607-2018, considerando 4.º.

¹¹ CORTE SUPREMA (2019) rol 31.135-2018, considerando 4.º; en el mismo sentido CORTE SUPREMA (2019) rol 25.122-2018; CORTE SUPREMA (2019) rol 20.282-2018 y CORTE SUPREMA (2018) rol 31.591-2018.

Es preciso destacar que la insolvencia no se limita a un patrimonio cuyo pasivo es mayor que el activo, al modo de una simple operación contable, lo relevante es contemplar las deudas a su vencimiento, esto es, cuando sean actualmente exigibles, debiéndose de considerar, además, que muchas empresas emergentes a la vida comercial, requieren de una fuerte inversión inicial que por lo general, se suele obtener mediante préstamos o financiamiento externo.

Para Juan Puga, cesación de pagos es:

“un estado patrimonial que impide al deudor cubrir en integridad y oportunidad sus compromisos, [...] constituye la causa de la ejecución colectiva y, procesalmente, viene a ser la causa de pedir de la acción respectiva”¹².

Otros autores la han definido como:

“un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, los compromisos que lo afectan”¹³.

Asimismo, la cesación de pagos se ha entendido como:

“la situación de impotencia de pagar que en forma generalizada y permanente afecta al patrimonio de la empresa o persona deudora, lo que va más allá del incumplimiento de las obligaciones”¹⁴.

Para José Zalaquet: “es un estado económico del deudor que se caracteriza por la impotencia del patrimonio para afrontar las obligaciones que lo gravan”¹⁵.

Otro autor define la cesación de pagos como:

“La cesación de pagos es un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, con los compromisos que lo afectan”¹⁶.

Luego, para la jurisprudencia:

“la insolvencia se produce cuando un individuo se halla incapacitado para pagar una deuda, o cesa el pago de sus obligaciones por comprometer su patrimonio más allá de sus posibilidades”¹⁷,

¹² PUGA (2008) p. 250.

¹³ *Op. cit.* p. 78.

¹⁴ SANDOVAL (2015) p. 54.

¹⁵ ZALAQUETT (1968) p. 58.

¹⁶ CHAVEZ (2019) p. 8.

¹⁷ CORTE DE APELACIONES DE TALCA (1916) p. 147 y CORTE SUPREMA (1937) p. 248.

mientras que fallos más recientes ha señalado:

“la situación en la que se encuentra un deudor en relación con su patrimonio, como consecuencia de la cual, de una parte, le es imposible cumplir con la prestación debida y, de otra, adolece de una insuficiencia patrimonial para proporcionar el equivalente para la satisfacción de su obligación”¹⁸.

Así, ni aun con las definiciones y teorías que se han construido a partir de la cesación de pagos, esta institución no es más que una construcción doctrinaria que lamentablemente, no encuentra sustento en el derecho positivo, debido a que la actual legislación no la ha instituido como la causa que origina a los concursos, ni menos la ha definido, deficiencia que en todo caso ya existía en la antigua ley de quiebras y que también ya había sido denunciada por autores, incluso, antes de la actual normativa¹⁹.

No obstante, convenimos en el fundamento esencial que la cesación de pagos consiste en la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones a consecuencia de un patrimonio crítico e insanable, que hace imposible satisfacer los créditos de sus acreedores actual o potencialmente.

IV. INTERESES COMPROMETIDOS EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

Suponer que los efectos de la liquidación voluntaria solo afectará al deudor que la solicita resulta muy lejos de la realidad, al ser evidente que estos repercutirán en todos aquellos con quien se encuentra patrimonialmente relacionado, y por cierto, de un modo desfavorable.

Porello, determinar los intereses comprometidos en un proceso de liquidación constituye un aspecto de vital importancia, en cuanto permitirá conocer los sujetos que de algún modo serán afectados con las consecuencias y efectos del mismo, por lo que resulta necesario identificar a quienes alcanzan las resoluciones judiciales dictadas en el proceso y la manera en que estas inciden sus intereses.

En este punto, se comparte lo planteado por Ricardo Sandoval, pero de modo parcial sus argumentos. Este autor sostiene:

“en los procedimientos concursales se encuentran comprometidos, no solo el interés del deudor y el de o los acreedores, sino también los intereses de terceros y de la comunidad en general”²⁰.

¹⁸ CORTE SUPREMA (2014) rol 9.432-2013, considerando 8.º.

¹⁹ PUGA (1989) p. 40.

²⁰ SANDOVAL (2015) pp. 29-30.

Este autor indica, que el primer interés comprometido es el del deudor, “por cuanto los concursales producen efectos respecto de toda su actividad económica y en su situación jurídica”²¹, y ello es evidente, dado que en el procedimiento en estudio, en primer término, se declarará judicialmente la liquidación del deudor y, en segundo, porque por medio de la resolución de término, se tendrán por extintas todas las obligaciones que este haya contraído con anterioridad al inicio del procedimiento, y volverá a la vida civil patrimonial libre de toda deuda, o como se denomina en doctrina un *fresh start*.

En lo que refiere a los acreedores, el autor citado señala que este interés resulta evidente desde:

“que los procedimientos concursales constituyen medios eficaces para obtener la reorganización del patrimonio del deudor, que facilite el cumplimiento de sus obligaciones, al mismo tiempo que representen el camino apropiado para obtener la liquidación de sus bienes a fin de destinar el producto de la misma al pago de sus deudas cuando no es posible su recuperación económica”²².

Ligero es sostener que el interés de los acreedores radica solo en los aspectos que el referido autor menciona, en vista de que los efectos que produce la declaración de liquidación voluntaria afecta de manera directa a sus patrimonios.

En este sentido, y considerando los efectos de la resolución de término, no es difícil percatarse que su aplicación va a suponer la necesaria creación de una consecuencia cierta e intrínseca al procedimiento mismo, cual es el perjuicio económico que deberán soportar los acreedores en su patrimonio.

Este inevitable resultado, no puede ser soslayado por la doctrina y jurisprudencia, dado que estará presente en la totalidad de los procedimientos concursales de liquidación, variando en un mayor o menor grado, según sean los bienes del deudor a realizar, el número de acreedores y la preferencia que gozará su crédito.

La cuestión mencionada reviste de gran trascendencia, al poner en colisión los intereses de mayor relevancia en el concurso, en razón de ser los más afectados con las consecuencias derivadas del mismo. Por un lado, se encuentra el interés del deudor, quien, mediante el procedimiento de liquidación concursal, buscará dar solución a la situación patrimonial crítica que sobrelleva, mientras que, por otro, el interés de los acreedores, cuyo patrimonio se verá afectado por los efectos de las resoluciones dictadas en el proceso de liquidación.

Entonces, al detenerse a reflexionar en las consecuencias derivadas de la declaración de liquidación del deudor, se hace notorio que además de encontrar-

²¹ SANDOVAL (2015) p. 29.

²² *Ibid.*

se comprometido el interés del deudor en el concurso, quien buscará liberarse de las obligaciones insolutas vigentes al momento de presentar su solicitud, se halla también el de los acreedores, en cuanto serán dichos créditos impagos los que se tendrán que considerar como pérdidas, menoscabando su patrimonio.

Cabe agregar que los intereses de los acreedores se encuentran consagrados en el nuevo sistema revocatorio incorporado en la actual ley concursal, por la cual estos pueden revocar actos y contratos celebrados por el deudor en perjuicio de la masa pasiva²³.

Respecto de los intereses de terceros en el concurso, básicamente tienen relación con las acciones revocatorias que pueden intentar en contra del deudor a fin de dejar sin efecto los actos y contratos celebrados por este²⁴. En este punto, seguiremos con lo planteado por Ricardo Sandoval, quien sostiene que estos tienen sus intereses comprometidos:

“toda vez que en ellos se admite el ejercicio de acciones revocatorias que, al ser acogidas por el tribunal pueden quedar sin efectos actos o contratos celebrados por ellos con el deudor”²⁵,

sin perjuicio de ello, las acciones revocatorias además de ser concedidas a los terceros, también se otorgan a los acreedores

Por último, se coincide con el autor citado en lo que respecta a los intereses de la comunidad que pueden verse afectados. Este sostiene:

“la aplicación de los procedimientos importa el término de la actividad económica que desarrolla la empresa o persona deudora. La paralización en las actividades económicas significa cesantía, desocupación, repercusión sobre la oferta y la demanda en el mercado, etc.”²⁶.

La liquidación concursal puede tener un impacto en el empleo, generando despidos o reducción de la plantilla. Los clientes también pueden verse afectados si la empresa cierra sus puertas, al perder un proveedor o un servicio. Y también la comunidad, dado que una liquidación concursal podría provocar un impacto negativo en la economía local si la empresa es un importante contribuyente en términos de empleo y contribuciones fiscales.

La idea que el procedimiento concursal compromete los intereses de la sociedad toda no se encuentra afuera de la realidad, si pensamos que la liquidación de una persona o empresa trae consigo importantes consecuencias en

²³ Para el análisis de las acciones revocatorias concursales, véase GOLDENBERG (2016) pp. 87-128.

²⁴ Sobre este tema véase CONTADOR y PALACIOS (2015) pp. 289-303.

²⁵ SANDOVAL (2015) p. 29.

²⁶ *Op. cit.* p. 30.

materias como el desempleo o la economía. Según datos del Banco Mundial, la crisis financiera mundial de 2008 mostró:

“las conexiones existentes entre el endeudamiento personal y una crisis sistémica, el origen de la crisis financiera en las prácticas de préstamos de alto riesgo en el mercado de EE.UU demostraron la vinculación entre la expansión del crédito ilimitado a empresas y particulares y la estabilidad financiera macroeconómica”²⁷,

ello implica que el endeudamiento de las personas, sean naturales o jurídicas, además de repercutir en el entorno próximo del deudor, también lo hace en la sociedad y en la economía.

Para ilustrar la problemática planteada, basta ponernos en la situación que una empresa, con gran participación en el mercado, solicite su liquidación voluntaria, apareciendo entre sus acreedores muchas pequeñas y medianas empresas proveedoras cuyos créditos en atención a su multiplicidad y cuantía, no lograrán a ser pagados o, en el mejor de los casos, alcanzarán un pago parcial. En el escenario propuesto, solo aquellos acreedores dotados de un patrimonio robusto podrán afrontar ese crédito incobrable y seguir participando en el mercado, no así quienes carecen de capacidad económica o crediticia, los que, en cambio, en el peor de los casos, podrán verse arrastrados a su propio estado de cesación de pagos o de insolvencia.

En este sentido, el interés de la sociedad presente en los procedimientos concursales, además de tener relación con un impacto social a nivel macro, también produce efectos de manera directa a otros patrimonios que podrían encontrar en él, su propia causa de insolvencia. Es por ello, que, si un procedimiento concursal tiene el potencial de perjudicar otros patrimonios y llevarlos a su propio estado de insolvencia, deberá ser ejercido con responsabilidad y extremo cuidado a fin de evitar consecuencias económicas que podrían resultar nefastas para un gran número de personas.

De esta forma, tener a la vista los intereses que se ven comprometidos en el concurso, permite tomar conciencia que estos producen importantes efectos, beneficiosos para unos y perjudiciales para otros, por lo que su ejercicio debe ser ejercido de manera responsable, legítima y prudente.

V. LA PRUEBA DE LA CESACIÓN DE PAGOS

En doctrina se han elaborado diversas teorías para probar la cesación de pagos, entre los que se encuentra la teoría de los hechos reveladores, en virtud de la

²⁷ GARRIDO (2014) p. 199.

cual dichos hechos “ofrecen indicios de insolvencia, pues invitan a representarse su insolvencia”²⁸.

En el derecho comparado se conocen varias variantes en torno al problema que presenta la prueba de la cesación de pagos, Juan Puga, resume los sistemas más relevantes en dos:

“el sistema francés, que se caracteriza por permitir la apertura del concurso, en el evento de producirse la cesación en cuanto estado patrimonial, sin que la ley contemplara un repertorio de hechos reveladores, por lo cual se abandona la determinación de la existencia o no de la insolvencia a la diligencia y habilidad probatorio del acreedor y al buen criterio del juez. Y el sistema británico, que fijaba taxativamente los actos de bancarrota (*act of bankruptcy*), sin contemplar una causal genérica, de forma que en este sistema el acto de bancarrota no era propiamente un hecho revelador, sino causa de la quiebra, sin posibilidad de contraprueba”²⁹.

Apartándose de los sistemas aludidos, la acreditación del estado de insolvencia no es algo que requiera de un análisis que vaya más allá de la aplicación de los principios probatorios más elementales del derecho. En el escenario de aquella persona que deduce una acción de cumplimiento o resolución de contrato, nadie podrá, en su sano juicio, asumir la existencia del mismo con la sola interposición de la demanda, vale decir, el acto de interponer la demanda ante un tribunal competente, no va a producir el efecto de probar *per se* la existencia del contrato, sino que será carga del demandante justificarlo por medio de antecedentes probatorios que deberá rendir al proceso para que su acción sea acogida en la eventual sentencia definitiva.

De igual manera ocurre en los asuntos procesales no contenciosos, por ejemplo, pues si en el caso que una persona desea cambiar su nombre, deberá acreditar alguna de las causales legales que justifiquen el cambio solicitado dado que no resulta ajustado a derecho, ni menos razonable, darlas por cumplidas con la sola presentación de su petición.

Es por ello, que, si bien convenimos que la cesación de pagos es la causa indispensable en los procedimientos concursales, este hecho no puede entenderse de manera axiomática por la presentación de la solicitud de liquidación voluntaria que hace el deudor, debiendo justificar su estado patrimonial crítico conforme a los principios básicos y esenciales del derecho procesal y sustantivo.

Es importante mencionar que, se estima que la insolvencia debe presentar ciertas características para justificar la aplicación de un procedimiento concursal.

²⁸ PUGA (2018) p. 87.

²⁹ *Op. cit.* p. 91.

En primer lugar, debe ser general, en el sentido de que el patrimonio del deudor debe ser incapaz de responder todas sus obligaciones que gravan su haber, sin perjuicio, que también podrá ocurrir cuando contrae una obligación que por su relevancia haga imposible al deudor cumplirla.

Deber ser, además, permanente, tener una estabilidad y constancia, no tratarse de un evento transitorio que responda a una coyuntura remediable a corto o mediano plazo mediante una reestructuración financiera, sino irreversible para el deudor.

Asimismo, deberá ser grave, insanable e irremontable, es decir, que la crisis sea imposible de ser remediada.

Ciertos autores han señalado que la insolvencia es un fenómeno económico que constituye un estado complejo, y que su exteriorización no es un hecho simple, sino que requiere tener en cuenta diversos elementos tales como:

“la calidad personal del deudor, su acceso al crédito, su activo, su pasivo al corto, mediano y largo plazo, las condiciones de mercado, su capacidad productiva, etc., y para poder acceder y tener por verificados los elementos anteriores que dan cuenta de la insolvencia, se requiere de suficiente información sobre importantes datos de la empresa que están normalmente revestidos de variadas formas de secreto y confidencialidad necesarias para proteger ciertos bienes jurídicos. Ello dificulta la indagación sobre la real situación de solvencia o no del patrimonio de una empresa. Así, por ejemplo, existe el secreto de los negocios y la confidencialidad de la contabilidad”³⁰.

Si bien son variadas las circunstancias que hacen concluir en un estado de insolvencia, es posible mencionar algunas que proporcionan indicios que una empresa o persona deudora se encuentra atravesando una, tales como: la incapacidad de hacer frente a las deudas a corto plazo, la imposibilidad de reestructurar sus deudas, el declive o detención de su actividad económica y la existencia créditos incobrables de acreedores.

La concurrencia de uno o más de estos hechos no admite acoger sin más la solicitud de liquidación voluntaria, pero sí a aventurar que la persona o empresa deudora se encuentra en un estado patrimonial crítico que hace necesaria la aplicación del procedimiento.

Luego, el deudor deberá acreditar su incapacidad de hacer frente a las deudas a corto plazo, demostrando que no tiene los recursos económicos para cumplir con sus obligaciones a corto plazo; que ha habido un declive o detención de su actividad económica y no tiene perspectivas razonables de recuperación; que tiene acreedores con créditos incobrables, es decir, que no tienen posibi-

³⁰ PÉREZ y MARTÍNEZ (2015) p. 95.

lidades de recuperar sus deudas mediante el pago normal; y que no es posible reorganizar sus deudas mediante una reestructuración financiera y que un procedimiento de liquidación es la única opción para pagar a sus acreedores.

En este sentido, se propone que será el deudor quien deberá acreditar la generalidad de su insolvencia, su constancia y gravedad, para dar lugar a la aplicación del procedimiento, debiendo, asimismo, confrontarlo con antecedentes objetivos que den cuenta de ello, por lo que será carga del deudor acreditar la insolvencia que dice sobrellevar, y para ello deberá de acompañar los antecedentes que obran en su poder para justificarla, e indubitadamente explicar los hechos que indujeron en su estado de cesación de pagos que revelen el estado patrimonial crítico e insuperable que le impide cumplir con sus obligaciones.

A pesar de lo expuesto, este es un punto que se encuentra en deuda en la actual legislación, en cuanto ninguna norma consigna que corresponderá al deudor que pide su liquidación, la obligación de probar los hechos que sostienen su pretensión, vacío que como se verá, ha dado auge a distintas teorías y creaciones doctrinarias que enaltecen a la solicitud del deudor en una verdadera prueba irrefutable.

VI. CONSECUENCIAS DE ACEPTAR DECLARACIÓN UNILATERAL COMO PRUEBA IRREFUTABLE Y LA LIMITACIÓN DE LA FACULTAD JURISDICCIONAL

El procedimiento de liquidación presentado voluntariamente por el deudor, es, sin duda, un mecanismo legal eficaz para finiquitar sus deudas, que por su estado patrimonial ya no puede satisfacer y, asimismo, volver a la vida patrimonial libre de toda deuda.

Sin embargo, aceptar que se debe dictar la liquidación del deudor en el sustento de su propia solicitud resulta arriesgado, infundado e imprudente, en cuanto que, en todo juicio, el hecho controvertido debe ser probado.

La doctrina nacional ha aportado con cuestionables teorías que proponen que el cumplimiento de las exigencias legales contenidas en los artículos 115 y 274 de la Ley n.º 20720, para la empresa y persona deudora respectivamente, sean reducidas a mera teoría, arguyendo que es el deudor es quien está manifestado el estado de insolvencia por el hecho de presentar su solicitud de liquidación voluntaria, bastando, entonces, más que el cumplimiento de los requisitos legales, la sola petición de liquidación del deudor, puesto que esta englobaría en sí misma, dichas exigencias.

En este punto, existen dos importantes autores con interesantes opiniones sobre el tema. Para Ricardo Sandoval:

“la solicitud de liquidación voluntaria a petición del propio deudor constituye un hecho revelador de su estado patrimonial crítico, es una confesión expresa y judicial de cesación de pagos, pero sin embargo, no bastará con formular la confesión del mal estado de los negocios de la empresa deudora, ella deberá acreditarla y para tal efecto tiene que adjuntar a la solicitud de liquidación voluntaria, los antecedentes que evidencian el desequilibrio generalizado, permanente e irremontable entre su activo expresado en la lista de bienes y su pasivo constituido por el estado de deuda, lo que se suma también la relación de juicios pendientes, los que sin duda tendrá la calidad de demandada”^{31, 32}.

Por su parte, Juan Esteban Puga Vial es de una posición más extrema, al señalar: “en caso de iniciarse con la sola petición del deudor, el tribunal del concurso está obligado a dictar sentencia sin más trámite”³³.

Adherimos a la primera postura, en cuanto resulta razonable suponer que la solicitud de liquidación constituye un hecho revelador del estado patrimonial crítico del deudor, que, no obstante, sostenemos que deberá ser acreditado por este.

Se debe desestimar, entonces, lo sostenido por Juan Puga, por considerarla algo aventurada y envuelta de imprudencia, en especial si la llevamos a los procedimientos concursales de liquidación de personas que no se encuentran en la obligación legal de llevar estados financieros (último balance) como sí ocurre para las empresas deudoras, donde tal antecedente aporta un historial que muestra una trayectoria financiera contable, el registro de los activos y pasivos de la empresa y de las operaciones realizadas, permitiendo acreditar de manera suficiente y objetiva el estado de insolvencia en que se funda la solicitud de liquidación, circunstancia que no ocurre en las personas deudoras donde su estado de insolvencia se basa en la decisión de someterse al procedimiento, desprovista de antecedentes contables o financieros que demuestren encontrarse en dicho estado.

Incluso, en fallos del Tribunal Supremo, se ha aceptado suficiente la declaración del deudor para dar inicio a la liquidación concursal, considerando la solicitud una confesión de su mal estado patrimonial, en este sentido ha expresado:

³¹ SANDOVAL (2015) p. 110.

³² Cabe hacer mención que el autor citado advierte que en el caso que por el hecho de que la empresa deudora pida su liquidación voluntaria, no significa que la confesión de la cesación de pagos se ajuste a las normas probatorias para constituir plena prueba del fundamento de su petición. SANDOVAL (2015) p. 110.

³³ PUGA (2018) p. 295.

“que la liquidación voluntaria equivale a la solicitud de la declaración de la propia quiebra del deudor en el antiguo juicio de quiebras, bastando que la pidiera para que se entienda que padece de un estado de cesación de pagos, resultando plenamente aplicable a la solicitud de liquidación voluntaria, en cuanto debe ser considerada como una manifestación o reconocimiento del estado de insolvencia que lleva a iniciar un procedimiento de ejecución universal, precisamente por estimarse que dicha situación no es superable”³⁴,

lo que constituye un error absoluto.

En efecto, resulta cuestionable y peligroso aceptar que la solicitud de liquidación es mérito suficiente para decretar la correspondiente liquidación del deudor, no solo por el hecho de contradecir las normas probatorias³⁵ en orden a ser carga del actor (deudor) acreditar los hechos en que se funda el estado patrimonial crítico que dice sobrellevar, sino porque constituiría una especie de presunción de derecho respecto de su estado de insolvencia, cuya génesis proviene de la acción (u omisión) del deudor, y, además, una presunción no contemplada en la legislación.

Si bien la solicitud del deudor manifiesta un indicio de su insolvencia, en cuanto se entiende que es este quien conoce mejor que nadie de su situación patrimonial, no podemos permitir que dicha convicción personal que el deudor expresa en su solicitud pueda ser considerada un hecho cierto, decisivo y concluyente, sin antes confrontarlo con antecedentes objetivos y ciertos para comprobarlo.

Comprendemos que el estado de insolvencia o cesación de pagos es una situación que solo es conocida por el deudor, y recae en él la decisión de someterse a un proceso de liquidación a su sola determinación, lo que se entiende dado que es quien mejor conoce de la situación financiera y patrimonial por la transita, por lo que, sin duda, tal decisión es íntima y personal.

No obstante, es imposible soslayar que su apreciación financiera podría no ser la correcta y no existir tales temores en los hechos, pudiendo resultar ser una simple ilusión que no puede acreditarse de forma objetiva.

³⁴ Se ha sostenido por la jurisprudencia que la liquidación voluntaria equivale a la solicitud de la declaración de la propia quiebra del deudor en el antiguo juicio de quiebras, bastando que la pidiera para que se entienda que padece de un estado de cesación de pagos, resultando aplicable a la solicitud de liquidación voluntaria, en cuanto debe ser considerada como una manifestación o reconocimiento del estado de insolvencia que lleva a iniciar un procedimiento de ejecución universal, precisamente por estimarse que dicha situación no es superable. CORTE SUPREMA (2019) rol 20.607-2018, considerando 7°.

³⁵ Artículo 1698 del *Código Civil*: Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta.

De este modo, podrá ocurrir que un deudor que solicita su liquidación voluntaria, más que solucionar su estado patrimonial crítico, inexistente en los hechos, busca desembarazarse de una empresa desordenada y con deudas monstruosas para volver a iniciar con la experiencia ya obtenida y sin repetir los errores cometidos, siendo su decisión indiferente respecto de las repercusiones dañinas que provocaran a los acreedores, de modo que, por su lesiva trascendencia, exigen un análisis especial y cauteloso por los tribunales de justicia.

Asimismo, la liquidación concursal que habrá de dictarse a consecuencia de la solicitud de un deudor que estimaba encontrarse en una situación de insolvencia, podría estar fundada en un grosero error de hecho, que no se confrontaba con una realidad objetiva y que, en definitiva, traerá graves consecuencias para aquellos que se encuentran relacionados contractualmente con el deudor, tal como ocurre en aquella empresa que a lo largo de su vida ha sido exitosa en su rubro y que por el surgimiento súbito de condiciones económicas o adversas las hacen afrontar un ocaso comercial, que no le permite enfrentar las deudas contraídas a corto o mediano plazo, siendo su recuperación posible mediante una reordenación y reestructuración financiera o un procedimiento concursal de reorganización, propiciando siempre la continuación comercial de la empresa.

Desde otra perspectiva, se debe precaver que la petición que hace el deudor al tribunal para declarar su liquidación, responde en su naturaleza procesal a una acción judicial, que en doctrina ha sido entendida como:

“la facultad que tiene una persona para presentarse ante los tribunales de justicia solicitando el reconocimiento o declaración del derecho que cree tener”³⁶,

esta facultad, es ejercida mediante el escrito que se denomina demanda, en la que el actor debe exponer los hechos que se justifican su pretensión, y en la etapa procesal pertinente acreditarlos mediante antecedentes probatorios que debe acompañar³⁷.

En este sentido, la solicitud del deudor no es más que la facultad que tiene para comparecer ante el tribunal y pedir se declare una situación jurídica

³⁶ CASARINO (2009) p. 57; también se ha dicho que “es una facultad que tiene toda persona para ocurrir a los tribunales de justicia para obtener de ellos el reconocimiento o la declaración de un derecho que se cree tener y que le ha sido desconocido”. BENAVENTE (1962) p. 37.

³⁷ Existen variadas opiniones doctrinarias en cuanto a la naturaleza jurídica de la solicitud del deudor. Carlos Concha Gutiérrez expresa: “la petición del deudor es una verdadera acción y no una excepción, aunque, además, pueda considerarse una confesión”; Renzo Provinciali, dice: “solicitando la quiebra el deudor se sirve de aquel, su derecho a pagar y conseguir la liberación, para el ejercicio del cual no tiene otro camino, después de producido el estado de insolvencia”; otros, como Román Rodríguez, señala: “el deudor solo está cumpliendo con un deber, bajo sesiones penales graves en PUGA (2018) p. 261.

ca que dice existir, mas en ningún caso podrá constituir prueba por sí misma, de lo contrario, llegaríamos al absurdo de que por el solo hecho de ejercer tal facultad, el órgano jurisdiccional se verá obligado a acoger las pretensiones deducidas, llevando el aforismo jurídico “a confesión de parte relevo de prueba” al punto más extremo de aplicación, y a la absurda conversión de una acción (solicitud) en un elemento probatorio único, autosuficiente y perfecto para acreditar el fundamento de la pretensión deducida, bastando entonces el hecho de presentar una petición judicial para constituirse en insolvente, aun cuando no existiera en los hechos, cuestión que encarna una grave e inaceptable aberración jurídica.

Por lo expresado, el estado de insolvencia es un hecho que deberá ser acreditado por el deudor por ser el fundamento esencial de la acción deducida y del procedimiento concursal a que se somete, el que no puede darse por supuesto por el mero ejercicio de la acción. Por otro lado, de no ser posible lo planteado, la solicitud deberá considerarse como una confesión del deudor, que, no obstante, deberá ajustarse a las normas generales en materia de prueba para efectos de constituir plena prueba, y confrontarse con otros medios probatorios.

Es necesario consignar que la Ley n.º 20720 es clara en indicar que la competencia para conocer de los procedimientos concursales corresponde al juzgado de letras del domicilio del deudor³⁸.

Cabe destacar que también se ha arraigado en la doctrina curiosas posturas que pretenden limitar la función jurisdiccional del tribunal, estableciendo límites al examen que el órgano judicial debe realizar, en particular, en lo que toca a la insolvencia del deudor.

La doctrina nacional en esta materia ha sido conteste al sostener que los tribunales llamados a conocer estos asuntos se encuentran impedidos de discutir el fondo de las solicitudes, es decir, la efectividad del estado patrimonial crítico del deudor, debiendo estos limitarse a verificar los aspectos formales de la solicitud, y en el evento de cumplirse, dictar la resolución de liquidación respectiva.

En este sentido, Ricardo Sandoval sostiene una posición que es algo extrema, al señalar: “si la solicitud de liquidación voluntaria se ajusta a las exigencias legales, el tribunal debe dictar la resolución de liquidación”³⁹.

De similar manera, haciendo alusión al procedimiento concursal de liquidación voluntaria de empresa deudora, Nelson Contador y Cristián Palacios apuntan:

³⁸ El artículo 3 de la Ley n.º 20720 prescribe: “Los Procedimientos Concursales contemplados en esta ley serán de competencia del juzgado de letras que corresponda al domicilio del Deudor, pudiendo interponer el acreedor el incidente de incompetencia del tribunal, de acuerdo a las reglas generales”.

³⁹ SANDOVAL (2015) p. 112.

“en caso que el peticionario haya cumplido con las exigencia formales, el juzgador no puede negar lugar a la solicitud sobre la base de presumir o incluir que la Empresa deudora es solvente, o que puede someterse al Procedimiento de Reorganización o que sus dificultades son transitorias o temporales, [...] la única actitud que el sentenciador debe asumir es la constatación de elementos formales que la misma ley contempla, en el entendido que la decisión de someterse al Procedimiento Concursal de Liquidación responde a la esfera personal de autodeterminación de la Empresa deudora”⁴⁰.

Desde ya, que no se comparten las mencionadas posiciones doctrinarias.

En primer lugar, si se analizan las premisas planteadas a partir del concepto de jurisdicción⁴¹, es posible advertir que suponen una afectación inmediata a la facultad-deber constitucional propia y exclusiva de los tribunales de justicia y, del mismo modo, una restricción a su competencia del examen de fondo que debe hacer, para resolver el asunto sometido a su conocimiento.

No se debe olvidar que el artículo 76 de la Constitución Política de Chile, dispone que la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley, es por ello que cualquier limitación pretendida en lo que respecta a las facultades de los órganos jurisdiccionales llamados a conocer y resolver de estos asuntos, constituye una manifiesta infracción a lo dispuesto en la Carta Fundamental.

Conforme a lo dicho, el juez habrá de resolver en mérito a hechos establecidos y comprobados en la causa, debiendo fundar su decisión en antecedentes objetivos y pruebas que los interesados deben aportar, pues en caso contrario, carecería de imparcialidad en la resolución de los asuntos, siendo partícipe y colaborador con una de las partes del proceso, justificando su decisión en lo sostenido por una de ellas.

Por otro lado, se ha pasado por alto uno de los principios que informa el derecho concursal moderno, que el propio Ricardo Sandoval, ha denominado principio del aumento de poder de los órganos administrativos en los procedimientos concursales, en virtud del cual:

⁴⁰ CONTADOR y PALACIOS (2015) p. 142.

⁴¹ La jurisdicción se ha definido como: “la facultad y poder que tiene el Poder Judicial de administrar justicia, aun a falta de ley que resuelva la contienda o lo sometido a su decisión”. JIMÉNEZ y JIMÉNEZ (2014) p. 694. Otros autores como Manuel Urrutia, la ha definido en los siguientes términos; “jurisdicción es la actividad del estado tendiente a resolver, entre partes, los conflictos de intereses jurídicos contrapuestos, que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la República en forma definitiva y para siempre”. URRUTIA (1949) p. 148.

“los órganos jurisdiccionales y administrativos, encargados de la aplicación de las normas respectivas, deben disponer de los medios de investigación y de información para resolver con conocimiento de causa y de esta forma alcanzar los objetivos de interés general [...]”⁴².

Conforme a lo dicho, solo resta señalar que admitir las posturas planteadas por la doctrina, es aceptar la infracción a las disposiciones constitucionales que reglan la facultad jurisdiccional de los tribunales de justicia, además de dañar la labor jurisdiccional, cuanto son estos los órganos encargados de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento aplicando la ley, sobre la base del estudio exhaustivo de los hechos y circunstancias que fundamentan la causa. Siguiendo el pensamiento de Werner Goldschmidt: “el juez aplica la ley no sólo para obedecerla, sino con carácter profesional, porque la aplicación del derecho es su oficio”⁴³.

CONCLUSIONES

El procedimiento de liquidación es, sin duda, un eficaz mecanismo legal para finiquitar las deudas de aquel deudor que, debido a su estado patrimonial crítico, ya no puede responder y permitirle, al término del procedimiento, volver a la vida patrimonial libre de toda deuda.

El ejercicio de este procedimiento trae consigo diversas consecuencias adversas, sobre todo para los acreedores dado que parte de sus créditos quedarán insolutos y extintos con la resolución de término, provocando a quienes no gozan de una espalda económica sólida para afrontar un estado de insolvencia, podrían ser arrastrados a solicitar su propia liquidación. El punto en comentario es respecto de los sujetos que participan en el mercado junto a la empresa liquidada, en cuanto su ausencia en el mercado podrá afectar la subsistencia a otras empresas en caso de que su actividad se relacione con la venta de un bien o prestación de servicio de aquella.

Tampoco es posible olvidarse de la sociedad, en tanto que, si bien los trabajadores serán acreedores de la empresa liquidada, su desvinculación aportará a la desocupación y el aumento del desempleo del país, de manera directa con los trabajadores de la misma, e indirectamente, si la liquidación de la empresa trae consigo un efecto dominó de liquidaciones a otras empresas relacionadas que deberán, a su vez, despedir personal para permanecer.

Así, para nosotros, las posiciones que postulan que la liquidación debe ser decretada bastando la confesión del deudor, deben ser desestimadas y suprimi-

⁴² SANDOVAL (2015) pp. 43-44.

⁴³ Werner Goldschmidt, citado por HOYOS (1987) p. 158.

das intelectualmente por los tribunales de justicia, acogéndolas solo cuando dicha confesión del deudor encuentre amparo en antecedentes que se acompañen a la solicitud, de lo contrario, la resolución de liquidación será infundada e imprudente, sin perder de vista que en todo juicio, el hecho controvertido debe ser probado.

Además, de prevalecer la convicción que los tribunales de justicia se encuentran impedidos de conocer el fondo de la solicitud de liquidación del deudor, traería la irrazonable conclusión de instaurar a las solicitudes de liquidación voluntarias en verdaderas fortalezas de credibilidad, revestidas de una verdad incuestionable a partir de hechos injustificados y no comprobados, sustentados en la declaración unilateral del deudor.

Esta posición doctrinaria, aparte de ser injustificada, contribuye además a la creación de un sector propicio para la comisión de abusos y malas prácticas en vista que el deudor concurre sin ningún otro interesado o afectado por el concurso que pueda contravenir lo pretendido, siendo entonces la figura del juez la que se alza como el principal mecanismo de control para evitar ilegalidades.

Del mismo modo, el cuestionamiento hacia las facultades de los tribunales implicaría admitir la necesaria conducción a una resolución favorable en solicitudes presentadas en sede judicial, por absoluta veracidad que estas gozarían, circunstancia que no se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico en tanto no existe procedimiento judicial alguno en el que baste el solo ejercicio de la acción (petición) del actor para que el juez se encuentre obligado a resolver de forma favorable sus pretensiones, debido a que, incluso, en los procedimientos voluntarios el juez es llamado a fallar con “conocimiento de causa” para resolver la petición que se le presenta.

No es inútil, tampoco, recordar que el juez debe resolver las causas conforme al mérito de los antecedentes probatorios allegados al proceso, de manera que si no se logran acreditar los hechos en que se funda la acción o petición requerida, en este caso, la insolvencia del deudor, el juez debe rechazar la solicitud, toda vez que su sentencia carecería de fundamentos.

Lo expuesto, lleva a advertir un problema más grave sobre la infracción al principio de legalidad⁴⁴ que ordena a los órganos del Estado a someter su acción a la Constitución y las leyes⁴⁵, mandato constitucional que no se está

⁴⁴ El principio de legalidad, consagrado en el artículo 6 inciso 1º de la Constitución Política del Estado, dispone: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”.

⁴⁵ Jorge Bermúdez sostiene que es más propio hablar de principio de juridicidad que de legalidad, toda vez que el principio no se agota con la sujeción solo a la ley, el principio de juridicidad supone respetar toda la pirámide normativa en cuanto al grado y en cuanto a la materia”. BERMUDEZ (2011) p. 71.

observando por el máximo tribunal, debido a una errónea interpretación de la ley que regula la materia apoyada por la influyente doctrina.

No obstante, es preciso decir que la posición recogida por la jurisprudencia resulta, en cierto modo, comprensible, desde la perspectiva jurídico-social si tenemos en cuenta que amplía el espectro de aplicación permitiendo un mayor acceso al procedimiento concursal con el objetivo de aliviar la innegable angustia y pesar que se encuentran los deudores abrumados en deudas, ya sea por pérdida de empleo, siniestro, enfermedad u otra causa, lo que, no obstante, no justifica la vulneración de disposiciones legales en beneficio de las personas que se someten a estos procedimientos, lo que lleva, entonces, a encontrar el punto de equilibrio que permita el balance del acceso al procedimiento y el cumplimiento de las exigencias normativas, de lo contrario, las posibles y más negativas consecuencias devienen en la inevitable proliferación y estímulo de las malas prácticas alrededor del mismo.

De manera satisfactoria, y en buena hora, la Corte Suprema ha señalado en fallos recientes, que es insuficiente la sola solicitud para acreditar la insolvencia, sino que es necesario que el deudor acompañe los antecedentes necesarios para justificar el estado de sus obligaciones, en este sentido:

“para los efectos de admitir una solicitud de liquidación voluntaria, no basta la mera confesión del mal estado de los negocios de la persona deudora, sino es preciso adjuntar los antecedentes que así lo revelen”⁴⁶,

lo que se estima un gran avance en la materia, dado que estaría perdiendo sustento este enfoque en el que la solicitud constituiría una confesión suficiente para declarar la liquidación, y su justificación mediante antecedentes se torna necesario para demostrar el estado de insolvencia.

Desde luego, estamos a favor de la continuidad de la empresa antes que liquidarse, y ser este un mecanismo legal de *ultimo ratio*, optando por alternativas como una reestructuración de la empresa o, bien, con el procedimiento reorganización.

En este sentido, antes de solicitar un procedimiento de liquidación concursal, se estima conveniente que el deudor explore todas las opciones disponibles para resolver su situación de insolvencia, incluyendo la reorganización concursal, cuando aún se cuenta con posibilidades reales de recuperación, en pos de la continuidad de la empresa, y ser una opción menos perjudicial para quienes se ven afectados con los efectos del concurso, en especial trabajadores, proveedores, accionistas y clientes.

⁴⁶ CORTE SUPREMA (2020) rol 50.467-2020, también CORTE SUPREMA (2021) rol 4.064-2021.

BIBLIOGRAFÍA

- BAEZA, Gonzalo (2013): *Derecho concursal chileno. Procedimiento de liquidación y reestructuración patrimonial: la quiebra y los convenios: análisis de la reforma proyectada*, tomo I (Santiago, LegalPublishing).
- BENAVENTE, Darío (1962): *Derecho procesal. Reglas comunes a todo procedimiento* (Santiago, Editorial Universitaria).
- BERMUDEZ, Jorge (2011): *Derecho administrativo general* (Santiago, LegalPublishing, segunda edición).
- CASARINO, Mario (2009): *Manual de derecho procesal*, tomo 3 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, sexta edición).
- CHAVEZ, Eric (2019): *Derecho comercial. Procedimientos concursales, transporte terrestre, marítimo y aeronáutico* (Santiago, Tofulex Ediciones Jurídica, tercera edición).
- CONTADOR, Nelson y PALACIOS, Cristián (2015): *Procedimientos concursales* (Santiago, LegalPublishing).
- GARRIDO, José (2014): "Informe del Banco Mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales", *Anuario de Derecho Concursal* n.º 31.
- GOLDENBERG, Juan (2016): "El perjuicio como justificación de la revocación concursal", *Ius et Praxis* año 22 n.º 1.
- HOYOS, Fernando (1987): *Temas fundamentales de derecho procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando y JIMÉNEZ LOOSL, Fernando (2014): *Derecho constitucional*, tomo II (Concepción, Universidad Católica de la Santísima Concepción).
- PÉREZ, Álvaro; MARTÍNEZ, Patricio (2015): "Del sobreendeudamiento a la insolvencia: fases de crisis del deudor desde el derecho comparado europeo", *Revista Chilena de Derecho* vol. 42 n.º 1.
- PUELMA, Álvaro (1983): *Curso de derecho de quiebras* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición corregida y actualizada).
- PUGA, Juan (1989): *Derecho concursal. El juicio de quiebras* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).
- PUGA, Juan (2018): *Derecho concursal del procedimiento concursal de liquidación* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).
- SANDOVAL, Ricardo (2015): *Reorganización y liquidación de empresas y personas, derecho concursal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición actualizada).
- URRUTIA, Manuel (1949): *Manual de derecho procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ZALAQUETT, José (1968): *La causa de la declaratoria de quiebra* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Normas

Ley n.º 20720 (2014), 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.

Ley n.º 1552 (1902) *Código Procedimiento Civil*.

Decreto n.º 100 (2005), fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

Jurisprudencia

CORTE DE APELACIONES DE TALCA (1916): 11 de enero de 1916, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 14, sec. 11.

CORTE SUPREMA (1937): 11 de diciembre de 1937, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo. 35, sec. 1.

CORTE SUPREMA (2014): rol 9.432-2013, 7 de abril de 2014.

CORTE SUPREMA (2017): rol 5.053-2017, 26 de septiembre de 2017.

CORTE SUPREMA (2018): rol 39.766-2017, 9 de mayo de 2018.

CORTE SUPREMA (2018): rol 31.591-2018, 27 de mayo de 2018.

CORTE SUPREMA (2018): rol 2.718-2018, 30 de mayo de 2018.

CORTE SUPREMA (2019): rol 25.122-2018, 15 de abril de 2019.

CORTE SUPREMA (2019): rol 20.282-2018, 30 de abril de 2019.

CORTE SUPREMA (2019): rol 20.607-2018, 11 de julio de 2019.

CORTE SUPREMA: (2019): rol 31.135-2018, 20 de agosto de 2019.

CORTE SUPREMA (2020): rol 50.467-2020, 24 de julio de 2020.

CORTE SUPREMA (2021): rol 4.064-2021, 6 de abril de 2021.

Otros documentos

Boletín Estadístico. Procedimientos concursales - Ley N° 20.720, 1 de enero al 31 de diciembre de, enero 2019. Disponible en www.superir.gob.cl/informacion-y-estadisticas/informacion-y-estadisticas-ley-n-20-720/ [fecha de consulta: 18 de octubre de 2020].

Boletín Estadístico Procedimientos concursales - Ley N° 20.720, 1 de enero a 31 de diciembre de 2018. Disponible en www.superir.gob.cl/informacion-y-estadisticas/informacion-y-estadisticas-ley-n-20-720/ [fecha de consulta: 18 de octubre de 2020].

Boletín Estadístico. Procedimientos concursales - Ley N° 20.720, 1 de enero al 17 de diciembre de 2020. Disponible en www.superir.gob.cl/informacion-y-estadisticas/

informacion-y-estadisticas-ley-n-20-720/ [fecha de consulta: 18 de octubre de 2020].

Boletín Estadístico. Procedimientos concursales - Ley N° 20.720, 1 de enero al 31 de marzo de 2021. Disponible en www.superir.gob.cl/informacion-y-estadisticas/informacion-y-estadisticas-ley-n-20-720/ [fecha de consulta: 18 de octubre de 2020].

EL RECHAZO *IN LIMINE* DE LA DEMANDA BAJO LAS REGLAS DE ARBITRAJE CIADI: UNA PERSPECTIVA CHILENA

EARLY DISMISSAL OF A CLAIM UNDER ICSID ARBITRATION RULES: A CHILEAN PERSPECTIVE

*Juan Pablo Labbé Arocca**
*Benjamín Silva Aldana***

RESUMEN: El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS) es objeto de constante escrutinio en el ámbito internacional, lo que exige aproximarse de manera objetiva a algunas de las herramientas procesales del arbitraje inversionista-Estado. En este trabajo nos centraremos en una de ellas: el rechazo *in limine* de una demanda por manifiesta falta de fundamento. Luego de analizar su historia y aplicación por los tribunales internacionales, concluiremos que se trata de una herramienta que contribuye a la eficiencia y legitimidad del sistema, evitando la tramitación de demandas frívolas, sin menoscabar el derecho del inversionista a una tutela efectiva, manifestado en un exigente estándar de aplicación.

PALABRAS CLAVE: ISDS, CIADI, arbitraje, objeciones preliminares, rechazo *in limine*.

* Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad de los Andes (Santiago) y Master of Laws (LL.M.) por Harvard Law School. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad del Desarrollo. Asociado senior en Jana & Gil Dispute Resolution. Correo electrónico: labbe-juanpablo@gmail.com

** Abogado. Licenciado en Derecho por la Universidad del Desarrollo y Master of Laws (LL.M.) por King's College London. Asociado senior en Jana & Gil Dispute Resolution. Correo electrónico: benjamin.alfonso.silva@gmail.com

El presente artículo refleja únicamente el punto de vista de los autores y no el de cualquier organización o institución académica con la cual están afiliados o asociados.

ABSTRACT: The investor-state dispute settlement mechanism (ISDS) is under constant scrutiny at an international level, which calls for an objective approach to some of the procedural tools envisaged in investor-state arbitration. This paper focuses on one of them: the early dismissal of a claim for manifest lack of merits. After analyzing its history and application by international tribunals, we conclude that this tool fosters the efficiency and legitimacy of the system, by avoiding frivolous claims without undermining the investor's right to be heard, which is in turn crystallized in a stringent standard of application.

KEYWORDS: ISDS, ICSID, arbitration, preliminary objections, early dismissal.

INTRODUCCIÓN

La inversión extranjera puede ser una fuente de importantes beneficios para un Estado receptor. No solo se trata del capital invertido y la generación de empleo, sino de externalidades positivas como lo es el influjo de nuevas tecnologías y estándares de todo orden. Más allá de legítimos matices que puedan levantarse respecto de la conveniencia de adoptar políticas públicas pro-inversión extranjera, es, al menos, razonable que un Estado decida impulsar tales políticas para atraer inversionistas extranjeros a un determinado país; especialmente uno en vías de desarrollo.

A su vez, la confianza con la que los inversionistas extranjeros decidan hacer negocios en un determinado país depende, en mayor o menor medida, de la certeza de que serán tratados de manera justa, razonable y predecible; y que, si ello no ocurre, tendrán medios efectivos para hacer valer sus derechos y, en caso de que sea jurídicamente apropiado, obtendrán una compensación justa por el daño que pudieran sufrir.

Esas reglas del juego comunes, que van en beneficio tanto del inversionista extranjero como del Estado receptor, son usualmente identificadas como el “régimen de tratados de inversión” (o *investment treaty regime*) compuesto por:

“(i) tratados de inversión; (ii) el conjunto de tratados, reglas, e instituciones que gobiernan el arbitraje de tratados de inversión; y (iii) la jurisprudencia de tribunales arbitrales aplicando e interpretando tratados de inversión”¹.

¹ BONNITCHA, POULSEN & WAIBEL (2017) p. 3. Traducción libre, el original dice: “The investment treaty regime consists of three main components: (i) investment treaties; (ii) the set of treaties, rules, and institutions governing investment treaty arbitration; and (iii) the decisions of arbitral tribunals applying and interpreting investment treaties”.

Este régimen –que tampoco está exento de críticas y se encuentra en continua evolución²– excede por mucho el propósito del presente trabajo, que solo aspira a analizar brevemente una de las herramientas procesales que este contempla. Sin embargo, y con sus limitaciones, este ensayo busca ser un aporte dentro de la tarea de generar mayor conciencia acerca del régimen de tratados de inversión por parte de quienes practicamos el derecho en Chile.

Así, luego de repasar brevemente los aspectos generales acerca del sistema de resolución de conflictos entre inversionistas y Estados (con énfasis en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en adelante CIADI), y de la experiencia de Chile en dicho sistema, nos abocaremos al análisis de la regla contenida en el artículo 41 de las Reglas de Arbitraje del Convenio CIADI (las Reglas CIADI).

Esta regla, cuya operación puede tener lugar en la etapa más temprana de un procedimiento arbitral, permite a los tribunales desestimar *in limine litis* una demanda que adolece de manifiesta falta de mérito jurídico. Con ello, se evita incurrir en el costo de un complejo arbitraje para un reclamo que, con tan solo un análisis preliminar, se revela como carente de fundamento legal. Evidentemente, este objetivo debe ponerse en la balanza con otros fines igual de fundamentales, como lo son asegurar el acceso a una tutela efectiva y el derecho a ser oído, lo que redundaría en un estándar particularmente alto para aplicar la norma.

Veremos que, lejos de pertenecer exclusivamente al régimen de arbitraje del CIADI, esta herramienta procesal se contempla también en otras reglas de arbitraje internacional y no es totalmente ajena a nuestro ordenamiento jurídico doméstico, que contiene (o ha contenido en el pasado) una serie de hipótesis donde un tribunal puede rechazar una demanda o un recurso, con ocasión de un examen previo de admisibilidad, por carecer manifiestamente de fundamento.

Si bien no ahondaremos, por ahora, en la naturaleza jurídica de esta herramienta procesal, sí nos referiremos al papel que ella puede cumplir en orden a alcanzar una mayor economía procesal y contribuir a legitimar el sistema. Lo primero, puesto que permite evitar que tanto el tribunal como las partes destinen recursos a demandas que son manifiestamente infundadas. Lo segundo, puesto que, al elevar el estándar que debe cumplir toda demanda para ser admitida, se evita someter a los Estados a demandas temerarias o demandas deducidas, por ejemplo, con un fin instrumental o de presión, todo lo cual es posible precisamente por la flexibilidad que caracteriza al arbitraje en todas sus formas.

² Entre otros, véase WAIBEL, KAUSHAL *et al.* (2010).

I. EL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS INVERSIONISTA-ESTADO Y EL CIADI. LA EXPERIENCIA DE CHILE

El sistema de resolución de conflictos entre inversionistas y Estados (conocido como ISDS por sus siglas en inglés: *Investor-State Dispute Settlement*) normalmente se materializa en procedimientos arbitrales destinados a resolver las disputas surgidas entre Estados e inversionistas extranjeros. El consentimiento para tales arbitrajes puede adoptar varias formas (tratados bilaterales o multilaterales de inversión, tratados de libre comercio, contratos de inversión y leyes sobre inversión extranjera, entre otros) y los procedimientos pueden llevarse bajo la administración y reglas de una serie de instituciones internacionales, tales como: la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI); la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya (PCA); el Singapore International Arbitration Centre (SIAC), la London Court of Arbitration (LCIA); la Stockholm Chamber of Commerce (SCC) y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En el caso de esta última, sin embargo, solo proporciona un cuerpo de reglas de arbitraje que pueden ser utilizadas por otras instituciones, pero no actúa como una institución administradora de procedimientos de arbitraje propiamente tal³.

Entre tales reglas e instituciones destaca el CIADI, establecido en 1966 al alero del Banco Mundial mediante la entrada en vigencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI)⁴. El CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre los Estados-parte del Convenio CIADI y nacionales de otros Estados, siendo la principal y más recurrida institución arbitral en materia de inversiones. Dentro de los cuerpos normativos que complementan al Convenio CIADI, se encuentran las Reglas de Arbitraje, que ofrecen un marco normativo procesal para los arbitrajes que se tramitan ante el mismo.

El Convenio CIADI fue firmado por Chile el 25 de enero de 1991 y, luego de ser ratificado el 24 de septiembre, entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Como consta en la Historia de la ley del decreto n.º 1304 de 9 de enero de 1992 –mediante el cual se incorporó el Convenio CIADI al ordenamiento jurídico chileno– la suscripción del Convenio CIADI estuvo motivada por el acelerado incremento de la inversión extranjera en Chile en comparación con

³ Así, por ejemplo, es común que los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI sean administrados por el CIADI o por la PCA.

⁴ Para la historia del CIADI, véase PARRA (2017). Una síntesis en JANA (2022) pp. 314-315.

el resto de la región y por el interés del gobierno en obtener una ventaja comparativa para atraer inversionistas extranjeros⁵.

En el último tiempo –especialmente a propósito de la suscripción del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (TPP11) por parte de Chile– se han levantado cuestionamientos hacia la participación de Chile en el sistema ISDS, puesto que ello importaría abrirse a un “congelamiento regulatorio”⁶ o *regulatory chill*, entendido como “la posibilidad de que los tratados de inversión desincentiven a los estados de adoptar medidas regulatorias legítimas en la práctica”⁷, y exponerse a un gran número de demandas internacionales por parte de inversionistas extranjeros. Sin embargo, los datos empíricos acerca de la participación de Chile en el sistema ISDS muestran lo contrario.

A pesar de tener más de treinta años como Estado-miembro del Convenio CIADI y ser el segundo país sudamericano con mayor número de tratados bilaterales de inversión⁸, Chile destaca por ser uno de los países latinoamericanos que ha enfrentado menor número de demandas por parte de inversionistas extranjeros ante el CIADI. En efecto, Chile solo ha enfrentado seis demandas de inversionistas ante el CIADI⁹, lo que contrasta con las cincuenta y seis que ha enfrentado Argentina, las cincuenta y dos que ha enfrentado Venezuela y las cuarenta y una que ha enfrentado Perú¹⁰. Por lo demás, Chile ha tenido buenos resultados en esas seis demandas: tres resultados favorables, uno desfavorable y dos pendientes de resolución¹¹.

Por otra parte, la suscripción de tratados bilaterales de inversión con arbitraje de inversiones ha permitido que inversionistas chilenos puedan hacer valer sus derechos y obtener resultados favorables frente a Estados recep-

⁵ *Boletín* 298-10. Mensaje de S.E. Presidente de la República de 5 de marzo de 1991.

⁶ AKRAM (2021).

⁷ BONNITCHA, POULSEN & WAIBEL (2017) p. 239. Traducción libre, el original dice: “regulatory chill refers to the possibility that investment treaties discourage states from adopting legitimate regulatory measures in practice”.

⁸ A la fecha, Chile ha suscrito cincuenta y cinco tratados bilaterales de inversión y solo es superado, en Sudamérica, por Argentina, que ha suscrito sesenta y uno. Además, es el país con mayor número de tratados con disposiciones en materia de inversión que no sean tratados bilaterales de inversión (principalmente tratados de libre comercio) en la región. Para un breve estudio empírico, véase JANA (2022) cap. I.3.

⁹ CIADI (2021): Caso CIADI N° ARB/21/27, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. c. la República de Chile; CIADI (2021): Caso CIADI N° ARB/21/40, ADP International S.A. y Vinci Airports S.A.S. c. la República de Chile; CIADI (2017): Caso CIADI N° ARB/17/16, Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. la República de Chile; CIADI (2001): Caso CIADI N° ARB/01/7, MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile; CIADI (2004): Caso CIADI N° ARB/04/7, Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. la República de Chile; CIADI 1998): Caso CIADI N° ARB/98/2, Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. la República de Chile.

¹⁰ JANA (2022) p. 330.

¹¹ *Op. cit.* p. 329.

tores de sus inversiones, como es el caso de Quiborax c. Bolivia¹² y Flughafen Zürich c. Venezuela¹³.

Naturalmente, esta no es una apología ciega a un sistema que, como cualquier otro, puede y debe ser perfeccionado y ajustado a las necesidades de sus partícipes e interesados. Más bien, se busca poner de relieve que, por la histórica participación de Chile en el sistema ISDS, uno de cuyos principales actores es el CIADI, conviene entender más de cerca este procedimiento para evaluar de modo objetivo el mérito de las críticas que se levantan contra el sistema. Nuestra modesta propuesta es comenzar con el análisis de una herramienta procesal que, como veremos, no es del todo ajena a nuestro ordenamiento jurídico.

II. LA REGLA DEL ARTÍCULO 41 DE LAS REGLAS CIADI: EL RECHAZO *IN LIMINE* DEL RECLAMO POR MANIFIESTA FALTA DE FUNDAMENTO

La regla del artículo 41 consiste una defensa temprana en contra de reclamaciones que la parte demandada (normalmente el Estado receptor de la inversión) considera frívolas o carentes de fundamentos de manera manifiesta, y está redactada en los siguientes términos:

“41- Manifiesta Falta de Mérito Jurídico

- (1) Una parte podrá oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La excepción podrá referirse al fondo de la reclamación, a la jurisdicción del Centro, o a la competencia del Tribunal.
- (2) Se aplicará el siguiente procedimiento: (a) una parte presentará un escrito a más tardar 45 días después de la constitución del Tribunal; (b) el escrito especificará las causales en que se funda la excepción y contendrá una relación de los hechos pertinentes, el derecho y los argumentos; (c) el Tribunal fijará plazos para las presentaciones

¹² CIADI (2015): Caso CIADI N° ARB/06/2, Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia, laudo de fecha 16 de septiembre de 2015. El tribunal acogió la demanda de Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplún y ordenó al Estado Plurinacional de Bolivia pagar USD 48 619 578 más intereses.

¹³ CIADI (2014): Caso CIADI N°. ARB/10/19, Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. La República Bolivariana de Venezuela. Laudo de fecha 18 de noviembre de 2014. El tribunal acogió la demanda de Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A., declarando que la República Bolivariana de Venezuela había expropiado la inversión de las demandantes y había incurrido en denegación de justicia a su respecto, ordenándole pagar USD 9 714 130 5 a cada demandante, más intereses y gastos de defensa.

sobre la excepción; (d) si una parte opone la excepción antes de la constitución del Tribunal, el Secretario General fijará plazos para los escritos sobre la excepción, de tal forma que el Tribunal pueda considerar la excepción con prontitud una vez constituido; y (e) el Tribunal dictará la decisión o el laudo sobre la excepción dentro de los 60 días siguientes a lo que suceda de último, sea la constitución del Tribunal o la última presentación sobre la excepción.

- (3) Si el Tribunal decide que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto. De lo contrario, el Tribunal emitirá una decisión sobre la excepción y fijará cualquier plazo necesario para la continuación del procedimiento.

Una decisión según la cual la reclamación no carece manifiestamente de mérito jurídico será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción preliminar en virtud de la Regla 43 o a argumentar posteriormente en el procedimiento que una reclamación carece de mérito jurídico”.

La Regla tiene su origen en un estudio elaborado por la Secretaría del CIADI en el año 2004 (Estudio 2004), sobre posibles mejoras al sistema del arbitraje CIADI¹⁴. El Estudio 2004 tenía por finalidad analizar el mérito y la necesidad de actualizar las Reglas de Arbitraje del CIADI¹⁵ y, ante el crecimiento exponencial de disputas inversionista-Estado, derivó en la conclusión de que una revisión sobre cuestiones procesales como, entre otras, los procedimientos o cuestiones preliminares, era necesario.

En este sentido, el Estudio 2004 concluye que sería necesario un procedimiento preliminar adicional a aquella facultad establecida en el Convenio CIADI que permite al secretario general rechazar el registro de solicitudes de arbitraje en las cuales sea manifiesta la ausencia de jurisdicción del Centro¹⁶.

“Ha sido, también, propuesta la necesidad de que exista un procedimiento en el cual una parte solicite a un tribunal, una vez constituido, el rechazo de manera expedita de un reclamo sin mérito”¹⁷.

¹⁴ ICSID SECRETARIAT PAPER (2004).

¹⁵ En la práctica, modificar las reglas es más sencillo y realizable que modificar el Convenio CIADI. Las reglas pueden ser modificadas por el Consejo Administrativo, a diferencia del Convenio que requiere de la unanimidad de los Estados contratantes.

¹⁶ CIADI (2006): Convenio, artículo 36(3).

¹⁷ ICSID SECRETARIAT PAPER (2004) p. 4. Traducción libre, el original dice: “[...] it has also been proposed that there be a procedure for a party to seek from the tribunal, once it is constituted, the dismissal on an expedited basis of an unmeritorious claim”.

Según el Estudio 2004, en la práctica, una vez constituidos los tribunales, estos tenían facultades suficientes para conocer de solicitudes de rechazo de reclamaciones frívolas en una fase temprana del procedimiento¹⁸. Sin perjuicio de ello, el Estudio 2004 determinó que sería valioso para el sistema de arbitraje inversionista-Estado al amparo del Convenio CIADI la incorporación de una regla de rechazo *in limine* por manifiesta falta de fundamentos. De acuerdo con el Estudio 2004:

“Una disposición de esa naturaleza sería útil para tranquilizar a las partes que consideran limitadas las atribuciones de admisibilidad de la Secretaría General, especialmente por no extenderse dicha facultad a cuestiones de fondo. La disposición podría ser incluida por medio de la modificación de la Regla 41 del CIADI y 45 de las Reglas del Mecanismo Complementario, las que regulan las objeciones preliminares a la jurisdicción”¹⁹.

Adicionalmente, la limitada facultad de la Secretaría General, conforme al artículo 36 de Convenio CIADI, de no registrar solicitudes de arbitraje respecto de las cuales el Centro carezca de jurisdicción de manera manifiesta causaba malestar en los Estados parte del Convenio, ya que, superado el bajo estándar de revisión jurisdiccional, reclamaciones frívolas seguían su curso²⁰.

De acuerdo con Antonio Parra, otros antecedentes relevantes que influyeron en la adopción de la regla de excepción de manifiesta falta de fundamentos fue la regulación de los primeros acuerdos de libre comercio suscritos por Estados Unidos que, en sintonía con la Trade Act de 2002, contemplaban la posibilidad de rechazar reclamaciones frívolas²¹. En igual sentido, se contemplaba esta posibilidad en el Tratado Bilateral Modelo de Estados Unidos de 2004. Asimismo, como anticipamos, la gestación de la regla tuvo por finalidad com-

¹⁸ ICSID SECRETARIAT PAPER (2004) pp. 6-7: “In such cases, the request for arbitration must be registered and the parties invited to proceed to constitute the arbitral tribunal. Registration is, however, without prejudice to the powers and functions of the arbitral tribunal in regard to jurisdiction and the merits of the dispute. The parties are reminded of this in the notice of registration of the request. Once constituted, the tribunal may dismiss the claim on the merits or for lack of jurisdiction. As several cases have demonstrated, if the tribunal considers the claim to have been frivolous, it may also award costs to the respondent”.

¹⁹ *Op. cit.* p. 10. Traducción libre, el original dice: “The provisions would be helpful in reassuring parties that consider the screening power of the Secretary-General to be too limited, especially insofar as it does not extend to the merits of the dispute. The provisions could be introduced by amending ICSID Arbitration Rule 41 and Article 45 of the Additional Facility Arbitration Rules, which deal with preliminary objections to jurisdiction”.

²⁰ PARRA (2007) p. 65.

²¹ PARRA (2017) p. 224.

plementar la disposición contenida en el artículo 36(3) del Convenio CIADI, que permite a la Secretaría General rechazar el registro de una solicitud de arbitraje que manifiestamente se encuentre fuera de la jurisdicción del centro²².

En este sentido, la regla del rechazo *in limine* por manifiesta falta de fundamentos constituye un complemento al Convenio, pero en clave de rechazo por ausencia evidente de fundamentos en cuanto al fondo, lo que la diferencia del rechazo al momento del registro, que procede solo por razones jurisdiccionales²³.

Como es sabido, las Reglas de Arbitraje del CIADI fueron recientemente modificadas²⁴. Para lo que aquí importa, la regulación de la defensa de manifiesta falta de fundamento sufrió modificaciones, aunque menores.

REGLAS DE ARBITRAJE CIADI 2006	REGLAS DE ARBITRAJE CIADI 2022
<p>41 (5) Salvo que las partes hayan acordado otro procedimiento expedito para presentar excepciones preliminares, una parte podrá, a más tardar treinta días después de la constitución del tribunal, y en cualquier caso antes de la primera sesión del tribunal, oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La parte deberá especificar, tan precisamente como sea posible, el fundamento de su excepción. El tribunal, después de dar a las partes la oportunidad de presentar sus observaciones sobre la excepción, deberá, en su primera sesión o prontamente después, notificar a las partes su decisión sobre la excepción. La decisión del tribunal será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción conforme al párrafo (1) u oponer, en el curso del procedimiento, defensas de que una reclamación carece de mérito jurídico.</p> <p>6) Si el tribunal decidiere que la diferencia no cae dentro de la jurisdicción del centro, o que no es de su competencia, o que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto.</p>	<p>41- Manifiesta Falta de Mérito Jurídico</p> <p>1) Una parte podrá oponer una excepción relativa a la manifiesta falta de mérito jurídico de una reclamación. La excepción podrá referirse al fondo de la reclamación, a la jurisdicción del Centro, o a la competencia del Tribunal.</p> <p>2) Se aplicará el siguiente procedimiento: (a) una parte presentará un escrito a más tardar 45 días después de la constitución del tribunal; (b) el escrito especificará las causales en que se funda la excepción y contendrá una relación de los hechos pertinentes, el derecho y los argumentos; (c) el tribunal fijará plazos para las presentaciones sobre la excepción; (d) si una parte opone la excepción antes de la constitución del tribunal, el secretario general fijará plazos para los escritos sobre la excepción, de tal forma que el tribunal pueda considerar la excepción con prontitud una vez constituido y (e) el tribunal dictará la decisión o el laudo sobre la excepción dentro de los 60 días siguientes a lo que suceda de último, sea la constitución del tribunal o la última presentación sobre la excepción.</p>

²² PARRA (2015) p. 595.

²³ *Ibid.*

²⁴ Las Reglas CIADI 2022 entraron en vigor el 1 de julio de 2022.

	<p>3) Si el tribunal decide que todas las reclamaciones carecen manifiestamente de mérito jurídico, dictará un laudo a tal efecto. De lo contrario, el tribunal emitirá una decisión sobre la excepción y fijará cualquier plazo necesario para la continuación del procedimiento.</p> <p>4) Una decisión según la cual la reclamación no carece manifiestamente de mérito jurídico será sin perjuicio del derecho de una parte a oponer una excepción preliminar en virtud de la regla 43 o a argumentar posteriormente en el procedimiento que una reclamación carece de mérito jurídico.</p>
--	---

Como podemos ver, existen ciertas diferencias en la regulación de la excepción entre ambas reglas:

- *Alcance de la excepción.* El alcance de lo que se entiende por manifiesta falta de fundamento fue precisado en las Reglas de 2022. La última versión de las reglas aclara que la regla es aplicable tanto a cuestiones de mérito como a objeciones sobre la jurisdicción del Centro y la competencia del tribunal.
- *Temporalidad en su interposición.* Bajo las Reglas de 2006, la excepción debía presentarse dentro de los treinta días siguientes a la constitución del tribunal y, en cualquier caso, antes de la primera sesión del tribunal (en general, la audiencia de conducción del procedimiento, conforme a la cual se dicta la orden procesal n.º 1). Las Reglas en vigencia amplían el plazo a cuarenta y cinco días después de la constitución del tribunal y regula también la posibilidad de presentar la excepción antes de la constitución del tribunal.
- *Plazo para resolver.* Las Reglas de 2022 fijan un plazo de sesenta días dentro del cual el tribunal deberá resolver la excepción de manifiesta falta de fundamentos. Anteriormente, no existía plazo para el tribunal.

Es importante destacar que ambas versiones mantienen –aunque con diferente redacción– el derecho de la parte que no fue exitosa en la presentación de la excepción, para interponerla de manera posterior conforme a la Regla 43, es decir, como una excepción de jurisdicción del tribunal, o como de defensa de fondo al contestar la demanda²⁵.

²⁵ Así lo reconoce CIADI (2010): Caso CIADI N°ARB/09/11, Global Trading Resource Corp. y Globex International, Inc c. Ucrania. Laudo de fecha 1 de diciembre de 2010, ¶33. En un sentido similar, CIADI (2009): Caso CIADI ARB/08/03, Brandes Investment Partners, LP c. La República Bolivariana de Venezuela, decisión de fecha 2 de febrero de 2009. ¶53,

En cuanto a su tramitación, el procedimiento de la Regla 41 puede resumirse, en general, en las siguientes etapas:

1. La objeción puede ser presentada desde que la solicitud de arbitraje es registrada hasta cuarenta y cinco días después que el tribunal es constituido. La parte que presenta la objeción debe presentar los fundamentos de hecho y jurídicos que sustentan su posición.
2. El tribunal fija, previa consulta con las partes, un breve calendario procesal para que cada una de las partes sea oída y presente su caso²⁶.
3. El tribunal puede, pero no tiene la obligación, de fijar una audiencia oral para escuchar las posiciones de las partes.
4. El tribunal debe resolver la objeción dentro de los sesenta días después de su constitución (si las objeciones fueron presentadas antes de que fuera constituido) o sesenta días desde la última presentación (en caso de que la objeción hubiese sido presentada después de su constitución).
5. Si la objeción es acogida, el tribunal debe dictar un laudo que rechace el caso en su totalidad. Por otro lado, si el tribunal acoge la objeción de manera parcial o es rechazada en su totalidad, debe dictar una resolución en ese sentido, y fijar un calendario procesal para la conducción del resto del procedimiento. La decisión que acoge una objeción en forma parcial o la rechaza en su totalidad, no impide a la parte de presentar la misma objeción o argumentos en cuanto a la jurisdicción del tribunal o respecto del fondo del asunto.

Después de una somera revisión del origen y marco normativo de la regla del artículo 41 de las Reglas CIADI, revisaremos el estándar aplicable a la regla para determinar si un reclamo carece manifiestamente de mérito jurídico, tal como lo han entendido los tribunales internacionales.

1. El estándar aplicable a la regla del artículo 41 de las Reglas CIADI

Las Reglas de Arbitraje CIADI no establecen cuál es el estándar aplicable para que una excepción de la regla 41 sea acogida²⁷. La regla solo dice que la reclamación en contra de la cual se opone la excepción debe carecer de mérito jurídico

haciendo referencia a "la existencia de tres niveles en los que podrían examinarse las excepciones jurisdiccionales. Primero, por la Secretaría, y si el caso pasa ese nivel, se examinaría en virtud de la Regla 41(5), y si pasa este otro nivel, aún podría examinarse en virtud de la Regla 41(1)".

²⁶ En caso de que la objeción sea presentada antes de que el tribunal sea constituido, la Secretaría General del CIADI fijará el calendario.

²⁷ En este sentido, véase DIOP (2010) p. 328.

de forma *manifiesta*. Nada dice sobre qué se debe entender por manifiesta o qué deberá ser acreditado por el solicitante para determinar, en una fase temprana y sin el desarrollo de la reclamación hasta su total tramitación, que esta carece manifiestamente de mérito jurídico.

En consecuencia, son los tribunales arbitrales los destinados a dotar de contenido jurídico a la regla, con la finalidad de dejar establecido un estándar de aplicabilidad. Es importante recordar que, en arbitraje internacional –y en esto el arbitraje al auspicio del CIADI no es la excepción–, no existe el precedente formalmente vinculante, por lo que cada tribunal es soberano de resolver sus propias consideraciones fácticas y jurídicas, más allá del valor persuasivo de las decisiones anteriores sobre casos análogos. Lo que sí ocurre es lo que se denomina *jurisprudencia constante*, que consiste en que determinados laudos o decisiones son utilizados como guías por tribunales posteriores.

Desde ya, adelantamos que el nivel de convicción al que debe llegar un tribunal para acoger una excepción de manifiesta falta de fundamentos es alto²⁸. Dicho de otro modo, la parte demandada (normalmente el Estado) que quiera oponer esta excepción, deberá sobrepasar un estándar exigente para ver prosperar su defensa.

El primer tribunal que conoció de una objeción de la Regla 41 –entonces 41(5)– fue el tribunal de Trans-Global Petroleum c. Jordania. Dicho tribunal analizó la frase “manifiestamente sin mérito legal” contenida en la regla, y determinó que por *manifiesto* se debe entender aquello que salta a la vista o que puede ser identificado de manera sencilla:

“el significado ordinario de la palabra supone que el demandado establezca la objeción de manera clara y obvia, con una relativa facilidad y de rápida resolución. El estándar es alto. Dada la naturaleza de las disputas de inversión, el Tribunal reconoce que el ejercicio puede no ser siempre simple, requiriendo (como en este caso) sucesivas rondas escritas y orales de las partes, además de preguntas del tribunal a las partes”²⁹.

El tribunal de Global-Trans Petroleum c. Jordania también hizo referencia al estándar del término ‘manifiesto’ en el artículo 52(1)(b) del Convenio

²⁸ SABAHI, RUBINS & WALLACE JR. (2019) ¶7.43 y DIOP (2010) p. 331.

²⁹ CIADI (2008): Caso CIADI N°ARB/07/25, Trans-Global Petroleum Inc c. El Reino Hachemita de Jordania. Laudo de fecha 12 de mayo de 2008, ¶88. Traducción libre, el original dice: “The Tribunal considers that these legal materials confirm that the ordinary meaning of the word requires the respondent to establish its objection clearly and obviously, with relative ease and despatch. The standard is thus set high. Given the nature of investment disputes generally, the Tribunal nonetheless recognises that this exercise may not always be simple, requiring (as in this case) successive rounds of written and oral submissions by the parties, together with questions addressed by the tribunal to those parties. The exercise may thus be complicated; but it should never be difficult”.

CIADI (que regula una de las causales de anulación de un laudo), en virtud del cual se ha entendido que manifiesto es “evidente por sí mismo” o que “salta a la vista” y, por lo tanto, inaplicable en aquellos casos en que existen argumentos susceptibles de inclinarse hacia un lado o el otro, o que sea necesario entrar en un análisis detallado de la cuestión³⁰.

El tribunal de *Lotus c. Turkmenistán* fue elocuente al describir el estándar aplicable al señalar que, si la argumentación planteada en contra de la objeción es razonable o plausible, entonces el procedimiento debe continuar.

“no importa qué evidencia sea presentada, hay una falla fundamental en la forma en que se formula la reclamación que conduce inevitablemente a su rechazo. La inevitabilidad del rechazo debe ser manifiesta. Debe ser evidente de las alegaciones de las partes que existe alguna cuestión de hecho inevitable e indiscutible, o algún argumento jurídico en relación con el cual no se identifica ningún contraargumento posible. Si el demandante, en sus presentaciones bajo la Regla 41 (5), puede argumentar un caso razonable, el procedimiento debe continuar: pero si el tribunal determina que no se ha presentado un caso razonable, en virtud de una sana administración de justicia, la demanda debe ser detenida y desechada”³¹.

Una cuestión adicional que señaló el tribunal de *Brandes c. Venezuela* es que el umbral de la regla es “mucho más alto” que el estándar *prima facie* que exigía la –entonces– regla del 41 (1) sobre objeciones jurisdiccionales; es decir, que el tribunal debe ir más allá de las premisas fácticas fijadas por el demandante³². Sin embargo, en un fallo reciente, el tribunal de *AHG c. Iraq* determinó que, en realidad, como el análisis que debe hacer es de mérito legal, el tribunal debe asumir los hechos alegados por el demandante como ciertos

³⁰ CIADI (2008): Caso CIADI N°ARB/07/25, *Trans-Global Petroleum Inc c. El Reino Hachemita de Jordania*. Laudo de fecha 12 de mayo de 2008, ¶84.

³¹ CIADI (2020): Caso CIADI N°ARB/17/30, *Lotus Holding Anonim Sirketi c. La República de Turkmenistán*, laudo de fecha 6 de abril de 2020, ¶158. Traducción libre, el original dice: “[...] no matter what evidence is adduced, there is a fundamental flaw in the way that the claim is formulated that must inevitably lead to its dismissal. The inevitability of dismissal must be manifest. It must be obvious from the submissions of the parties that there is some unavoidable and indisputable fact, or some legal objection in relation to which no possible counter-argument is identified. If the claimant, in its submissions under Rule 41(5), can point to an arguable case, the claim should proceed: but if the tribunal is satisfied that no such arguable case has been identified, it is in accordance with the sound administration of justice that the claim should be halted and dismissed at that point”.

³² CIADI (2009): Caso CIADI ARB/08/03, *Brandes Investment Partners, LP c. La República Bolivariana de Venezuela*, decisión de fecha 2 de febrero de 2009, ¶62.

para efectos de dicho análisis³³. Lo anterior no obsta a que una reclamación sea manifiestamente sin mérito jurídico.

“El análisis, que es de carácter técnico –según lo mandado por la Regla CIADI 41(5)– determina que, porque el análisis es de mérito ‘legal’, el Tribunal asume la verdad de los hechos alegados por el Demandante [...] y bien puede que ser que en los hechos, que el tratamiento recibido por el Demandante haya sido de esa naturaleza [injusto] [...] sin embargo, la cuestión a ser resuelta sobre la aplicación del Demandado de la Regla 41(5) es, como señala el Demandado, una cuestión relacionada si el caso de jurisdicción del Demandante carece manifiestamente de mérito jurídico”³⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, hacemos presente que el alcance de la revisión de los hechos por parte del tribunal no es una cuestión pacífica y el alcance de la aceptación *pro tem* de los hechos alegados como el estándar aplicable, es controversial³⁵.

Una cuestión distinta al estándar aplicable, pero, en palabras del tribunal de AHG c. Iraq, relacionada con la administración de justicia es el nivel de revisión o desarrollo del proceso al amparo de la regla 41³⁶ y en qué momento un tribunal debe estar satisfecho de que tiene los antecedentes suficientes para resolver la controversia preliminar. Lo anterior tiene concordancia con el estándar aplicable: la convicción a que debe llegar el tribunal debe ser posible de alcanzar de una manera relativamente eficaz y eficiente. De lo contrario, si se requiere un extenso periodo para resolver la cuestión, la regla como objeción temprana pierde su objetivo y debería inclinarse el tribunal a rechazar la objeción y esperar a la tramitación completa del procedimiento. A este respecto, el tribunal de Global Trading c. Ucrania, señaló:

“Sin embargo, en opinión del Tribunal, eso [la presentación de los argumentos de la objeción en una fase posterior, en caso de rechazo] nos

³³ CIADI (2022): Caso CIADI N°ARB/20/21, AHG Industry GmbH & Co. KG c. La República de Irak, laudo de fecha 30 de septiembre de 2022, ¶225.

³⁴ *Op. cit.* ¶225. Traducción libre, el original dice: “This assessment, which is a technical one -as mandated by the nature of the ICSID Rule 41(5)–requires that, because the test is one of ‘legal’ merit, the Tribunal assume the truth of the facts as alleged by the Claimant... It may well be that, on the facts of the case, the treatment that the Claimant has received in relation to its investment ...has been of such nature and scale... However, the question to be decided in relation to the Respondent’s Rule 41(5) Application is, as rightly posed by the Respondent, ‘whether the Claimant case on jurisdiction (not the merits) is manifestly without legal merit’ ”.

³⁵ En este sentido, véase POTESTÀ & SOBÁT (2012) pp. 156-160.

³⁶ CIADI (2022): Caso CIADI N°ARB/20/21, AHG Industry GmbH & Co. KG c. La República de Irak. Laudo de fecha 30 de septiembre de 2022, ¶226.

lleva a una cuestión diferente, una que se encuentra a medio camino entre el procedimiento y el fondo, a saber, ¿en qué circunstancias debe un tribunal considerar apropiado resolver una objeción de manera sumaria, en una etapa pre-preliminar, bajo la Regla 41(5)? Debe quedar claro que esta no es la misma pregunta que el estándar a ser aplicado por un tribunal al decidir si los deméritos legales de un reclamo son “manifiestos”. Se trata más bien de la cuestión: ¿cuándo puede un tribunal estar debidamente satisfecho de que está en posesión de suficientes materiales para decidir el asunto sumariamente? Aquí, evidentemente, debe lograrse un equilibrio entre el derecho (aunque calificado) otorgado a la parte que objeta bajo la Regla 41(5) para que se deseche una reclamación manifiestamente carente de méritos antes de que se incurra en problemas y gastos innecesarios para defenderlo, y el deber del tribunal para cumplir con los requisitos del debido proceso”³⁷.

En consideración de los laudos revisados, no es controversial que el estándar aplicable a la regla 41 es alto, debiendo quien presente la objeción demostrar que la ausencia de mérito legal es clara y salta a la vista. En general, una argumentación plausible y razonable en contra deberá traducirse en un rechazo de la excepción. Respecto del nivel de conocimiento de los hechos que deba tener el tribunal, lo que es funcional al nivel de convicción necesario

³⁷ CIADI (2010): Caso CIADI N°ARB/09/11, Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc c. Ucrania, laudo de fecha 1 de diciembre de 2010, ¶34. Traducción libre, el original dice: “That brings one, however, in the opinion of the Tribunal, to a different question, one that lies half-way between procedure and substance, namely, under what circumstances ought a tribunal to consider it proper to dispose of an objection summarily, at the pre-preliminary stage, under Rule 41(5)? It should be made clear that this is not the same question as the standard Or ‘on an expedited basis’, as the matter is put in the ICSID Secretariat’s Working Paper of 12 May 2005. to be applied by a tribunal in deciding whether or not the legal demerits of a claim are ‘manifest’ (see below, paragraph 35). It is, rather, the question: when can a tribunal properly be satisfied that it is in possession of sufficient materials to decide the matter summarily? Here, a balance evidently has to be struck between the right (however qualified) given to the objecting party under Rule 41(5) to have a patently unmeritorious claim disposed of before unnecessary trouble and expense is incurred in defending it, and the duty of the tribunal to meet the requirements of due process”. En este sentido, véase también, CIADI (2014): Caso CIADI N°ARB/13/31. MOL Hungarian Oil y Gas Company PLC c. La República de Croacia, decisión de fecha 2 de diciembre de 2014, ¶45. Traducción libre: “Parece llevar a un tribunal a un territorio híbrido en algún lugar entre la Regla 41(5) y la Regla 41(1), y el presente Tribunal se ha dejado llevar hasta cierto punto en esa dirección por el patrón de alegatos escritos, seguidos de orales, acordados entre las Partes y el Tribunal en la primera sesión. Pero el Tribunal es firmemente de la opinión de que la distinción debe mantenerse entre una reclamación de un inversor que puede ser rechazada sin más y otra que requiere un argumento más elaborado para su eventual disposición”.

para acoger la excepción, la regla contempla un procedimiento sumario. Si el tribunal estima que requiere más tiempo o un desarrollo más extenso de los hechos para resolver, es señal de que la objeción no debe prosperar. Lo anterior, por cierto, es sin perjuicio del derecho de la parte que levantó la objeción de presentar los mismos argumentos para ser considerados, de forma lata, en una etapa posterior.

2. *Aplicación práctica de la regla: una muestra empírica*

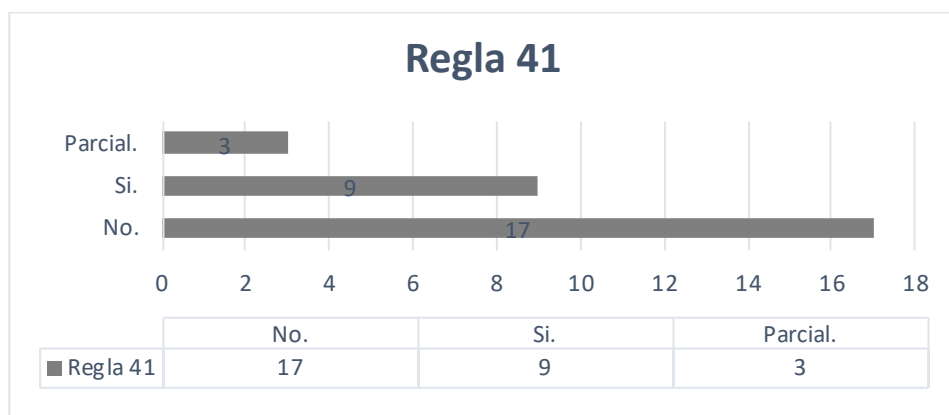
Hemos revisado un total de veintinueve casos cuyas decisiones sobre la regla 41 son públicas o conocidas³⁸. De los veintinueve casos conocidos, en tres³⁹ de ellos el resultado es parcial, es decir, ha sido parcialmente acogida la objeción. En nueve⁴⁰ ha sido acogida la objeción y en diecisiete⁴¹ ha sido rechazada.

³⁸ Los autores hacen presente que existen más casos en los cuales ha sido opuesta la excepción, pero su resultado no es público. Por lo que, en caso de haber continuado el proceso, no se puede incluir como rechazo total o parcial. En consecuencia, aquellos casos cuyas decisiones no son públicas no han sido considerados.

³⁹ CIADI (2008): Caso CIADI N°ARB/07/25, Trans-Global Petroleum Inc c. El Reino Hachemita de Jordania, decisión de fecha 12 de mayo de 2008; CIADI (2013): Caso CIADI No. ARB/12/2. Emmis Radio Operating, B.V. y MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. c. Hungría, decisión de 11 de marzo de 2013; CIADI (2013): Caso CIADI No. ARB/12/3. Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. c. Hungría, decisión de 16 de enero de 2013.

⁴⁰ CIADI (2010): Caso CIADI N°ARB/09/11, Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc c. Ucrania, laudo de 1 de diciembre de 2010; CIADI (2010): Caso CIADI No. ARB/10/6. RSM Production Corporation y Otros c. Grenada, laudo de 10 de diciembre de 2010; CIADI (2019): Caso CIADI No. ARB/13/21. Edenred SA c. Hungría, laudo en revisión de 7 de febrero de 2019; CIADI (2021): caso CIADI No. ARB/14/12, InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. El Reino de España, laudo en revisión de 8 de marzo de 2021; CIADI (2017): Caso CIADI No. ARB/14/25. Ansung Housing Co., Ltd. C. República Popular China, laudo de 9 de marzo de 2017; CIADI (2020): Caso CIADI N°ARB/17/30, Lotus Holding Anonim Sirketi c. La República de Turkmenistán, laudo de 6 de abril de 2020; CIADI (2019): Caso CIADI No. ARB/18/2. Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. c. Estado de Kuwait, laudo de 1 de noviembre de 2019; CIADI (2022): Caso CIADI No. ARB/20/16. AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia, laudo de 24 de febrero de 2022; CIADI (2022): Caso CIADI N°ARB/20/21, AHG Industry GmbH & Co. KG c. La República de Irak, laudo de 30 de septiembre de 2022.

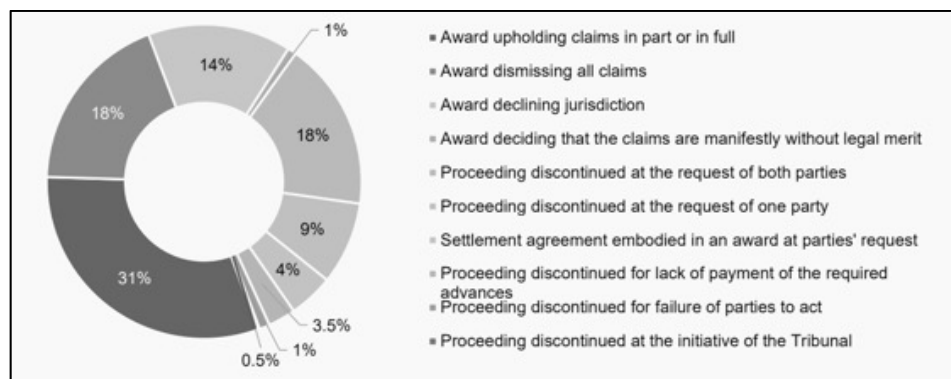
⁴¹ CIADI (2009): Caso CIADI ARB/08/03, Brandes Investment Partners, LP c. La República Bolivariana de Venezuela, decisión de 2 de febrero de 2020; CIADI (2014): Caso CIADI No. ARB/09/4. Elsamex S.A. c. Republica de Honduras - Anulación, decisión de 7 de enero de 2014; CIADI (2016): Caso CIADI No. ARB/12/22. Venoklim Holding B.V. c. La República Bolivariana de Venezuela - Anulación, decisión de 8 de marzo de 2016; CIADI (2015): Caso CIADI No. ARB/13/28. Transglobal Green Energy, LLC y Transglobal Green



En el siguiente gráfico podemos ver que, de todos los procedimientos del CIADI hasta el 31 de diciembre de 2022, los laudos en que se acogen las objeciones de manifiesta falta de mérito representan el 1 % de todas las decisiones que ponen fin a un procedimiento⁴².

Panama, S.A. c. República de Panamá, decisión de 17 de marzo de 2015; (CIADI 2014): Caso CIADI No. ARB/13/32. MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc c. República de Croacia, decisión de 2 de diciembre de 2014; (CIADI 2014): Caso CIADI No. ARB/13/33. PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea, decisión de 28 de octubre de 2014; CIADI (2016): Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2. Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos, decisión de 12 de diciembre de 2016; CIADI (2016): Caso CIADI No. ARB/15/14. Álvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. República de Panamá, decisión de 27 de enero de 2016; CIADI (2017): Caso CIADI No. ARB/15/50. Eskosol S.p.A. in liquidazione c. República de Italia, decisión de 20 de marzo de 2017; CIADI (2022): Caso CIADI No. ARB/16/13, Dominion Minerals Corp. c. República de Panamá - Anulación, decisión de 21 de julio de 2022; CIADI (2018): Caso CIADI No. ARB/17/25. Mabco Constructions SA c. República de Kosovo, decisión de 7 de febrero de 2018; CIADI (2019): Caso CIADI No. ARB/18/12. Red Eagle Exploration Limited c. República de Colombia, decisión de 16 de diciembre de 2019; CIADI (2019): Caso CIADI No. ARB/18/30. Alverley Investments Limited y Germen Properties Ltd c. Romania, decisión de 1 de agosto de 2019; CIADI (2020): Caso CIADI No. ARB/19/29. Strabag SE, Erste Nordsee-Offshore Holding GmbH y Zweite Nordsee-Offshore Holding GmbH c. República Federal de Alemania, decisión de 24 de julio de 2020; CIADI (2021): Caso CIADI No. ARB/19/35. Marko Mihaljevi c. República de Croacia, decisión de 23 de junio de 2021; CIADI (2021): Caso CIADI No. ARB/20/26. Fengzhen Min c. República de Corea, decisión de 18 de junio de 2021; CIADI (2022): Caso CIADI No. ARB/21/26. Mainstream Renewable Power Ltd y otros c. República Federal de Alemania, decisión de 18 de enero de 2022.

⁴² ICSD (2023) p. 13.



Como podemos ver, de la muestra pública de laudos o decisiones que resuelven una objeción de la regla 41, el 58 % de los casos corresponde al rechazo de la objeción. Este porcentaje, sin embargo, probablemente no refleja la realidad y se explica por lo limitado de la muestra. Por otra parte, tan solo el 1 % de los casos del CIADI terminan producto de la regla 41. Este dato sí refleja la totalidad de los casos tramitados ante el CIADI, lo que lo hace más relevante para efectos de nuestro análisis.

Estos elementos son indicativos de que, al menos respecto de casos conocidos, la tasa de rechazo es alta, y la terminación de un proceso por la aplicación por la regla ínfimo, en comparación con las demás formas en que se termina un proceso.

III. LA CAUSAL DE RECHAZO *IN LIMINE LITIS* EN OTROS CUERPOS NORMATIVOS PROCESALES

La posibilidad de que las partes puedan presentar excepciones en una fase temprana del procedimiento, solicitando un pronunciamiento del tribunal que tenga por finalidad descartar la reclamación sin necesidad de un procedimiento de lato conocimiento, se encuentra regulada en otras reglas de arbitraje, particularmente aquellas dictadas por algunas de las principales instituciones arbitrales en el ámbito internacional. Como veremos, la regulación específica de la excepción difiere entre las reglas a que nos referiremos, siendo la regla 41 de las Reglas del CIADI las más detalladas en su regulación.

Por otro lado, esta herramienta procesal tampoco es completamente ajena al ordenamiento procesal civil chileno que, si bien no contempla una norma general de rechazo de la demanda *in limine litis*, sí contiene reglas similares en materia de recursos, procedimientos de familia y procedimiento penal. Además, reglas más similares a la contenida en el artículo 41 de las Reglas CIADI han estado contempladas históricamente en otros procedimientos y proyectos de ley.

1. Otras reglas de arbitraje que contienen objeciones preliminares similares a la del artículo 41 de las Reglas CIADI

Como adelantamos, existen otros reglamentos de arbitraje que contienen reglas similares que permiten desechar reclamaciones de manera temprana, sin la necesidad de la tramitación de todo el procedimiento arbitral.

El Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC por sus siglas en inglés) contempla una regla de rechazo institucional *in limine* de las reclamaciones que carezcan de jurisdicción de manera manifiesta. Las Reglas de Arbitraje de la SCC (Reglas SCC) regulan la materia en los artículos 11⁴³ y 12⁴⁴.

De acuerdo con los artículos indicados, el Consejo de la SCC tiene la facultad de decidir tempranamente si la SCC carece de jurisdicción respecto de una solicitud de arbitraje. El Consejo solo hace una apreciación *prima facie* y sumaria de la jurisdicción de la SCC, y no contempla un procedimiento o análisis profundo en materia de jurisdicción. En general, el estándar de revisión del Consejo es bajo y, en consecuencia, el análisis detallado sobre las materias de jurisdicción es diferido al tribunal arbitral correspondiente⁴⁵. En la mayoría de las ocasiones, la SCC ha resuelto que tiene jurisdicción para conocer de la disputa⁴⁶. Asimismo, el análisis de la SCC se basará usualmente en el alcance del acuerdo arbitral y si este contiene el arbitraje como mecanismo de solución de controversia con referencia a la SCC como ente administrador⁴⁷.

Por otra parte, el artículo 39⁴⁸ de las Reglas SCC contempla un procedimiento sumario para decisiones sobre asuntos de hechos o de derecho, tales como objeciones relacionadas a cuestiones de jurisdicción, admisibilidad o

⁴³ Traducción libre: Artículo 11: El Consejo toma decisiones según lo establecido en las reglas de arbitraje, incluida la decisión sobre: (i) si la SCC carece manifiestamente de jurisdicción sobre la disputa en virtud de lo establecido en el artículo 12(i) (traducción libre de la versión original). The Board takes decisions as provided under the Arbitration Rules, including deciding: (i) whether the SCC manifestly lacks jurisdiction over the dispute pursuant to Article 12 (i).

⁴⁴ Traducción libre: Artículo 12: El Consejo deberá desechar un caso, de manera total o parcial, si: (i) la SCC carece manifiestamente de jurisdicción sobre la disputa; o (ii) el pago provisional de costos no es pagado en virtud del artículo 51.

⁴⁵ OHRSTROM (2013) p. 825.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ RAMSJÖ & STRÖMBERG (2011) pp. 56-57.

⁴⁸ Traducción libre: Artículo 39 Procedimiento Sumario. (1) Una parte puede solicitar que el tribunal decida una o mas cuestiones de hecho o de derecho por medio de un procedimiento sumario, sin necesidad de llevar todas las etapas procesales que pueden tener lugar en el arbitraje.

(2) Una solicitud de procedimiento sumario puede comprender asuntos de jurisdicción, admisibilidad o mérito. Puede incluir la aserción de que: (i) una alegación de hecho o de derecho material para la resolución del caso manifiestamente insostenible.

sobre el mérito de la disputa. Las palabras utilizadas en la regla 39(1)(2)(i) son generales en la descripción del alcance de la objeción, señalando que podrá solicitarse un pronunciamiento del tribunal, que una cuestión de hecho o de derecho es manifiestamente insostenible en relación con la resolución del caso.

La parte solicitante debe fundar la solicitud y proponer el procedimiento sumario, demostrando que lo solicitado es eficiente y apropiado⁴⁹. En cuanto al procedimiento propiamente tal, las Reglas SCC disponen que el proceso no debe, necesariamente, cumplir con cada etapa procesal que se contemplaría en un proceso normal; entregando amplias facultades al tribunal para fijar el procedimiento arbitral, cumpliendo eso sí, con los imperativos de eficiencia y celeridad⁵⁰. Para lo que aquí importa, el criterio que permite tomar una decisión sobre la base de un procedimiento sumario es, al igual que con la regla del artículo 41 de las Reglas CIADI, el hecho de ser *manifiesta* la insostenibilidad jurídica o fáctica de que se trate.

Por otro lado, las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (Reglas CCI) en relación con las Notas a las Partes y los Tribunales Arbitrales sobre la Conducción del Arbitraje de Conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (Notas sobre Conducción del Arbitraje), también contemplan la posibilidad de oponer una objeción *in limine litis*.

En forma similar al Reglamento CIADI y las Reglas de la SCC, la CCI contempla distintos niveles de objeción. Un nivel preliminar, con la solicitud de arbitraje y previo a la constitución del tribunal, y un segundo nivel, que opera una vez que se encuentra constituido el tribunal.

Así, las reglas 6(3) y 6(4) establecen que el secretario general podrá deferir a la Corte la decisión sobre las objeciones relacionadas a la existencia, validez o alcance del acuerdo, que fueran presentadas en respuesta a la solicitud de arbitraje y, por cierto, antes de constituido el Tribunal Arbitral⁵¹.

⁴⁹ Traducción libre: Artículo 39 Procedimiento Sumario (...) (3) la solicitud deberá especificar los fundamentos en que se apoya y la forma sumaria del procedimiento y demostrar que el procedimiento es eficiente y apropiado en virtud de las circunstancias del caso.

⁵⁰ Traducción libre: Artículo 39 (6) (...) Si la solicitud de procedimiento sumario es concedida. El Tribunal Arbitral deberá decidir las cuestiones bajo su consideración de una manera eficiente y expedita teniendo en consideración las circunstancias del caso, además de darle a cada parte la oportunidad de presentar su caso de conformidad al artículo 23(2)

⁵¹ Artículo 6: Efectos del acuerdo de arbitraje: (3) Si una parte contra la cual se haya formulado una demanda no presenta una Contestación, o si cualquiera de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje o a si todas las demandas formuladas en el arbitraje pueden ser determinadas conjuntamente en un solo arbitraje, el arbitraje proseguirá y toda cuestión de jurisdicción o relativa a si las demandas pueden ser determinadas conjuntamente en tal arbitraje serán decididas directamente por el tribunal

En el año 2017, la Corte dictó las Notas sobre Conducción del Arbitraje incorporando una guía sobre las herramientas y facultades de los tribunales para la conducción del procedimiento⁵². El objetivo a este respecto era aclarar los poderes de los tribunales de manera de incluir estas objeciones como parte del abanico de facultades a su disposición. Así, al momento de publicación de las Notas sobre Conducción del Arbitraje, el entonces presidente de la CCI señaló:

“La resolución inmediata de una reclamación o defensa manifiestamente sin mérito puede, en las circunstancias apropiadas, ser una herramienta útil para mejorar el celeridad y eficiencia del arbitraje. Esta adición busca clarificar que esta herramienta procesal se encuentra disponible en las Reglas de Arbitraje de la CCI”⁵³.

Dicha guía fue actualizada en el año 2021 manteniendo la disposición sobre reclamaciones manifiestamente sin mérito. La sección VII.D precisa el contenido y la amplitud del artículo 22 de las Reglas CCI. Este último contiene las reglas aplicables a la conducción del arbitraje, debiendo el tribunal y las partes promover una tramitación expedita y eficaz. En ese sentido, el tribunal podrá tomar todas las medidas que considere apropiadas para dicho objetivo, siempre velando porque cada parte pueda exponer su caso⁵⁴.

arbitral, a menos que el Secretario General refiera el asunto a la Corte para su decisión conforme al Artículo 6(4). (4) En todos los casos referidos a la Corte bajo el Artículo 6(3), la Corte decidirá si y en qué medida el arbitraje proseguirá. El arbitraje proseguirá si y en la medida en que la Corte estuviere convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento

⁵² La explicación de la guía sobre reclamaciones manifiestamente sin mérito se encuentra en ICC (2017).

⁵³ ICC (2017), traducción libre, el original dice: “The immediate disposition of a manifestly unmeritorious claim or defence may, in the proper circumstances, be a useful tool to increase the time and cost efficiency of the arbitration. This addition aims at clarifying that this procedural tool is available under the ICC Rules of Arbitration”.

⁵⁴ Artículo 22. Conducción del arbitraje: El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia. 2 Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, deberá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes. Tales medidas pueden incluir una o más de las técnicas para la conducción del caso descritas en el Apéndice IV. 3 A solicitud de cualquier parte, el tribunal arbitral podrá dictar órdenes sobre la confidencialidad del procedimiento arbitral o de cualquier otro asunto relativo al arbitraje y podrá tomar medidas para proteger secretos comerciales o industriales e información confidencial. 4 En todos los casos, el tribunal arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso. 5 Las partes se comprometen a cumplir cualquier orden dictada por el tribunal arbitral.

Las Notas Sobre Conducción del Arbitraje precisan que cualquier parte puede solicitar al tribunal una decisión expedita sobre una o varias demandas o defensas, sobre la base de que carecen manifiestamente de fundamento o se encuentran manifiestamente fuera de la jurisdicción del tribunal. Esta guía no entrega reglas procesales detalladas al respecto, sino que fija un criterio general de celeridad, debiendo la parte presentar la objeción lo antes posible, al igual que el tribunal –si decide admitir la solicitud a tramitación– deberá resolverla cuanto antes; siempre permitiendo a cada parte presentar su caso⁵⁵. Una cuestión adicional y de interés que regulan las Notas sobre Conducción del Arbitraje, es que la Corte examinará el laudo dictado con ocasión de esta decisión expedita, normalmente dentro del plazo de una semana⁵⁶.

Por último, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC por sus siglas en inglés) contempla la posibilidad de desechar prontamente (*early dismissal*) reclamaciones o defensas. Para el caso de las Reglas del SIAC sobre Arbitraje Comercial Internacional (Reglas de 2016), esta herramienta se encuentra contemplada en el artículo 29⁵⁷, mientras que las reglas para Arbitraje de Inversión (Reglas de 2017) la contienen en su artículo 26.

La inclusión de esta herramienta procesal es relativamente reciente, siendo incluida por primera vez en las reglas de arbitraje en su actualización de 2016. El reglamento de arbitraje de inversión, por su parte, se dictó en 2017 y contempló la regla desde su origen, emulando aquella contenida en las Reglas de 2016. La única diferencia entre ambos sets de normas en esta materia es el plazo en que el tribunal debe resolver la solicitud de rechazo por manifiesta falta de fundamentos. Las Reglas de 2016 expresan que el tribunal debe resolver la solicitud dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que fue presentada. En las Reglas de 2017, el plazo es aumentado a noventa días.

En cuanto al alcance de la objeción, esta es amplia en los mismos términos que los de las Reglas 41 del CIADI y 39 del Procedimiento Sumario de la SCC. La objeción de resolución temprana bajo las Reglas del SIAC alcanza a cuestiones de jurisdicción, admisibilidad y mérito de las reclamaciones o sus defensas.

El estándar aplicable en cuanto a qué debe demostrar el solicitando es, también, el de “manifiesto”. Seguidamente, la solicitud debe ser fundada, señalando en forma detallada los antecedentes de hecho y argumentos de dere-

⁵⁵ CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (2021): sección VII D, ¶¶109-113.

⁵⁶ *Op. cit.* sección VII D, ¶114.

⁵⁷ Sobre la regla del artículo 29 de las Reglas del SIAC, véase <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/10/siac-rule-29-on-early-dismissal-how-early-is-early/> [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].

cho en que se basa⁵⁸. Asimismo, el tribunal tiene amplias facultades para la conducción del procedimiento⁵⁹, pero respetando el principio de la igualdad de armas, esto es, que cada parte pueda presentar su caso⁶⁰. Desde que se incluyó esta herramienta en las Reglas del SIAC en 2016, se han presentado cincuenta y seis solicitudes, respecto de las cuales treinta fueron admitidas a tramitación, y de esas, diez acogidas (cinco en su totalidad y cinco parcialmente). En el año 2022, diez solicitudes fueron presentadas y solo cinco admitidas a tramitación⁶¹.

De esta breve revisión, podemos apreciar que la objeción temprana de manifiesta falta de fundamentos se encuentra en una serie de reglamentos de arbitraje internacional. Todas las reglas revisadas, con excepción de la Regla 41 del CIADI (que se originó en 2004 e incorporó en las reglas de 2006), son relativamente recientes (año 2016 y 2017).

Además, se pueden extraer elementos comunes a todas ellas:

- i) todas las reglas contemplan la objeción en términos amplios, esto es, de abarcar cuestiones de jurisdicción, admisibilidad o mérito;
- ii) el estándar para que la objeción sea acogida es siempre alto, siendo necesario que la falta de jurisdicción, admisibilidad o mérito sea “manifiesta” y
- iii) la tramitación debe ser celera y eficiente, pero respetando siempre el derecho de las partes de presentar su caso.

Las diferencias entre las reglas son el nivel complejidad o extensión del procedimiento a ser llevado a cabo. Así, la Regla 41 del CIADI es la que considera el procedimiento más detallado, indicando el plazo en el cual debe ser presentada la defensa (la objeción puede ser presentada desde que la solicitud de arbitraje es registrada hasta cuarenta y cinco días después que el tribunal es constituido) y el plazo en que el tribunal debe resolver (el plazo son sesenta días, ya sea desde la constitución del tribunal o desde la última presentación, según corresponda).

2. *Manifestaciones de la inadmisión in limine en el derecho procesal chileno*

La regla que venimos analizando tampoco es, por cierto, totalmente ajena al ordenamiento jurídico nacional. Si bien nuestro sistema procesal civil no contiene

⁵⁸ CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (2016) artículo 29.2; CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (2017) artículo 26.2.

⁵⁹ En este sentido véanse CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (2016) artículo 19; CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (2017) artículo 16.

⁶⁰ CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (2016) artículo 29.3; CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (2017) artículo 26.3.

⁶¹ SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (2022) p. 21.

una norma general que permita declarar inadmisibile una demanda *in limine litis* (y, por tanto, “un juez debe admitir una demanda aunque ella sea manifiestamente infundada”)⁶², existen algunas manifestaciones de la inadmisión de una demanda o recurso de manera preliminar cuando el tribunal verifica una manifiesta falta de fundamento.

El primer ejemplo de esta regla en nuestro ordenamiento procesal civil está en el artículo 782, inciso segundo del *Código de Procedimiento Civil*. Esta norma le da a la sala de la Corte Suprema, que realiza en cuenta el examen de admisibilidad de un recurso de casación en la forma, la facultad de rechazarlo de inmediato si, en opinión unánime de sus integrantes, *adolece de manifiesta falta de fundamento*, incluso, si se reúnen los requisitos formales para su admisión.

Si bien existe una discusión doctrinaria acerca de si esta norma es utilizada por la Corte Suprema como un mecanismo de selección (esto es, como una especie de *certiorari*)⁶³, en la práctica tiene el mismo efecto material que la regla del 41 de las Reglas CIADI: permitir al tribunal un examen previo, no vinculante⁶⁴, sobre el fondo de una solicitud, para determinar si ella puede ser inadmitida *in limine* por ser manifiesta su falta de fundamento jurídico.

Sin embargo, cabe anotar una diferencia fundamental en el examen que debe realizar la Corte Suprema, producto de la función nomofiláctica⁶⁵ que se cristaliza en la causal única de la casación en el fondo, que le impide entrar en el ámbito de las *quaestio facti* y limita su procedencia solo a las *quaestio*

⁶² ROMERO (2015) p. 80.

⁶³ Así, Alejandro Romero sostiene: “[...] en la práctica esta facultad se ha convertido en un instrumento equiparable a lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos, donde utilizando otras fórmulas se logra el mismo resultado, como es declarar que el recurso carece de interés casacional (España) o mediante el *certiorari*, que es el mecanismo de selección discrecional de asuntos previsto en el funcionamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos”. ROMERO (2021) p. 265. Por su parte, Iván Hunter y Edison Lara señalan: “en este caso, se está en presencia de un pronunciamiento sobre el fondo o mérito del recurso, y ello no es producto de la vista de la causa, ni del fallo, desde que ello se concreta en la etapa de admisibilidad formal, lo que podría llegar a pensarse que se estaría en presencia de una especie o modalidad de *certiorari*, es decir, de una forma de selección discrecional de los recursos atendida la excesiva carga de trabajo de la Corte Suprema y que conlleva a su desestimación o rechazo del fondo *in limine*, en la fase de control del examen de admisibilidad. No obstante, al tratarse de un examen que se basa en el cumplimiento de los supuestos formales de un recurso de derecho estricto, y no en razones puras de mérito, esta potestad de la Corte Suprema se aparta de las características propias del *certiorari* aunque cumple la función de descongestionar el conocimiento de los asuntos”. HUNTER y LARA (2021) p. 417.

⁶⁴ ROMERO (2021) p. 267: “la circunstancia de no haber sido desestimado el recurso por manifiesta falta de fundamentos, no impide que éste pueda ser desestimado luego, cuando se pronuncie la sentencia de casación”.

⁶⁵ ROMERO (2021) p. 225. La nomofilaxis se refiere al propósito de conseguir la observancia precisa de las leyes.

*iuris*⁶⁶. Por tratarse de un recurso extraordinario, la casación en el fondo solo puede fundarse en una causal específica, esto es, la infracción de ley que ha influido de modo sustancial en lo dispositivo del fallo⁶⁷. Así, la inadmisión *in limine* es usualmente utilizada por la Corte Suprema para rechazar de manera preliminar aquellos recursos que, por estar fundados en una calificación de los hechos distinta a la establecida por los tribunales de instancia, se alejan de la única causal que puede hacer procedente una casación en el fondo, careciendo así de fundabilidad jurídica⁶⁸. Esto, por cierto, implica que la Corte Suprema no analiza *in limine* la procedencia jurídica de los fundamentos invocados, sino solo su naturaleza. Esta limitación es explicada por Carlos del Río en términos ilustradores:

“[...] el juicio de fundabilidad jurídica *in limine*, que se verifica con relación a la cláusula de la manifiesta falta de fundamento, reconoce como límite el carácter concluyente o la idoneidad jurídica de la fundamentación (determinación de su capacidad o pertinencia jurídica), de modo que el examen no se pueda extender desde allí para entrar al análisis del acierto o desacierto de los fundamentos del recurso, puesto que este es el típico juicio de fundabilidad pleno que solo puede darse en el marco del procedimiento ordinario de conocimiento y decisión del recurso, salvo contadísimas excepciones, en que la contundencia y desarrollo jurisprudencial sobre una materia jurídica haya descartado con total seguridad y solvencia la relevancia casacional de una determinada fundamentación. La regla generalísima en esta materia es que todo problema de determinación de corrección o incorrección de un fundamento jurídico, que supera el cedazo de la idoneidad o capacidad jurídica para obtener la invalidación, exija para su desestimación examen ordinario y pleno de la denuncia”⁶⁹.

Lo anterior, naturalmente, no puede predicarse en general de la regla del artículo 41 de las Reglas CIADI, que no se refiere a un recurso con causales específicas, sino a la demanda propiamente tal. Un análisis similar podría tener lugar, sin embargo, en aquellos casos donde lo que se denuncia ante un tribunal CIADI es una infracción que escapa de la jurisdicción del CIADI, como un reclamo meramente contractual (particularmente en casos donde el acuerdo de arbitraje relevante es restringido) o de ley doméstica, y la parte demandada reclama manifiesta falta de fundamento sobre la base de dicha circunstancia.

⁶⁶ DEL RÍO (2019) p. 71.

⁶⁷ *Código de Procedimiento Civil*, artículo 767.

⁶⁸ DEL RÍO (2019) pp. 72-75.

⁶⁹ *Op. cit.* pp. 73-74.

Una figura que se acerca un poco más a la regla del artículo 41 de las Reglas CIADI se contempla en materia de familia. En efecto, el control *in limine* de la demanda se prevé –no exento de críticas⁷⁰– en el procedimiento de familia. El artículo 54-1 de la Ley n.º 19968, que Crea los Tribunales de Familia, consagra esta regla en los siguientes términos:

“Artículo 54-1.- Control de admisibilidad. Uno o más jueces de los que componen el juzgado, realizarán un control de admisibilidad de las demandas, denuncias y requerimientos que se presenten al tribunal.

Si en dicho control se advirtiese que la demanda presentada no cumple con los requisitos formales previstos en el artículo 57, el tribunal ordenará se subsanen sus defectos en el plazo que el mismo fije, bajo sanción de tenerla por no presentada.

Con excepción de los numerales 8) y 16) del artículo 8º, si se estimare que la presentación es manifiestamente improcedente, la rechazará de plano, expresando los fundamentos de su decisión. La resolución que la rechace será apelable en conformidad a las reglas generales.

El juez deberá declarar de oficio su incompetencia”.

En términos similares, el artículo 114 letra c) del *Código Procesal Penal* permite que un juzgado de garantía no admita una querrela a tramitación cuando *los hechos expuestos en ella no fueren constitutivos de delito*. Si bien la redacción de esta norma se aleja de aquellas que venimos analizando, la operatividad es la misma: no se admite a tramitación una acción porque, incluso, si fueran ciertos los hechos en los que se funda (un análisis similar al propuesto por el tribunal de AHG c. Iraq)⁷¹, no podría accederse a la pretensión requerida del órgano jurisdiccional y, por este motivo, el tribunal la desestima de entrada, sin tener que destinar recursos a un procedimiento que necesariamente va a fracasar. Para esta verificación, al igual que en las demás figuras bajo estudio, no se requiere un análisis pormenorizado de los hechos de la causa.

Antiguamente, una norma análoga existía para la admisibilidad del recurso de protección. El artículo 2.º, inciso segundo, del auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de 1992, luego de su reforma en 1998, disponía:

⁷⁰ ETCHEGARAY (2013) p. 49: “El ejercicio de este control de admisibilidad de fondo incorporado de esta manera en el procedimiento ante el juez de familia, importa una vulneración de derechos íntimamente ligados al debido proceso, como son la tutela judicial efectiva y el derecho a ser oído”.

⁷¹ CIADI (2022): Caso CIADI N°ARB/20/21, AHG Industry GmbH & Co. KG c. La República de Irak, laudo de fecha 30 de septiembre de 2022, ¶225.

“Presentado el recurso el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación. - Si en opinión unánime de sus integrantes su presentación ha sido extemporánea o adolece de manifiesta falta de fundamento lo declarará inadmisibile desde luego por resolución someramente fundada, la que no será susceptible de recurso alguno, salvo el de reposición ante el mismo tribunal, el que deberá interponerse dentro de tercero día”.

La implementación de esta regla, sin embargo, fue motivo de críticas por el alto número de recursos de protección que eran declarados inadmisibile en virtud de la misma, al punto que

“en muchos casos la sala de la Corte respectiva ni siquiera explícita algún fundamento, con lo cual la discrecionalidad se transforma en arbitrariedad”⁷²,

Así, en 2007 se modificó el auto acordado, limitando el examen de admisibilidad de la acción constitucional de protección a la verificación del plazo y la mención de los hechos que podrían constituir vulneración de las garantías fundamentales protegidas.

Finalmente, vale la pena mencionar que se ha intentado instalar el rechazo de la demanda *in limine litis* por manifiesta falta de fundamento como una norma general para nuestro ordenamiento procesal civil. En efecto, antes del *Proyecto de Código Procesal Civil* en actual tramitación⁷³, se ingresó en 2009 un primer proyecto ley para aprobar un nuevo *Código Procesal Civil*⁷⁴. El artículo 18 n.º 1 de ese primer proyecto disponía:

“Art. 18. Facultades del tribunal. El tribunal estará facultado para:

1. Rechazar *in limine* la demanda cuando fuere manifiestamente infundada, cuando manifiestamente carezca de los requisitos formales exigidos por la ley para la existencia, validez o eficacia del proceso o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido”.

Analizando esta propuesta legislativa, la doctrina nacional ha presentado reflexiones que parecen igualmente aplicables a la regla del artículo 41 del Convenio CIADI. Así, Iván Hunter explicó la diferencia en los efectos de la norma cuando ella opera acogiendo a tramitación una demanda y cuando lo hace negándole lugar:

⁷² NOGUEIRA (2007) p. 102.

⁷³ *Boletín* 8197-07.

⁷⁴ *Boletín* 6567-07.

“Esta potestad tiene un carácter antinómico en cuanto a sus efectos: por un lado, el juicio de admisibilidad jurídica o de fundabilidad de la pretensión no tiene una vocación de permanencia, ni menos constituye una suerte de presunción de acogibilidad de la acción, en la medida que no origina un prejuzgamiento. Es condición necesaria del desarrollo del proceso pero no suficiente para la sentencia favorable. Tampoco genera en el actor una expectativa de sentencia favorable y, por consiguiente, no puede justificar un *fumus bonis iuris* para la decretación de una medida cautelar. O sea, el juez adelanta un juicio sobre el mérito que no tiene otro efecto que el permitir el normal desarrollo de la pretensión por los cauces del proceso. En cambio, el rechazo *in limine* de la demanda por falta de fundabilidad o por carecer de un interés tutelado por el ordenamiento, tiene efectos que se vinculan directamente a la sustancialidad del objeto del juicio; la sentencia sella la controversia con fuerza de cosa juzgada material. En otras palabras, el verdadero poder del juez se manifiesta en toda su amplitud con el rechazo de la demanda *ab initio* que produce un verdadero efecto definitivo y total”⁷⁵.

Si bien no existe una regla equivalente a la del artículo 41 de las Reglas CIADI en nuestro ordenamiento procesal civil, lo cierto es que tampoco se trata de una herramienta totalmente ajena al mismo, como hemos visto en los ejemplos recién mencionados. Al menos se puede concluir que es razonable, desde una perspectiva del derecho chileno, que el órgano jurisdiccional pueda denegar, en una etapa preliminar, una acción o recurso cuando adolece de manifiesta falta de fundamento, logrando así una mayor economía procesal y evitando el inicio y tramitación de demandas temerarias.

COMENTARIOS FINALES

La herramienta procesal que venimos analizando sirve un doble propósito desde la perspectiva del Estado demandado. Por una parte, cumple una función de economía procesal, pues al permitir el rechazo temprano de reclamaciones que no tiene sustento jurídico, se evita la tramitación de un proceso arbitral completo, con los costos que ello implica, lo que se confirma por el procedimiento abreviado bajo el cual se tramita. Por otra parte, la regla del artículo 41 de las Reglas CIADI contribuye a robustecer la legitimidad del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, purgando aquellas reclamaciones frívo-

⁷⁵ HUNTER (2009) p. 126.

las destinadas a ejercer presión para lograr un acuerdo. Dicho de otro modo, busca evitar que un Estado soberano deba enfrentar una demanda que no sobrepasa un mínimo estándar de mérito.

Lo anterior, sin embargo, no puede permitir atentar contra el derecho de la parte demandante de ser oída y de acceder a una tutela efectiva. Así, como natural contrapartida, el estándar que debe superar una objeción como esta para ser exitosa es particularmente alto, evitando así el riesgo de dejar fuera alguna violación de derecho internacional. Así, en apretada síntesis, dicho estándar se traduce en que la falta de mérito jurídico, para ser calificada de *manifiesta*, debe saltar a la vista, ser evidente en sí misma, sin necesidad de un análisis profundo, y no tener siquiera un argumento plausible o razonable en contra.

En tiempos donde la participación de Chile en el ecosistema ISDS es cuestionada (a pesar de que los datos duros muestran que, en general, esa participación ha sido una buena noticia para nuestro país), parece conveniente entender de manera objetiva el procedimiento de arbitraje en materia de inversión y las herramientas que contiene para salvaguardar los derechos e intereses de quienes intervienen en él. La regla del artículo 41 de las Reglas CIADI es solo una de ellas; y una que, por lo demás, no es ni siquiera ajena al ordenamiento jurídico chileno.

BIBLIOGRAFÍA

- BONNITCHA, Jonathan; POULSEN, Lauge & WAIBEL, Michael (2017): *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (Oxford, Oxford University Press).
- DEL RÍO, Carlos (2019): "Rechazo *in limine* del recurso de casación (art. 782, inciso 2°, CPC), las normas reguladoras de la prueba y la sana crítica", *Ius et Praxis* año 25 n.º 3: pp. 69-112.
- DIOP, Aïssatou (2010): "Objection Rule under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules". *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* vol. 25 issue 2: pp. 312-336.
- ETCHEGARAY, Nicole (2013): "Control *in limine* de admisibilidad en el derecho chileno ante el Juez de Familia y derechos fundamentales procesales", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* vol. 4 n.º 3: pp. 31-52.
- HUNTER, Iván (2009): "El poder del juez para rechazar *in limine* la demanda por manifiesta falta de fundamento", *Ius et Praxis* año 15 n.º 2: pp. 117-163.
- HUNTER, Iván y LARA, Edison (2021): *Recursos procesales civiles. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, DER Ediciones).
- JANA, Andrés (2022): "Chile y la solución de controversias inversionista-Estado", en Letelier Velasco, Macarena (dir.), *30 Años de desarrollo institucional del arbitraje y de la mediación* (Santiago, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago) pp. 312-342.

- NOGUEIRA, Humberto (2007): “El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano”, *Ius et Praxis*, año 13 n.º 1: pp. 75-134.
- OHRSTROM, Marie (2013): “Chapter XII: SCC Rules”, in Schutze, Rolf A. (ed.), *Institutional Arbitration Article by Article Commentary* (Oxford, Hart Publishing) pp. 815-861.
- PARRA, Antonio (2007): “The Development of the Regulations and Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* vol. 2 issue 1: pp. 55-68.
- PARRA, Antonio (2015): “Chapter 42: ICSID Arbitration Rule 41(5) Objections”, in Kinnear, Meg; Fischer, Geraldine R. *et al.* (eds.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International) pp. 593-600.
- PARRA, Antonio. (2017): *The History of ICSID* (New York, Oxford University Press, second edition).
- POTESTÀ Michele & SOBAT, Marija (2012): “Frivolous claims in international adjudication: a study of ICSID Rule 41(5) and of procedures of other courts and tribunals to dismiss claims summarily”, *Journal of International Dispute Settlement* vol. 3 issue 1: pp. 137-168.
- RAMSJÖ, David & STRÖMBERG, Siri (2011): “Manifest Lack of Jurisdiction? A Selection of Decisions of The Arbitration Institute of The Stockholm Chamber of Commerce Concerning The Prima Facie Existence of An Arbitration Agreement (2005-2009)”, *Stockholm International Arbitration Review* vol. 2009 No. 2: pp. 55-74.
- ROMERO, Alejandro (2015): *Curso de derecho procesal civil. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*, tomo III (Santiago, Thomson Reuters).
- ROMERO, Alejandro (2021): *Curso de derecho procesal civil. Los medios de impugnación*, tomo V (Santiago, Thomson Reuters).
- SABAHI, Borzu; RUBINS, Noah & WALLACE Jr, Don (2019): *Investor-State Arbitration* (New York, Oxford University Press, second edition).
- WAIBEL, Michael; KAUSHAL, Asha *et al.* (eds.) (2010): *The backlash against investment arbitration* (Wolters Kluwer Law & Business).

Casos

- CIADI (1998): Caso CIADI n.º ARB/98/2. Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. la República de Chile, registrado en 1998.
- CIADI (2001): Caso CIADI n.º ARB/01/7, MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile, registrado en 2001.
- CIADI (2004): Caso CIADI n.º ARB/04/7, Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. la República de Chile, registrado en 2004.

- CIADI (2008): Caso CIADI No. ARB/07/25, Trans-Global Petroleum Inc c. El Reino Hachemita de Jordania, laudo de 12 de mayo de 2008.
- CIADI (2009): Caso CIADI ARB/08/03, Brandes Investment Partners, LP c. La República Bolivariana de Venezuela, decisión de fecha 2 de febrero de 2009.
- CIADI (2010): Caso CIADI No. ARB/09/11, Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc c. Ucrania, laudo de fecha 1 de diciembre de 2010.
- CIADI (2010): Caso CIADI No. ARB/10/6. RSM Production Corporation y Otros c. Grenada, laudo de 10 de diciembre de 2010.
- CIADI (2013): Caso CIADI No. ARB/12/2. Emmis Radio Operating, B.V., y MEM Magyar Electronic Media Kereskedelmi és Szolgáltató Kft. c. Hungría, decisión de 11 de marzo de 2013.
- CIADI (2013): Caso CIADI No. ARB/12/3. Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. c. Hungría, decisión de 16 de enero de 2013.
- CIADI (2014): Caso CIADI n.º ARB/10/19, Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. La República Bolivariana de Venezuela, laudo de fecha 18 de noviembre de 2014.
- CIADI (2014): Caso CIADI n.º ARB/09/4. Elsamex S.A. c. República de Honduras - Anulación, decisión de 7 de enero de 2014.
- CIADI (2014): Caso CIADI No. ARB/13/32. MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc c. República de Croacia, decisión de 2 de diciembre de 2014.
- CIADI (2014): Caso CIADI No. ARB/13/33. PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea, decisión de 28 de octubre de 2014.
- CIADI (2015): Caso CIADI N° ARB/06/2, Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia, laudo de fecha 16 de septiembre de 2015.
- CIADI (2015): Caso CIADI No. ARB/13/28. Transglobal Green Energy, LLC y Transglobal Green Panama, S.A. c. República de Panamá, decisión de 17 de marzo de 2015.
- CIADI (2016): Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2. Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos, decisión de 12 de diciembre de 2016.
- CIADI (2016): Caso CIADI No. ARB/12/22. Venoklim Holding B.V. c. La República Bolivariana de Venezuela - Anulación, decisión de 8 de marzo de 2016.
- CIADI (2016): Caso CIADI No. ARB/15/14. Álvarez y Marín Corporación S.A. y otros c. República de Panamá, decisión de 27 de enero de 2016.
- CIADI (2017): Caso CIADI N° ARB/17/16. Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. la República de Chile, registrado en 2017.
- CIADI (2017): Caso CIADI No. ARB/14/25. Ansung Housing Co., Ltd. C. República Popular China, laudo de 9 de marzo de 2017.

- CIADI (2017): Caso CIADI No. ARB/15/50. Eskosol S.p.A. in liquidazione c. República de Italia, decisión de 20 de marzo de 2017.
- CIADI (2018): Caso CIADI No. ARB/17/25. Mabco Constructions SA c. República de Kosovo, decisión de 7 de febrero de 2018.
- CIADI (2019): Caso CIADI No. ARB/13/21. Edenred SA c. Hungría, laudo en revisión de 7 de febrero de 2019.
- CIADI (2019): Caso CIADI No. ARB/18/12. Red Eagle Exploration Limited c. República de Colombia, decisión de 16 de diciembre de 2019.
- CIADI (2019): Caso CIADI No. ARB/18/2. Almasryia for Operating & Maintaining Touristic Construction Co. L.L.C. c. Estado de Kuwait, laudo de 1 de noviembre de 2019.
- CIADI (2019): Caso CIADI No. ARB/18/30. Alverley Investments Limited y Germen Properties Ltd c. Romania, decisión de 1 de agosto de 2019.
- CIADI (2020): Caso CIADI N°ARB/17/30, Lotus Holding Anonim Sirketi c. La República de Turkmenistán, laudo de fecha 6 de abril de 2020.
- CIADI (2020): Caso CIADI No. ARB/19/29. Strabag SE, Erste Nordsee-Offshore Holding GmbH y Zweite Nordsee-Offshore Holding GmbH c. República Federal de Alemania, decisión de 24 de julio de 2020.
- CIADI (2021): caso CIADI n.º ARB/21/27, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. c. la República de Chile, registrado en 2021.
- CIADI (2021): Caso CIADI N°ARB/21/40, ADP International S.A. y Vinci Airports S.A.S. c. la República de Chile, registrado en 2021.
- CIADI (2021): caso CIADI No. ARB/14/12, InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. El Reino de España, laudo en revisión de 8 de marzo de 2021.
- CIADI (2021): Caso CIADI No. ARB/19/35. Marko Mihaljević c. República de Croacia, decisión de 23 de junio de 2021.
- CIADI (2021): Caso CIADI No. ARB/20/26. Fengzhen Min c. República de Corea, decisión de 18 de junio de 2021.
- CIADI (2022): Caso CIADI N°ARB/20/21, AHG Industry GmbH & Co. KG c. La República de Irak, laudo de fecha 30 de septiembre de 2022.
- CIADI (2022): Caso CIADI No. ARB/16/13, Dominion Minerals Corp. c. República de Panamá - Anulación, decisión de 21 de julio de 2022.
- CIADI (2022): Caso CIADI No. ARB/20/16. AFC Investment Solutions S.L. c. República de Colombia, laudo de 24 de febrero de 2022.
- CIADI (2022): Caso CIADI No. ARB/21/26. Mainstream Renewable Power Ltd y otros c. República Federal de Alemania, decisión de 18 de enero de 2022.

Normas

Auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de 1992.

Boletín 8197-07: Proyecto de Ley que Establece el nuevo Código Procesal Civil, ingresado el 13 de marzo de 2012. Disponible en www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8596&prmBOLETIN=8197-07 [fecha de consulta: 25 de noviembre de 2023].

Boletín 298-10: Proyecto de Acuerdo sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Historia del decreto n.º 1.304. Disponible en www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=1415&prmBOLETIN=298-10 [fecha de consulta: 25 de noviembre de 2023].

Boletín 6567-07: Proyecto de Ley que Aprueba el nuevo Código Procesal Civil, ingresado el 16 de junio de 2009. Disponible en www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=6958&prmBOLETIN=6567-07 [fecha de consulta: 25 de noviembre de 2023].

CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (2016): *Reglamento de arbitraje*. Disponible en https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2022/06/SIAC-Rules-2016-English_28-Feb-2017.pdf [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].

CENTRO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL DE SINGAPUR (2017): *Reglamento de Arbitrajes de Inversión*. Disponible en <https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2022/06/SIAC-Investment-Rules-2017.pdf> [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].

Código Procesal Penal.

Código de Procedimiento Civil.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (2017): *Reglamento de Arbitraje, versión 2017*. Disponible en www.icc-chile.cl/wp-content/uploads/2018/12/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (2021): *Reglamento de Arbitraje, versión 2021*. Disponible en <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2023/06/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version-2023-version.pdf> [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (2021): *Notas a las partes y los tribunales arbitrales sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el reglamento de Arbitraje de la CCI*. Disponible en <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2021/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-spanish-2021.pdf> [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].

Ley n.º 19968, que Crea los Tribunales de Familia.

Otros documentos

- AKRAM, Hassan (2021): "TPP-11 como 'cuarta cámara': tratados con arbitraje versus la nueva Constitución". *El Mostrador*, 13 de enero de 2021, columna de opinión. Disponible en www.elmostrador.cl/destacado/2021/01/13/tpp-11-como-cuarta-camara-tratados-con-arbitraje-versus-la-nueva-constitucion/ [fecha de consulta: 10 de mayo de 2023].
- CIADI (2006): *Convenio CIADI, reglamento y reglas*. Disponible en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf> [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].
- ICC (2017): "ICC Court revises note to include expedited determination of unmeritorious claims or defences". Disponible en <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-court-revises-note-to-include-expedited-determination-of-unmeritorious-claims-or-defences/> [fecha de consulta: 10 de mayo de 2023].
- SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE (2022): *Reporte Anual del año 2022*. Disponible en https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2023/04/SIAC_AR2022_Final-For-Upload.pdf [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].
- ICSID (2023): *The ICSID Caseload Statistics*, Issue 2023-1. Disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The_ICSID_Caseload_Statistics.1_Edition_ENG.pdf [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].
- ICSID SECRETARIAT PAPER (2004): *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*. Disponible en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration_0.pdf [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].

ANÁLISIS NORMATIVO DE LA PUBLICIDAD
Y PATROCINIO DEPORTIVO
EN EL FÚTBOL PROFESIONAL CHILENO
A RAÍZ DE LA DESREGULACIÓN
DE PUBLICIDAD DE SITIOS
DE APUESTAS DEPORTIVAS EN LÍNEA

REGULATORY ANALYSIS
OF SPORTS ADVERTISING AND SPONSORS-
HIP IN CHILEAN PROFESSIONAL FOOTBALL
FOLLOWING THE DEREGULATION
OF ONLINE SPORTS BETTING ADVERTISING

*Martin Briceño Kannegiesser**
*José Manuel Valdivieso Pantoja***

RESUMEN: Se realiza un análisis crítico de la regulación de la publicidad y del contrato de patrocinio en el ordenamiento jurídico chileno vigente y de las normas del mundo del fútbol, tanto de los organismos internacionales como de la entidad superior del fútbol profesional chileno. Esta radiografía incluye el examen de los proyectos de ley que se encuentran en tramitación y que buscan regular la publicidad de sitios de apuestas deportivas en línea en Chile, además de estudiar lo ocurrido en España con el real decreto 958/2020, en miras a proponer posibles soluciones a esta problemática.

PALABRAS CLAVE: derecho deportivo, patrocinio deportivo, publicidad deportiva, apuestas deportivas, fútbol chileno.

ABSTRACT: This paper proposes a critical analysis of the regulation of advertising and sponsorship contracts in the current Chilean legal system and the rules of the

* Abogado de la Universidad del Desarrollo sede Concepción. Correo electrónico: martinfbk@gmail.com

** Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: valdiviesojoosemanuel@gmail.com

world of football, both in international organisations and in Chilean professional football. This radiography includes an examination of the bills that are currently being processed and that seek to regulate the advertising of online sports betting sites in Chile, in addition to studying what happened in Spain with Royal Decree 958/2020, with a perspective of proposing possible solutions to this problem.

KEYWORDS: sports law, sport sponsoring, sports advertising, sportsbetting, chilean football.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años y sobre todo desde la temporada 2022, ha existido un aumento exponencial de patrocinadores ligados a apuestas deportivas en línea en el fútbol profesional chileno.

Similar a lo ocurrido con la publicidad de cerveza Cristal a fines de siglo xx¹, el impacto de las casas de apuestas en línea ha sido tal, que casi todos los clubes de primera división cuentan con un patrocinador de esta naturaleza, ya sea estampado en la camiseta o como uno de sus patrocinadores oficiales. Para la temporada 2023, ocho equipos de la máxima división² lucían en su camiseta como principal *sponsor* alguna casa deportiva en línea³, con el fútbol femenino en una situación similar⁴. Eso sin contar a aquellos clubes que lo tienen como un patrocinador secundario, de menor tamaño visible en el uniforme o como uno de los financistas oficiales del club^{5,6}.

¹ A fines de la década de 1990 y principios de la de 2000, la marca de cerveza Cristal era la principal financiadora de los clubes de fútbol profesional. A modo de ejemplo, en la temporada 1999 del fútbol chileno, diez de los dieciséis equipos participantes tenían como principal patrocinador a la empresa Cristal. Los cuatro equipos ascendidos a la temporada siguiente también tenían ese *sponsor*.

² En la temporada 2021, solo Deportes La Serena tenía como patrocinador una casa de apuestas *online*.

³ Coquimbo Unido, Ñublense y Unión La Calera eran patrocinados con Betway, hasta el fallo de la Corte Suprema. Huachipato y Magallanes lo eran por Novibet, mientras que Universidad de Chile tenía a Betano, O'Higgins a Latamwin y Colo-Colo a Coolbet.

⁴ En el campeonato de primera división femenino de 2023, según información entregada por la propia ANFP, los *sponsor* principales eran: Coolbet, Betano, Estelabet, Juega en Línea y Alegre bet.

⁵ Las casas de apuestas *online* participan en el fútbol también a través de publicidad en los estadios o alfombras en cancha, donde aparecen las marcas: 1xbet, Juega en Línea, Betway, Betcris, Coolbet, Estelabet y Betano.

⁶ La única sociedad anónima deportiva que se ha manifestado en contra ha sido Unión Española. Muestra de aquello, véase www.biobiochile.cl/noticias/deportes/futbol/futbol-nacional/2022/12/01/union-espanola-denuncia-presiones-anfp-lucir-casa-apuestas.shtml [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

La publicidad no solo ha alcanzado a las camisetas y pancartas publicitarias, sino que las casas de apuestas deportivas *online* también han puesto su objetivo en los *Naming Rights*⁷ de los torneos desarrollados por la Asociación Nacional del Fútbol Profesional (ANFP), ente rector del fútbol chileno.

El *naming right* del torneo de Primera B, segunda división profesional chilena, ha ido cambiando año a año, pero siempre con el común denominador de tener un sitio de apuestas deportivas *online* como el patrocinador principal. Así, en 2020 se llamó Campeonato de Primera B “Juegaenlínea.com”, mientras que en los últimos dos años ha sido “Betsson”. La guinda de la torta ha sido la adjudicación de parte de esta última del *naming right* del Campeonato de Primera División 2023, por una cifra muy superior al patrocinador de la temporada 2022⁸.

Sin embargo, la masificación de la publicidad de casas de apuesta en línea en las transmisiones de televisión y también en los espacios publicitarios en recintos deportivos trae consecuencias importantes en la salud mental de la población y en especial por el preocupante aumento del juego patológico. Un estudio de prevalencia y caracterización de la conducta de juego elaborado por el Departamento de Psiquiatría y Salud Mental y el Departamento de Psicología de la Universidad de Concepción junto con la Lotería de Concepción, reflejó que existe una mayor prevalencia de jugadores patológicos en hombres, en personas de entre dieciocho y cuarenta y cinco años, en aquellas que viven en regiones del norte de Chile y que poseen enseñanza básica o media incompleta⁹, constatando que las apuestas deportivas son la preferencia de jugadores patológicos y de jugadores en problemas, con un 11,9 y 19 % de preferencia, respectivamente¹⁰. A ello hay que agregar que, según datos de la Superintendencia de Casinos de Juego, en marzo de 2023 el número de personas autoexcluidas es de 2 276, cifra que ha ido en aumento desde agosto de 2019 donde se registraban mil^{11, 12}.

⁷ El contrato de *Naming Rights* o *Naming Rights agreement* ha adquirido especial popularidad en los últimos años como mecanismo de financiamiento de la actividad deportiva. Este corresponde a la celebración de un contrato de patrocinio consistente en la denominación de un evento o recinto deportivo con fines publicitarios. Véase más en RÍOS (2021) pp. 94-95.

⁸ Según el diario *La Tercera*, se trataría de USD 2 500 000 para adjudicarse el *naming right* de primera división chileno, aumentando dicho monto durante la segunda y tercera temporada de contrato. En el anterior con AFP Plan Vital, la ANFP solo recibió USD 500 000. Disponible en www.latercera.com/el-deportivo/noticia/con-un-millonario-castigo-para-los-rebeldes-betsson-gana-la-licitacion-y-se-queda-con-el-naming-right-del-campeonato-nacional/15NTE-BW2FFDRVF3KZ3UQ526DGM/ [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

⁹ SALDIVIA, COVA, MELIPILLÁN, LÓPEZ (2022) p. 31.

¹⁰ *Op. cit.* p. 20.

¹¹ Los jugadores mayores de edad, por medio de una declaración unilateral de voluntad, pueden solicitar de forma voluntaria la autoexclusión del ingreso y permanencia en salas de juego de los casinos de juego. Esto autoriza a las sociedades operadores a impedir su ingreso y permanencia de los casinos autorizados por la Ley n.º 19995 como los casinos de concesión municipal.

¹² Según estadísticas que se desprenden de los datos de autoexclusión de marzo de 2023 de la Superintendencia de Casinos de Juego. Disponible en www.scj.gob.cl/sites/default/files/

Todo lo anterior ha generado incertidumbre y preocupación en las autoridades del país y también en el mundo del fútbol. En esta línea, el Ministerio de Justicia inició un procedimiento de fiscalización a la ANFP por eventuales infracciones legales cometidas en el marco de relaciones comerciales con casas de apuestas *online*, ordenando dejar sin efecto cualquier contrato que la vincule con ellas. Esto la llevó a poner término con las casas de apuestas que se adjudicaron el *Naming Right*.

Por otro lado, quienes tampoco se han quedado al margen de la controversia son las empresas de apuestas legales, Polla Chilena de Beneficencia y Lotería de Concepción, por cuanto han intentado, a través de diversas acciones judiciales, evitar la proliferación de estos competidores ilegales. El 15 de septiembre de 2023 la Corte Suprema, en causa rol 152.138-2022, acogió un recurso de protección, presentado por la Polla Chilena de Beneficencia en contra de uno de los operadores de servicio de Internet, Mundopacifico, obteniendo una declaración de parte del máximo tribunal, que sentenció que las casas de apuestas en línea son ilegales.

No obstante, a pesar de los esfuerzos por la vía administrativa y judicial, aún se puede seguir viendo publicidad de dichas casas de apuestas en línea en las camisetas y otros espacios publicitarios del deporte profesional¹³.

De la constatación del contexto previamente descrito surge el interés de elaborar este trabajo, entregando una panorámica general del patrocinio deportivo y de la publicidad en materia deportiva. En primera instancia se revisará el contrato de patrocinio deportivo, su relevancia en el fútbol profesional, su relación con la publicidad y sus particularidades. En la segunda parte, se analizará el ordenamiento jurídico chileno vigente –la normativa estatal y federativa vigente– y los proyectos de ley que buscan restringir o prohibir la publicidad de las casas de apuestas en línea en nuestro país. Por último, se hará referencia a lo ocurrido en España, en virtud de la entrada en vigencia del real decreto 985/2020 del 3 de noviembre de 2020, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego. Finalmente, no es objetivo de este trabajo analizar en profundidad la problemática relativa a la legalidad de los sitios de apuestas *online* en Chile¹⁴.

2023-04/Estad%C3%ADsticas%20Autoexclusi%C3%B3n%20a%20marzo.pdf [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

¹³ Según se ha constatado, el fallo de causa rol 152.138-2022 ha tenido nula eficacia práctica, toda vez que las casas de apuesta han encontrado la forma de continuar con sus operaciones a través de cambios ínfimos en la dirección URL de los sitios web. En esta línea, conforme a lo informado por el medio *ex ante*, a meses del pronunciamiento de la Corte Suprema, la totalidad de los sitios continúa funcionando sin inconvenientes. Disponible en www.ex-ante.cl/el-nulo-efecto-del-fallo-de-la-tercera-sala-de-la-suprema-sobre-casinos-online-todos-los-sitios-de-apuestas-siguen-operando/ [fecha de consulta: 24 de noviembre de 2023].

¹⁴ Un sucinto resumen de la situación jurídica actual se encuentra en la presentación realizada el 5 de julio de 2022 por la Superintendencia de Casino de Juegos en la Comisión de De-

I. EL CONTRATO DE PATROCINIO DEPORTIVO Y LA PUBLICIDAD

El deporte profesional ha sido terreno fértil para que las distintas empresas nacionales e internacionales puedan mostrar y acercar sus marcas y productos a los telespectadores del mundo. Como dice Pedro Alfonso Labariega Villanueva:

“el deporte es el mercado para el patrocinio con la historia más larga de toda la amplia gama de actividades ofrecidas para patrocinar”¹⁵.

Se trata de uno de los ámbitos donde mayor desarrollo ha experimentado el rubro y esto se debe, principalmente, a que el deporte y la publicidad se han transformado en un binomio inseparable. Esto porque el primero es en la actualidad una plataforma publicitaria ideal para llegar a una audiencia cada vez mayor¹⁶ –audiencia transversal a barreras culturales y religiosas¹⁷–, mientras que la segunda entrega a la primera los medios económicos para suplir sus necesidades¹⁸. Además, el deporte y los deportistas entregan valores a los cuales las empresas aspiran asociarse, tales como: el éxito, la perseverancia, la superación de obstáculos y, por supuesto, la fama y la imagen¹⁹.

En Chile, el fenómeno de la publicidad en las camisetas y los contratos de patrocinio deportivo en el fútbol profesional empezó a aparecer en la década de 1970²⁰ y desde ahí que solo se ha intensificado. Hoy es una fuente importante de financiamiento del fútbol profesional²¹, transformándose junto con otras actividades comerciales –como el *merchandising*– en la segunda fuente de ingresos de la Primera División en el año 2020 por un total de \$21 391 000 000 que constituyen un 22 % de la distribución total de los ingresos ordinarios²² –lejos, por cierto, de los ingresos por derechos de televisación que constituyen

portes y Recreación. Disponible en www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=254468&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION[fecha de consulta: 18 de noviembre de 2023].

¹⁵ LABARIEGA (2008) p. 140.

¹⁶ El acceso masivo a las audiencias de los deportes es innegable. A modo de ejemplo, la final del mundial de la FIFA Qatar 2022 entre Francia y Argentina atrajo, según FIFA, una media de 24 080 000 de espectadores, un 24 % más que en la final de Rusia 2018 entre Francia y Croacia.

¹⁷ DÖRNER (2017) p. 65.

¹⁸ CAZORLA (1992) p. 394 y LABARIEGA (2008) p. 140.

¹⁹ VILCHEZ (2022) p. 24.

²⁰ Los primeros patrocinadores en las camisetas aparecieron en el año 1975 en equipos de la segunda división del fútbol chileno y en la temporada 1976 en algunos elencos de primera división. Por ejemplo, Deportes Antofagasta con aerolínea chilena LADECO y Santiago Wanderers con la empresa de alimentos y golosinas Costa.

²¹ Para un análisis jurídico de sus fuentes de financiamiento del véase Ríos (2021).

²² ASOCIACIÓN NACIONAL DEL FÚTBOL PROFESIONAL (2020) p. 10.

casi un 50 % de los ingresos—, cifra que aumentó el año 2021 al 26 %, equivalente a \$32 744 000 000²³.

Es por ello que antes de revisar la regulación en materia de publicidad, es pertinente realizar algunas menciones al negocio jurídico fundante: el contrato de patrocinio deportivo, cuya regulación es escasa tanto en el ámbito internacional como nacional²⁴, al igual que su desarrollo doctrinario²⁵.

Este contrato es el principal²⁶ negocio jurídico a través del cual personas jurídicas, de derecho público o privado, con o sin fines de lucro onerosamente, difunden sus marcas, logos, imagen y nombre de productos o servicios por medio de deportistas, clubes deportivos u organizadores de espectáculos deportivos.

A falta de regulación legal, la doctrina ha intentado elaborar una definición. Mauricio Ríos Lagos, siguiendo a Sandra Echeverry lo define como aquel:

“mediante el cual el patrocinador se obliga a pagar una suma de dinero o la entrega de productos o servicios al patrocinado, el cual se obliga en cambio a publicitar al primero en los términos y condiciones establecidas por las partes”²⁷.

Ricardo Sandoval lo define de forma amplia, aplicado no solo al deporte, como aquel:

“en virtud de la cual una persona natural, denominada patrocinado, mediando un apoyo económico, para la práctica de un deporte o para la ejecución de una actividad cultural, científica, o de beneficencia, se obliga a colaborar por diversos medios a la publicidad del patrocinador, que es generalmente una empresa del tráfico mercantil”^{28, 29}.

Los sujetos del contrato son, en principio, dos: por una parte, el patrocinador, anunciante o *sponsor* y, por otra parte, el patrocinado, o *sponsored*. El

²³ ASOCIACIÓN NACIONAL DEL FÚTBOL PROFESIONAL (2021) p. 10.

²⁴ Resalta el caso de España que se ha limitado a definirlo en la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 en su actual artículo 22 como “aquel por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador”.

²⁵ El mezzuino desarrollo doctrinario en Chile del derecho deportivo en general y del patrocinio deportivo contrasta con lo escrito en países como Alemania o España.

²⁶ Se utiliza el vocablo ‘principal’ porque pueden existir otros negocios jurídicos relativos a la publicidad, tales como: el contrato de difusión publicitaria, contrato de creación publicitaria, entre otros.

²⁷ RÍOS (2021) p. 93.

²⁸ SANDOVAL (2020) p. 819.

²⁹ Otras definiciones en Chile disponibles en MATUS (2008) p. 7 y DÖRNER (2017) pp. 65-66.

primero suele ser por regla general una persona jurídica, de derecho público o privado con o sin fines de lucro, que paga una suma de dinero o en especies al patrocinado, con el objetivo de profitar de su imagen o fama con miras a aumentar el grado de conocimiento del propio patrocinador, marca o producto propio, o fortalecer o posicionar su propia imagen³⁰. Esta difusión, en el caso del fútbol profesional será, generalmente, mediante el estampado en el equipamiento deportivo, ya sea en el uniforme, vestimenta o por medio de estáticos, alfombras, *naming rights*, graderías, entre otros. A su vez, este patrocinado puede ser una persona natural como un deportista o una persona jurídica tales como club deportivo u organizador de un espectáculo deportivo que cederá su derecho de imagen y, además, tendrá una obligación de colaboración en la campaña publicitaria.

En cuanto a la clasificación de este contrato, no hay dudas de que se trata de uno en el sentido del artículo 1438 del *Código Civil*. Es de carácter bilateral porque las partes se obligan recíprocamente, además de ser oneroso y conmutativo porque ambas reciben una utilidad a través de una contraprestación que se mira como equivalente. Es consensual porque el negocio jurídico se perfecciona con el mero consentimiento y patrimonial porque crea derechos pecuniarios. Destaca el carácter de *intuitu personae*, toda vez que es esencial la persona del deportista, club u organizador *sponsored* en razón de cualidades o características propias. No será lo mismo celebrar el contrato con un importante futbolista como Alexis Sánchez, que con un futbolista de segunda división³¹.

Asimismo, resalta por su atipicidad y falta de nominación, lo que ha llevado a algunas discusiones sobre su naturaleza jurídica. En el derecho comparado no hay unanimidad si se trata de un contrato de prestación de servicios o un contrato atípico con elementos de prestación de servicios, contrato publicitario y contrato complejo³². En el ámbito nacional, Ronald Matus sostiene que se trataría de un contrato marco compuesto por una serie de subcontratos como: la compraventa mercantil, contrato de exclusividad y el deseguro³³, mientras que Matias Dörner lo engloba dentro de las normas del contrato de arrendamiento³⁴.

En consecuencia, la autonomía de la voluntad tendrá un papel preponderante en el objeto del contrato, lo que lo transforma, en la práctica, en uno al-

³⁰ Thomas Körber en ADOLPHSEN & LEHNER (2012) p. 552.

³¹ Para más detalles sobre la clasificación de los contratos en MATUS (2008) pp. 8-10 y DÖRNER (2016) pp. 77-78.

³² Para Alemania, véase a modo de ejemplo, FRITZWEILER, PFISTER & SUMMERER (2020) pp. 405-406.

³³ MATUS (2008) p. 20.

³⁴ DÖRNER (2016) p. 76.

tamente casuístico, ya que al momento de su redacción se debe considerar cada una de las circunstancias y necesidades del caso en concreto, pudiendo variar en cuanto a los sujetos del negocio jurídico, obligaciones de las partes, del tipo de *sponsor*, condiciones o plazos, cláusulas especiales de exclusividad, causales de terminación del contrato, etcétera³⁵.

Una de las cláusulas relevantes es la de exclusividad, en virtud de la cual el patrocinado se obliga a utilizar solo una marca o solo hacer publicidad del patrocinador. Incluso, hay quienes lo califican como elemento esencial del negocio jurídico³⁶. De esta forma el financista tendrá la exclusividad y evitará que otros *sponsors* estén ligados publicitariamente al patrocinado, protegiendo su interés de *marketing* y comunicación y potenciando su estatus³⁷. Esta exclusividad tiene limitaciones, pudiendo ser de carácter absoluta, con pacto de delimitación territorial, delimitación en cuanto a productos o por un periodo determinado. Por ejemplo, Coca-Cola fue patrocinador oficial del Mundial de la FIFA Qatar 2022, de manera que la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) –en este caso el patrocinado– no podría mostrar publicidad de otra marca de bebidas³⁸.

En cuanto a los efectos de este contrato, la principal obligación del patrocinador es la de pagar una suma de dinero o especies avaluables en dinero, los que pueden ser una tarifa anual, regalías, bonos o prestación de servicios o suministro de bienes para la actividad deportiva³⁹.

Como contraprestación, el patrocinado suele ceder su derecho a la imagen, permitiendo al patrocinador explotar publicitariamente, a través de diversos medios de producción, la imagen del deportista, club o evento deporti-

³⁵ Thomas Körber en ADOLPHSEN & LEHNER (2012) p. 555.

³⁶ Cabe preguntarse si es que realmente se trata de un elemento esencial, en el sentido de aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente. En la práctica, la exclusividad representa un elemento clave para la etapa de negociación y celebración del negocio jurídico, toda vez que un patrocinador exclusivo pagará mucho más que uno que concurre en una vestimenta con otros patrocinadores. Aun así, ¿podría existir un contrato de patrocinio deportivo sin esa cláusula de exclusividad y aun así, ser un contrato de tal naturaleza? Por ejemplo, Thomas Körber sostiene que la exclusividad es recomendable, pero no lo agrupa dentro de los *essentialia negotii*.

³⁷ Thomas Körber en ADOLPHSEN & LEHNER (2012) p. 559.

³⁸ A modo de ejemplo, en el caso de la selección alemana de fútbol, existen las siguientes categorías de *sponsor*: *Generalponsor* (patrocinador general), *Generalausrüster* (proveedor general), *Premium Partner* y *Partners simples*.

³⁹ Es lo que se conoce como “esponsorización técnica”. En este caso en particular, el *sponsor* se obliga a suministrar bienes o prestar ciertos servicios que son inherentes al desarrollo de la actividad deportiva. Ejemplos de esto puede ser servicios médicos prestados al plantel de fútbol profesional a cambio de ser patrocinador oficial o bebidas isotónicas que se entregan a la organización deportiva profesional.

vo⁴⁰. Con esto, el *sponsor* puede cumplir con su finalidad comunicativa usando y gozando de la imagen publicitaria del *sponsored* para hacer publicidad y promover sus productos o servicios. Además, dependiendo de las cláusulas del contrato, el patrocinado puede tener una obligación de colaboración con la publicidad del patrocinador, la que puede ser activa o pasiva. Manifestaciones de esto es que el deportista debe cooperar en las actividades de promoción de la marca, por ejemplo, asistiendo a un evento del patrocinador. Si el patrocinado es una institución deportiva o el organizador de un evento deportivo, la obligación de colaboración y publicidad puede consistir en la colocación y uso del nombre o logo de la marca en objetos empleados en la actividad o en lugares de publicidad como letreros estáticos, camarines, dependencias, etcétera.

II. REGULACIÓN DE PUBLICIDAD

EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO VIGENTE

Habiendo expuesto las diferentes dimensiones en el plano teórico, se analizará a continuación, diversas normas estatales y federativas vigentes que disponen prohibiciones de publicidad que tengan relación con el deporte profesional.

1. Normativa estatal vigente

A diferencia de otras latitudes, en Chile no existe un cuerpo legal que se encargue de regular la actividad publicitaria de forma general⁴¹, por lo que las normas relativas a publicidad se encuentran dispersas en distintos cuerpos normativos⁴².

A) Regulación de publicidad en la Ley de Casinos

La Constitución Política no contempla normas sobre publicidad, pero sí menciona los juegos de azar, al consagrar en el artículo 63 número 19 que es mate-

⁴⁰ VILCHEZ (2022) p. 38.

⁴¹ Uno de los países en que se ha regulado de forma integral en un cuerpo legal es en España con la Ley 34/1988 de 11 de noviembre, Ley General de Publicidad, vigente desde el 5 de diciembre de 1988.

⁴² No se hará referencia a aquellas leyes que no tengan directa relación con el deporte, tales como la Ley n.º 21473 “sobre publicidad visible desde caminos, vías o espacios públicos”, la Ley n.º 20606, “Ley de etiquetado de alimentos” ni al decreto 3 del Ministerio de Salud publicado el 25 de junio de 2011 que “aprueba reglamento del sistema nacional de control de los productos farmacéuticos de uso humano”.

ria de ley la regulación de loterías, hipódromos y apuestas en general. Es así que la Ley n.º 19995, conocida popularmente como Ley de Casinos⁴³, es la que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego. Entró en vigencia en el año 2005 y se trata de una “ley marco”, constituyéndose en la piedra angular en materia de juegos de azar y casinos.

Se trata de una norma de carácter técnico, compuesta por VII títulos, que regula aspectos formales relativos a los juegos permitidos, el permiso de operación y requisitos técnicos que deben cumplir los establecimientos, el personal, entre otros. Además, se crea la Superintendencia de Casinos de Juegos, estableciendo sus funciones y las sanciones en caso de infracción a la normativa⁴⁴. Según su artículo 1, quedarán sujetas a las disposiciones de esta ley la autorización, funcionamiento, administración y fiscalización de los casinos de juego, así como los juegos de azar que en ellos se desarrollen.

A pesar de regular de forma integral el sistema de apuestas y casinos en Chile, el legislador omitió lo relativo a la publicidad, sin establecer norma alguna al respecto. Ni siquiera en la historia de la ley hay referencias a discusiones en torno a esto, por lo que en su tramitación brilló por su ausencia.

B) Regulación de publicidad en materia deportiva

Ninguna de las leyes fundamentales en materia del deporte regula la publicidad de forma orgánica e íntegra. La Ley n.º 19712 del deporte no contiene normas en ese sentido, salvo algunas relativas al patrocinio de competencias⁴⁵. La regulación sigue ausente en la Ley n.º 20686, que crea el Ministerio del Deporte o la Ley n.º 20019 sobre organizaciones deportivas profesionales. Si hay menciones, pero menores, en el Plan Estratégico Nacional de Actividad Física y Deporte 2016-2025 elaborado por el Ministerio del Deporte⁴⁶.

⁴³ Fue promulgada el 4 de enero de 2005 y publicada en *el Diario Oficial de la República de Chile* el 7 de enero de 2005. Fue modificada por la Ley n.º 20856, que “modifica la ley 19.995 y prorroga el funcionamiento de los casinos municipales” y que fue publicada en *el Diario Oficial de la República de Chile*, el 11 de agosto de 2015.

⁴⁴ Para más detalle véase PINILLA (2016).

⁴⁵ Se trata de normas que se refieren al patrocinio, en el sentido de apoyar o financiar una actividad deportiva de parte del Instituto Nacional del Deporte.

⁴⁶ Dentro de los planes de acción para el fomento al desarrollo de infraestructura y equipamiento, se contempla la posibilidad de asociaciones público-privadas (APP). Se dispone: “Aun así, los más atractivos para el sector privado y para el público en general tienden a ser los patrocinios, donaciones y arriendos. Los patrocinios pueden ir desde recuperación/creación de plazas y espacios menores a cambio de publicidad, pasando por promoción de competencias abiertas, hasta ser el equipamiento oficial de selecciones o torneos”. MINISTERIO DEL DEPORTE (2017) p. 34.

A su vez, la Ley n.º 19327, que establece “derechos y deberes en espectáculos de fútbol profesional” no contempla normativa en este sentido ni tampoco el decreto 1046, que aprueba el reglamento de la Ley n.º 19327⁴⁷. Ni siquiera hay mención en lo relativo a las condiciones de ingreso y permanencia a los estadios⁴⁸.

Por último el *Código del Trabajo* en el Estatuto Laboral del Deportista –capítulo VI del libro II del contrato de los y las deportistas profesionales y trabajadoras que desempeñan actividades conexas– establece una norma interesante en materia de uso y explotación comercial de la imagen de los deportistas profesionales, el artículo 152 bis F⁴⁹. Si bien regula lo relativo a la explotación de la imagen en el marco de una relación de subordinación y dependencia entre el deportista profesional y la organización deportiva profesional como empleador, si se vincula de forma tangencial con la publicidad, toda vez que el club podrá utilizar la imagen del deportista profesional, siempre que sea para el objeto principal del contrato de trabajo, requiriendo su autorización si es usado para casos distintos.

C) Restricciones especiales en materia de tabaco y alcohol

A falta de regulación en la Ley de Casinos y en las leyes fundamentales que regulan el ámbito del deporte, se debe revisar otros cuerpos legales especiales que sí consagran restricciones en publicidad.

Hace una década que en Chile existe una prohibición de publicidad de tabaco en general, lo que conlleva, también, a una prohibición en actividades y espectáculos deportivos. La Ley n.º 19419, que regula actividades que indi-

⁴⁷ El decreto 1046 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública fue publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile* el 17 de octubre de 2016, aprueba el reglamento de la Ley n.º 19327 y en su título V regula las condiciones de ingreso y permanencia en los espectáculos de fútbol profesional.

⁴⁸ Cabría preguntarse si es que los clubes podrían establecer como condición de ingreso y permanencia al estadio el hecho de no ingresar pancartas o carteles que busquen hacer *ambush marketing* y aplicar el derecho de admisión. A modo de ejemplo, algún fanático que ingrese con una bandera alusiva a un patrocinador no oficial del club. Para más sobre el derecho de admisión en Chile véase BRICEÑO (2022).

⁴⁹ Se encuentra en el capítulo VI del libro II del contrato de las deportistas profesionales y trabajadoras que desempeñan actividades conexas y reza: “El uso y explotación comercial de la imagen de los o las deportistas profesionales y de los trabajadores y trabajadoras que desempeñan actividades conexas, por parte de sus empleadores, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios, y en cada caso en que ésta deba ser utilizada, requerirá de su autorización expresa”. Véase LARRAIN (2017) pp. 53-76.

ca relacionadas con el tabaco⁵⁰, en su artículo 3 consagra una prohibición general de publicidad del tabaco y de elementos de las marcas relacionados con este producto. Dicha prohibición naturalmente alcanza a los eventos deportivos y al fútbol profesional en todas sus categorías y modalidades, extendiéndose a toda clase de transmisiones a través de medios de comunicación masivos. El tenor literal de la norma es:

“Se prohíbe la publicidad del tabaco y de elementos de las marcas relacionados con dicho producto.

La prohibición indicada se extiende en los mismos términos y con los mismos efectos a la publicidad indirecta realizada por medio de emplazamiento, donde se muestra en medios de comunicación masiva el consumo de productos o marcas de productos hechos de tabaco.

Del mismo modo, se prohíbe en programas transmitidos en vivo, por televisión o radio, en el horario permitido para menores, la aparición de personas fumando o señalando características favorables al consumo de tabaco.

Asimismo, se prohíbe la publicidad en las señales internacionales de los medios de comunicación chilenos o de páginas de internet cuyos dominios correspondan a la terminación ‘punto cl’”.

A su vez, la Ley n.º 19925 sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas también contemplará una restricción en materia publicitaria ligada a la promoción de bebidas alcohólicas. Esta normativa fue modificada por la Ley n.º 21363, publicada en el *Diario Oficial* el 6 de agosto de 2021, agregando un artículo 40 TER, que entrará en vigencia treinta y seis meses después de que se publique el reglamento. El nuevo artículo 40 TER reza:

“La publicidad de bebidas alcohólicas en televisión sólo podrá realizarse entre las veintidós y las seis horas. Se prohíbe la publicidad, directa o indirecta, de bebidas alcohólicas en radios, entre las dieciséis y las dieciocho horas.

Se prohíbe cualquier forma de publicidad comercial o no comercial, directa o indirecta, de bebidas alcohólicas en actividades deportivas, tales como la promoción, comunicación, recomendación o propaganda de dichas bebidas, sus marcas y productos. Lo anterior, con excepción de mega eventos deportivos realizados en Chile, entendiéndose por tales a aquellas competiciones deportivas internacionales de carácter mundial, continental o regional, según lo que se determine en el reglamento.

⁵⁰ La Ley n.º 19149 fue publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile* el 9 de octubre de 1995 y tuvo una gran reforma en 2013 con la Ley n.º 20660 que modifica la Ley n.º 19419 en materia de ambientes libres de humo de tabaco.

Los artículos deportivos destinados a ser distribuidos masivamente, tales como camisetas y uniformes, y aquellos objetos promocionales vinculados a toda clase de actividades deportivas, no podrán contener nombres, logotipos o imágenes de marcas de bebidas alcohólicas, incluido todo signo o alusión a sus marcas o productos.

Se prohíbe cualquier forma de publicidad, comercial o no comercial, directa o indirecta, de bebidas alcohólicas en cualquier producto, publicación o actividad destinada, exclusivamente, a menores de edad. En todo caso, no podrá inducirse a menores de edad el consumo de bebidas alcohólicas, ni valerse de medios que se aprovechen de su credulidad. La venta de estos productos no podrá efectuarse mediante ganchos comerciales, tales como regalos, concursos, juegos y otros elementos de atracción infantil”.

De esta forma, en el ordenamiento jurídico chileno se reconocen dos normativas especiales que proscriben la publicidad relativa a ciertos productos que son dañinos para la salud de las personas, como el alcohol y el tabaco. Las prohibiciones se extienden al ámbito del deporte, por lo que los clubes de fútbol profesional no pueden tener como financista a empresas de tabaco ni tampoco podrán tener publicidad de bebidas alcohólicas.

Es relevante mencionar que la proscripción en materia de alcohol no generará un cambio drástico en términos prácticos, ya que hace años que no hay una presencia masiva de bebidas alcohólicas en las camisetas de los clubes de fútbol profesional. En el último decenio, hay solo algunos casos particulares como la marca de vodka Stolichnaya, que fue *sponsor* en las mangas de la camiseta de Universidad Católica desde 2013 y el caso más reciente, con Colo-Colo teniendo como principal patrocinador Pilsen del Sur⁵¹ en la temporada 2022. Por su parte, la publicidad del tabaco hace décadas que está fuera del mundo del fútbol profesional⁵².

D) Otras normas que regulan la publicidad

Desde el punto de vista de la regulación existente en materia de protección a los consumidores, existen disposiciones que entregan ciertas luces respecto a la noción de publicidad. En tal sentido, la Ley n.º 19946, que establece normas

⁵¹ A modo de ejemplo, la última vez que la empresa cervecera Cristal fue el patrocinador principal de un club fue en el año 2014 en la camiseta de Colo-Colo.

⁵² Como anecdótica y obsoleta quedará la publicidad de cigarrillos Hilton en el mundial de Chile 1962 (disponible en www.disenonacional.cl/aviso-cigarros-hilton/ [fecha de consulta: 18 de noviembre de 2023]) o las camisetas de Deportes La Serena y Coquimbo Unido con la marca de pisco Capel.

sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC), proporciona un concepto de publicidad en su artículo 1 número 4 al definirla como:

“la comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio”⁵³.

En virtud de la definición legal recién enunciada, corresponde precisar el contenido que el propio texto legal le ha entregado a la publicidad. En tal sentido, resulta especialmente interesante recoger uno de los puntos más críticos que regula la LPC, en particular respecto a la idea de publicidad engañosa. Sin perjuicio que el legislador no brinda un concepto claro de publicidad engañosa⁵⁴, la cual en ciertos pasajes de la norma es asimilada a publicidad falsa, permite entender que, desde la perspectiva del estudio de las normas de protección al consumidor, se ha optado por consagrar un marco regulatorio sobre supuestos en que no se admite cualquier tipo de publicidad, por cuanto puede llegar a afectar en la fase de formación del consentimiento de un determinado contrato.

Sobre esto último, adquiere especial relevancia el análisis del artículo 17 L de la LPC, en la medida que presenta un supuesto en que equipara la publicidad engañosa a inducir a error al consumidor. En tal sentido, de la expresión que emplea el legislador “sin la cual no se hubiere contratado el servicio o producto”⁵⁵, se desprende que el espíritu de la disposición es entender la publicidad engañosa como un supuesto de dolo que vicia el consentimiento⁵⁶.

Esta idea de entender que existe un tipo de publicidad sancionable detrás de aquella que induce al error, se confirma en virtud de lo establecido por el artículo 28 y siguientes de la LPC, señalando ciertos supuestos de hecho en

⁵³ El artículo 1.º de la Ley n.º 19946 dispone una serie de definiciones en conformidad al objeto que busca regular la ley, que en virtud del encabezado del propio artículo 1.º, corresponde a “las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable a esta materia”.

⁵⁴ Siguiendo a DE LA MAZA Y LÓPEZ (2021): “la regulación de la publicidad engañosa en la LPC resulta defectuosa, pues ella no la define, en ocasiones la equipara a la publicidad falsa y en otras prescinde de tal sinonimia”.

⁵⁵ El artículo 17 L. de la LPC dispone: “Los proveedores de servicios o productos financieros que entreguen la información que se exige en esta ley de manera que induzca a error al consumidor o mediante publicidad engañosa, sin la cual no se hubiere contratado el servicio o producto, serán sancionados con multas previstas en el artículo 24 en sus respectivos casos, sin perjuicio de las indemnizaciones que pueda determinar el juez competente de acuerdo a la presente ley”.

⁵⁶ El legislador en la LPC emplea el mismo supuesto de hecho establecido por el artículo 1458 del *Código Civil* en atención al dolo como vicio del consentimiento. En tal sentido, tener presente que la referida disposición reza: “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubieran contratado”.

los que se reconoce una infracción a lo dispuesto por las normas protección al consumidor a raíz de “cualquier tipo de mensaje publicitario que induce a error o engaño”. De la misma forma, cabe rescatar la idea de “confusión en los consumidores”⁵⁷ que indica el artículo 28 A, que, sin embargo, no entrega respuestas claras respecto a la uniformidad de lo que entiende el legislador por publicidad engañosa.

Sin perjuicio de las disposiciones recién aludidas, y la dificultad de realizar un estudio sistemático de un concepto tan difuso como la publicidad engañosa en los términos que entiende la Ley n.º 19946, en Chile no se reconocen casos recientes de esta publicidad engañosa por concepto de patrocinio en la actividad deportiva.

2) Regulación en normativa del fútbol

Considerando que el derecho deportivo comprende un ordenamiento jurídico multiforme⁵⁸ compuesto por la interacción entre normas jurídicas estatales nacionales o supranacionales y la normativa federativa derivada de la autonomía privada –en lo que se suele denominar como *lex sportiva*⁵⁹– es que, para un completo análisis, se debe revisar aquellas regulaciones emanadas de las asociaciones y federaciones internacionales y nacionales que gobiernan y regulan el mundo del fútbol.

A) Regulación de las federaciones internacionales:

la FIFA y la CONMEBOL

En la estructura organizacional del fútbol se encuentra en la cabeza a la FIFA, máximo organismo internacional de la actividad deportiva, encargado de la gobernanza y promoción del fútbol a lo largo del mundo. Se compone por las distintas federaciones miembro, a las cuales, a su vez, se les reconoce otra dimensión organizacional desde el punto de vista territorial, correspondiente a las confederaciones compuestas por federaciones miembro pertenecientes a un mismo continente⁶⁰.

⁵⁷ Así lo dispone la LPC, al señalar en el artículo 28 A: “comete infracción a la presente ley el que, a través de cualquier tipo de mensaje publicitario, produce confusión en los consumidores respecto de la identidad de empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores”.

⁵⁸ AGIRREAZKUEENAGA (1999) p. 33.

⁵⁹ En alemán: FRITZWEILER, PFISTER & SUMMERER (2020) p. 7; HEERMANN (2022) p. 52.

⁶⁰ El título IV de los Estatutos de la FIFA dispone cuales son las confederaciones reconocidas por la FIFA, además de desarrollar el marco regulatorio base de estos organismos. Disponible en https://digitalhub.fifa.com/m/7812_bd8394004ea1/original/FIFA_Statutes_2022-ES.pdf [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

Naturalmente, como en toda actividad deportiva profesional, se reconoce un especial interés en la regulación de los derechos de competencia, esto considerando que, además de las evidentes razones propias de los valores y espíritu deportivo que conlleva, significa la principal vitrina de exposición para los diversos patrocinadores del fútbol. En ese sentido, resulta importante resaltar el papel que cumplen tanto las federaciones-miembro como las confederaciones y la propia FIFA respecto a los señalados derechos de competencia, siendo estas, “propietarios originales de todos los derechos de competencias y otros actos que emanen de sus respectivas jurisdicciones”⁶¹.

Tal carácter de propietario de los derechos de competencias representa un evidente punto de interés para federaciones miembro y clubes de fútbol, toda vez que la participación en las diversas competencias les reputa un significativo elemento de financiamiento. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, vale la pena solamente enunciar este aspecto⁶².

i) Regulación en materia publicitaria

Desde el punto de vista de la regulación en materia publicitaria por parte de la FIFA, es posible señalar que tiene un notorio carácter permisivo, considerando que el supuesto base es que no existen restricciones en torno al tipo o contenido de la publicidad, sin perjuicio de la facultad de la que goza de cada confederación o federación miembro de contar con regulaciones especiales, siendo estos, junto a la FIFA, los propietarios originales de todos los derechos de competencia.

En la línea de lo anterior, cabe, entonces, precisar acerca de aquellas materias que sí se encuentran restringidas. De esta manera, se pueden distinguir dos dimensiones relativas a aspectos regulados relativos a limitaciones de la promoción de mensajes en el desarrollo de una competencia, sean del tipo publicitario o de contenido político, religioso u opiniones personales de los protagonistas de la actividad.

Por una parte, está la regulación correspondiente a las reglas de juego de la International Football Association Board⁶³, que regula ciertas restricciones

⁶¹ El artículo 66.1 de los Estatutos de la FIFA consagra: “Las federaciones miembro y las confederaciones serán los propietarios originales de todos los derechos de competencias y otros actos que emanen de sus respectivas jurisdicciones, sin restricción alguna en lo que respecta al contenido, el tiempo, el lugar o la legislación. Estos derechos incluyen, entre otros, todo tipo de derechos patrimoniales, de grabación y difusión audiovisuales, multimedia, promocionales y de comercialización y marketing, así como los derechos inmateriales tales como los derechos de marcas y los de autor”.

⁶² Para profundizar en esta idea, véase a Ríos (2021) pp. 86-91.

⁶³ La International Football Association Board (IFAB) es una organización deportiva que se compone por la Asociación Inglesa de Fútbol, la Asociación Escocesa de Fútbol, la Asociación

respecto de la reglamentación del equipamiento de los jugadores. De esta forma, la disposición 5 entrega claras luces en torno a la restricción de promocionar mensajes de contenido político, religioso o personal, estableciendo:

“El no deberá contener eslóganes, mensajes o imágenes de carácter político, religioso o personal. Los jugadores no deberán mostrar ropa interior con eslóganes, mensajes o imágenes de carácter político, religioso, personal o publicitario que no sea el logotipo del fabricante. En caso de infracción, el jugador o el equipo serán sancionados por el organizador de la competición, la federación nacional de fútbol o la FIFA”⁶⁴.

A su turno, se reconoce por parte de los diversos organismos ciertas limitaciones incorporadas en las bases de competencia. Así, por ejemplo, un aspecto de sumo interés para la FIFA corresponde a evitar en el desarrollo de torneos de la Copa Mundial de Fútbol lo que se conoce como *Ambush Marketing* o publicidad parasitaria⁶⁵. En tal sentido, es posible evidenciar un serio interés por parte del ente rector del fútbol y organizador del evento en sus distintas categorías en velar por la protección de las marcas FIFA, Copa Mundial y *sponsors* oficiales.

Otro ejemplo relevante en materia de restricciones publicitarias, se vislumbra en el Reglamento de Equipamiento de la FIFA, que, a diferencia de las reglas de juego de la IFAB, contempla un título especial relativo a la publicidad de patrocinadores. Estas disposiciones establecen tres reglas fundamentales en torno a la limitación publicitaria, prohibiendo, de esta manera, toda publicidad de patrocinadores en el uniforme de la selección de una federación miembro que utilice en competencia o partido internacional amistoso, pero, a su vez, permitiendo y regulando la publicidad en el plano del equipamiento de clubes o clubes de *eFootball*.

Sobre este último punto, correspondiente a la publicidad de clubes de fútbol, adquiere especial relevancia la limitación en torno a no infringir la legislación vigente en el país donde se celebre el partido, como también la prohibición

de Fútbol de Gales, la Asociación Irlandesa de Fútbol y la FIFA. Su labor corresponde a la elaboración y modificación de las reglas de juego del fútbol.

⁶⁴ Disponible en <https://downloads.theifab.com/downloads/reglas-de-juego-2022-23?l=es> [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

⁶⁵ La propia FIFA proporciona una definición en su portal, al señalar que corresponde a la actividad mercadotécnica no autorizada que busca sacar ventaja del gran interés y de la popularidad de un evento a través de vínculos comerciales o también como la búsqueda de publicidad sin la autorización del organizador del evento”. Disponible en www.fifa.com/es/about-fifa/commercial/fifa-marketing/brand-protection [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

de anunciar productos del tabaco, ciertas bebidas alcohólicas, armas, pornografía u otros materiales para adultos⁶⁶.

ii) Regulación respecto a apuestas deportivas

Ante la creciente proliferación de la industria de las casas de apuesta deportivas, adquiere especial relevancia la forma en que se regule este tema por parte de FIFA y sus federaciones-miembro. En tal sentido, el *Código de Ética* de la FIFA dispone una prohibición expresa en la participación en apuestas, juegos de azar, loterías y actividades o negocios similares relacionados con competiciones del fútbol⁶⁷.

Si bien la FIFA no reconoce expresamente supuestos de objeto ilícito en la publicidad de apuestas deportivas, ni tampoco la restringe respecto de la actividad del fútbol como un eventual patrocinador, si es estricta respecto de quienes les resulta aplicable el *Código de Ética* de la FIFA, la participación directa o indirecta en juegos de azar vinculados al fútbol. Este aspecto resulta especialmente importante de analizar, considerando que el objeto de esta regulación corresponde a la integridad de la protección de la actividad deportiva y valores esenciales que se desprenden de los principios que inspiran la reglamentación del fútbol, situación que difiere, por ejemplo, respecto de ciertas legislaciones, que han restringido la publicidad de estos negocios, en atención a otros intereses, podría resultar de la protección de menores o prevención de la ludopatía.

Por otro lado, desde el plano de las confederaciones, cabe tener presente la regulación de la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL)⁶⁸

⁶⁶ Reglamento de equipamiento de la FIFA. Disponible en https://digitalhub.fifa.com/m/3a89388d8c4878c8/original/FIFA-Equipment-Regulations_2022__ES.pdf [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

⁶⁷ El artículo 27 del *Código de Ética* regula lo siguiente: "1.- Las personas sujetas a este código tienen prohibido participar, directa o indirectamente, en apuestas, juegos de azar, loterías y actividades o negocios similares relacionados con partidos o competiciones de fútbol y/u otras actividades relacionadas con el fútbol. 2.- Se prohíbe a las personas sujetas al presente código participar directa o indirectamente en actividades como apuestas, juegos de azar, loterías o hechos similares relacionadas con partidos de competición o que tenga un interés financiero directo o indirecto en dichas actividades. 3.- Siempre y cuando la conducta sancionada no constituya otra violación del presente código, el incumplimiento de este artículo será sancionado con la correspondiente multa, cuyo importe mínimo será de 100000 CHF, así como con la prohibición de ejercer actividades relacionadas con el fútbol durante un periodo máximo de tres años. Cualquier cantidad recibida indebidamente se incluirá en el cálculo de la multa". *Código de Ética de la FIFA*. Disponible en <https://digitalhub.fifa.com/m/65052b7ae489d56a/original/Codigo-de-Etica-de-la-FIFA-2023.pdf> [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

⁶⁸ Es la confederación continental más antigua del mundo, fundada en 1916, cuenta a la fecha con un total de diez asociaciones-miembro, correspondientes a: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

respecto a las apuestas deportivas, dado que en su *Código de Ética*, mantiene el espíritu de lo dispuesto por el *Código de Ética* de la FIFA al prohibir a todos quienes resulta aplicable las disposiciones de la normativa, sostener cualquier tipo de interés con empresas pertenecientes al mundo de las apuestas, juegos de azar, loterías o negocios similares vinculados al fútbol⁶⁹.

B) Regulación de las federaciones nacionales

La estructura organizacional en que se encuentra inmerso el fútbol chileno, corresponde a los planos de las asociaciones, sea Asociación Nacional de Fútbol Profesional (ANFP) o Asociación Nacional de Fútbol Ametur (ANFA), las cuales forman parte de la Federación de Fútbol de Chile (FFCh) que, a su vez, es miembro de CONMEBOL en el plano continental y de FIFA, en el internacional.

En lo que concierne a la regulación publicitaria respecto del fútbol chileno, cabe ceñirse que, al ser parte, tanto de CONMEBOL como de FIFA, le irradian las disposiciones correspondientes a la regulación propia de los organismos previamente mencionados.

En Chile no hay una norma general que regule la publicidad ni menos que la prohíba en la normativa federativa de la entidad superior del fútbol profesional chileno, la ANFP⁷⁰ ni –a diferencia de otras ligas profesionales– tampoco

⁶⁹ En este sentido, el Código de Ética de la CONMEBOL indica lo siguiente: “1. Las personas sujetas a este Código no podrán estar asociadas con empresas de apuestas, juegos de azar, loterías y actividades o negocios similares relacionados con partidos o competiciones de fútbol y/u otras actividades relacionadas con el fútbol. 2. Se prohíbe a las personas sujetas al presente Código tener todo tipo de intereses, de forma directa o indirecta (a través de terceros o con la colaboración de estos), en entidades, empresas, organizaciones, etc. que promuevan, negocien, organicen o dirijan apuestas, juegos de azar, loterías o eventos o transacciones similares relacionadas con partidos o competiciones de fútbol. Se entiende por intereses toda posible ventaja que redunde en beneficio de las personas sujetas al presente Código y/o sus partes vinculadas. 3. Siempre y cuando la conducta sancionada no constituya otra violación del presente Código, el incumplimiento de este artículo será sancionado con la correspondiente multa, cuyo importe mínimo será de dólares americanos cinco mil (USD 5.000) y adicionalmente, se podrá imponer una sanción de prohibición de ejercer actividades relacionadas con el fútbol durante un periodo máximo de tres años. Cualquier cantidad recibida indebidamente se incluirá en el cálculo de la multa”. Disponible en www.conmebol.com/documentos/codigo-de-etica-2023/ [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

⁷⁰ Las principales regulaciones federativas son los Estatutos de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, Reglamento de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional, Código de Procedimiento y Penalidades de la ANFP, Reglamento de Licencia de Clubes, Código de Ética y Código de Ética de Dirigentes del Fútbol Profesional. Disponibles en www.anfp.cl/marco-normativo [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

existe un cuerpo legal que regule con detalle lo relativo a la publicidad en las camisetas y equipamiento deportivo. Es destacable el caso de la Bundesliga, que, en una directiva específica para la vestimenta deportiva, regula en su capítulo 5 lo relativo a los *sponsors*⁷¹. En la regla 26 se refiere a restricciones de publicidad, prohibiendo la publicidad por el tabaco y bebidas alcohólicas cuya graduación alcohólica sea superior a 15 %. También se extiende a publicidad con contenido político, religioso o racista, como también aquella publicidad que sea contraria a principios éticos y morales por lo general aplicables en el deporte, las buenas costumbres o leyes aplicables. También se regula la cantidad de *sponsors* y el lugar que debe ocupar en las camisetas y en el equipamiento deportivo⁷². Además, para la publicidad requieren de la autorización escrita de la Liga.

La existencia de regulaciones de este tipo habría evitado casos como el del club O'Higgins de Rancagua, que, en el año 2019, para publicitar a una empresa de comida rápida, decidió que los dorsales de las camisetas tuvieran forma de papas fritas con salsa de tomate⁷³.

En las bases de los campeonatos nacionales de primera división, primera B y segunda división profesional masculinos y primera división femenino⁷⁴ se han incorporado normas relativas al patrocinio en las camisetas. En el artículo 35 de las Bases de los Campeonatos Nacionales, sobre indumentaria deportiva, se regula:

“La vestimenta oficial de los clubes sólo podrá incorporar las marcas o logos de sus auspiciadores y los emblemas registrados en la ANFP, más el número y apellido paterno y/o materno de los jugadores. El incumplimiento de esta disposición será sancionado con multa ascendente a 50 UF, la que se aumentará a 100 UF, por cada infracción posterior”.

⁷¹ Se trata de la “Richtlinie für Spielkleidung und Ausrüstung” de la “Deutsche Fussball Liga” aplicables a la primera división alemana, Bundesliga, y a la segunda división alemana, 2. Bundesliga.

⁷² Solo se pueden usar dos *sponsors* en la camiseta, uno en la parte del pecho y el otro en el brazo izquierdo, mientras que en la vestimenta deportiva pueden existir tres *sponsors*. No se puede utilizar publicidad de *sponsor* en los *shorts* ni en calcetas.

⁷³ El Tribunal de Disciplina dictó sentencia el 5 de marzo de 2019 y multó al club con 20 UF y el fundamento fue la vulneración al artículo 36, que exigen que los números contrasten visiblemente con el del uniforme y sean legibles tanto para los espectadores como para los televidentes.

⁷⁴ La norma es igual en las bases de los campeonatos nacionales de primera división, primera B –segunda división– y segunda división profesional. En el caso de las bases del campeonato femenino de primera división agrega: “Los uniformes de las jugadoras menores de edad no podrán exhibir publicidad de bebidas alcohólicas ni de tabaco”.

De esta forma, los clubes solo podrán incorporar marcas o logos autorizados por la ANFP, pero la norma no busca determinar quiénes pueden ser patrocinadores.

En el año 2023, en las bases de todos los campeonatos nacionales, tanto masculinos como el femenino, se agregó un artículo relativo al cumplimiento de obligaciones con el *sponsor* del campeonato por parte de los clubes.

El artículo 45⁷⁵ obliga a los clubes dar cumplimiento a las obligaciones contractuales que le son aplicables en relación con el *sponsor* del campeonato y especialmente en lo relativo a la publicidad, deben incluir el logo distintivo del torneo en la manga derecha de la camiseta, entre el hombro y el codo del jugador. En caso de incumplimiento se sancionará al club con 20 UF.

Es necesario aclarar que no se trata de una norma prohibitiva o que tenga relación directa con la prohibición de publicidad de determinados *sponsors*, sino de una norma de carácter imperativa. En estricto rigor, es un precepto federativo que obliga a los clubes que participan en el certamen deportivo a promocionar, de diversas formas, al patrocinador oficial del torneo deportivo. En la actualidad, es una mera coincidencia que el principal financista del Campeonato de Primera División 2023 sea “Betsson” y el de segunda división sea “Ascenso Betsson”.

En el fútbol formativo⁷⁶, también existe una norma especial en materia de uniformes. En las bases de los campeonatos nacionales de la temporada 2023 en las categorías menores tanto en el ámbito masculino como femenino se establece una prohibición relativa a la exhibición de publicidad de tabaco y de bebidas alcohólicas. El artículo 16 consagra:

“Los uniformes de los Clubes de Fútbol Formativo no podrán exhibir publicidad de bebidas alcohólicas y/o tabaco. Esta situación deberá ser revisada por el árbitro antes del inicio del partido”.

En todo caso, al igual que en la reglamentación de la FIFA y de la CONMEBOL, en el *Código de Ética* de la ANFP se prohíbe a los directores, colaboradores, personal a honorarios y a terceros que interactúan con la organización

⁷⁵ En su inciso final consagra: “Todos los clubes participantes del torneo deberán incluir el ‘logo’ distintivo del mismo, en la manga derecha de la camiseta, entre el hombro y el codo del jugador. La gráfica será provista exclusivamente por la ANFP. El referido logo podrá exhibirse en la manga izquierda en caso de que el equipo se encuentre disputando un torneo internacional y deba utilizar el logo de dicha competencia en la manga derecha. El incumplimiento de esta norma se sancionará con una multa de 20 UF”.

⁷⁶ Comprende los campeonatos nacionales y regionales en categorías sub 11, sub 12, sub 13, sub 14, sub 15, sub 16, sub 17 y proyección masculino y en el campeonato nacional sub 16 y juvenil femenino.

participar de cualquier modo en apuestas y juegos de azar relacionado con la actividad del fútbol; así como involucrarse con empresas u organizaciones que promuevan, negocien, organicen o que realicen apuestas con la actividad del fútbol, así como en la manipulación de los partidos de fútbol en todas las competiciones organizadas por la ANFP y la CONMEBOL⁷⁷.

III. RESPUESTA A LA DESREGULACIÓN:

PROYECTOS DE LEY QUE REGULAN LA PUBLICIDAD DE LOS SITIOS DE APUESTAS DEPORTIVAS EN LÍNEA

La evidente falta de regulación en materia de publicidad y patrocinio deportivo ha llevado a que en la actualidad se encuentren diversas iniciativas legislativas en tramitación, las que buscan regular la publicidad de los sitios de apuestas en línea. Se trata de tres proyectos de ley diferentes: uno de ellos ha intentado hacerse cargo del problema específico de la publicidad de los sitios de apuestas deportivas en línea en el mundo del deporte, mientras que el segundo busca una regulación integral de los sistemas de apuestas digitales tocando sutilmente lo relativo a su publicidad. El tercero busca regular la publicidad en general de los juegos de azar y solo modificar la Ley de Casinos.

1) *Boletín 14892-29*

El 7 de abril de 2022, un grupo de diez diputados⁷⁸ ingresó una moción con un proyecto de ley que prohíbe la presencia de publicidad de casas de apuestas *online* en eventos y clubes deportivos. Como su nombre lo indica, el objetivo original es prohibir la presencia de publicidad de casas de apuestas *online* en eventos deportivos y clubes deportivos nacionales.

Dentro de los fundamentos que justifican el proyecto de ley destacan la falta de regulación de este tipo de plataformas y que la publicidad de estas casas de apuestas es visualizada por menores de edad. Al no contar las plataformas

⁷⁷ En tal sentido, resulta necesario precisar que las federaciones nacionales se encuentran sometidas a las disposiciones del Código de Ética de la FIFA, en virtud de lo establecido por el artículo 1.2, especialmente en lo relativo a la regulación de normas de conducta, debiendo encontrarse incorporadas en la reglamentación nacional. Dentro de tal marco regulatorio exigido se encuentran las disposiciones relativas a la implicación en apuestas, juegos de azar o actividades similares.

⁷⁸ Todos del Partido Unión Demócrata Independiente. Firman: Marco Antonio Sulantay, Gustavo Benavente, Sergio Bobadilla, Fernando Bórquez, Cristián Labbe, Cristóbal Martínez, Cristhian Moreira, Renzo Trisotti, Gastón von Mühlenbrock y Flor Weisse.

de apuestas en línea con grandes exigencias, facilitan su acceso a niños, niñas y adolescentes, poniendo en riesgo su salud e integridad⁷⁹. Asimismo, agregan que estas apuestas no van acorde con las características que promueve el deporte y atentan contra el verdadero sentido del espíritu deportivo, pudiendo tener un efecto negativo en los espectadores de eventos deportivos con especial riesgo en la ludopatía. Finalmente, también se invoca que este fenómeno ha traspasado la realidad chilena y que en España se han hecho cargo mediante la entrada en vigencia del real decreto 958/2020.

El contenido original del proyecto de ley estaba compuesto por apenas un artículo que contenía una norma prohibitiva y de carácter general.

“Artículo único. - Apruébese la siguiente ley:

Artículo 1.- Se prohíbe expresamente la publicidad y el patrocinio de casas de apuestas online en las siguientes actividades:

- i. Acontecimientos deportivos presenciales.
- ii. Transmisión de eventos deportivos por vía streaming.
- iii. Transmisión de eventos deportivos por radio y televisión.
- iv. Utilización de camisetas o equipamiento deportivo”.

Sin embargo, durante la tramitación, la Comisión de Deportes y Recreación de la Cámara de Diputadas y Diputados y los distintos actores invitados a exponer⁸⁰ dieron cuenta de una serie de interrogantes que excedían la idea del proyecto original, como también la existencia de otros fundamentos que justifican la prohibición.

Desde un punto de vista normativo, respecto al único artículo del *Boletín*, se criticó la inexistencia de una sanción u organismo a cargo de su supervisión, tornando ineficaz la prohibición⁸¹, como también se planteó la interrogante si la prohibición de publicidad alcanzará a todos los sitios de apuestas o solo a aquellos que no están constituidos legalmente en Chile⁸².

⁷⁹ Primer informe de la Comisión de Deportes y Recreación sobre el proyecto de ley, p. 2.

⁸⁰ Ante la Comisión comparecieron, entre otros, representantes de la Superintendencia de Casinos de Juego, del Ministerio del Deporte, Ángela Carmona en calidad de fundadora de Agrupación de Jugadores en Terapia (AJUTER), Pablo Milad en calidad de representante legal de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (ANFP) y representantes del mundo del fútbol, del Ministerio Público y de Servicio de Impuestos Internos, del grupo de casinos, de la Asociación Chilena de Casinos de Juegos (ACCCJ), de la Polla Chilena de Beneficencia y Lotería, Danielle Zaror abogada especialista en regulación y tecnologías e investigadora en el Centro de Derecho Informático (CEDI) de la Universidad de Chile, el abogado Rodrigo Araya y el periodista Juan Cristóbal Guarello.

⁸¹ Primer informe de la Comisión de Deportes y Recreación sobre el proyecto de ley, pp. 7 y 14.

⁸² En ese sentido, los representantes de la Polla Chilena de Beneficencia y de la Asociación Chilena de Casinos de Juegos, *op. cit.* pp. 50 y 54.

Además, se generó un cambio más relevante, ya que durante la discusión se hizo manifiesto otro fundamento esencial para la regulación: la transparencia e integridad de la actividad deportiva. Se debe evitar la corrupción, minimizando el riesgo de amaño de partidos y pagos ilícitos a los participantes de los espectáculos deportivos^{83, 84}.

Es por ello que se amplió el proyecto de ley con indicaciones, pasando de regular no solo la publicidad, sino que, también, las relaciones contractuales entre los clubes de fútbol profesional y las empresas de apuestas en línea. Con esto, se genera un cambio de prisma en la discusión legislativa, pasando de un enfoque prohibitivo de la publicidad a una prohibición de negocios jurídicos entre estas empresas de apuestas y organizaciones deportivas profesionales, abarcando consecuentemente el contrato de patrocinio deportivo y sus evidentes implicancias en materia de publicidad.

De esta forma, se modifica el artículo único y se agregan cuatro preceptos más, donde también se establecen normas relativas a conflictos de intereses, acordes a la preservación de la integridad deportiva⁸⁵.

El tenor del artículo 1 del proyecto de ley quedó de la siguiente forma:

“Prohíbese la celebración de cualquier tipo de acto o contrato, civil o comercial, sea a título oneroso o gratuito, entre empresas y/o represen-

⁸³ El diputado José Carlos Meza resume bien este punto al señalar: “que la Comisión, desde su competencia, debe abordar al menos dos aspectos de esta problemática, a saber, la prohibición absoluta de publicidad en el deporte de actividades o sustancias que pueden generar adicciones y la prohibición absoluta de todo tipo de vinculación entre las organizaciones deportivas y las casas de apuestas por los riesgos de amaño de partido que experiencias internacionales han demostrado, a fin de resguardar la indemnidad del resultado deportivo”. Primer informe de la Comisión de Deportes y Recreación sobre el proyecto de ley, p. 59.

⁸⁴ En esta línea también hay que tener presente el proyecto de ley *Boletín* 13222-29 ingresado el 21 de enero de 2020 que se encuentra actualmente en tramitación y que “modifica la ley N° 19.712, del Deporte, para imponer, a quienes ejerzan funciones al interior de una organización deportiva, la pena accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para el desempeño de tales cargos o funciones, en caso de incurrir en los delitos que indica”. Se busca agregar un nuevo párrafo con penas aplicables a personas que se desempeñen en una organización deportiva y que cometan delitos ligados al fraude y corrupción.

⁸⁵ El artículo 2 del proyecto de ley consagra: “No podrán ser parte del directorio de una organización deportiva o de una organización deportiva profesional, cualquiera sea su denominación o disciplina deportiva, quienes posean participación accionaria, por sí o por intermedio de otras sociedades, en sociedades o empresas, cualquiera sea su denominación, cuya actividad o giro consista en el desarrollo de plataformas de apuestas en línea. Asimismo, no podrán ser parte del directorio de una organización deportiva o de una organización deportiva profesional, cualquiera sea su denominación o disciplina deportiva, quienes sean directores, representantes o mandatarios de empresas cuyo giro y actividad consista en la operación de plataformas de apuestas en línea. La infracción a lo dispuesto en este artículo será sancionada con multa de 150 a 500 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se aplicará el doble del máximo de la multa”.

tantes de las mismas, cuyo giro consista en la operación de plataformas de apuestas en línea con organizaciones deportivas u organizaciones deportivas profesionales, sean éstas clubes, asociaciones, federaciones deportivas, federaciones deportivas nacionales, sociedades anónimas deportivas, corporaciones, fundaciones, fondos deportivos profesionales, concesionarias e instituciones afines, cualquiera sea su denominación o disciplina deportiva”.

Su incumplimiento trae aparejado una multa de 150 a 2 000 UTM, pudiendo aumentarse al doble en caso de reincidencia y tratándose de una organización deportiva profesional será eliminada del registro de organizaciones deportivas profesionales que administra el Instituto Nacional del Deporte.

En lo relativo a la publicidad y patrocinio de plataformas de apuestas en línea, en el artículo 3 se dispone una prohibición absoluta, con independencia del medio en que se publique o transmita, del horario o evento. Se hace especial hincapié en que la prohibición aplica también en todo tipo de vestimenta, indumentaria o equipamiento de integrantes de organizaciones deportivas, como también publicidad en establecimientos o recintos deportivos destinados a la realización de entrenamientos o competiciones deportivas, sea o no en el desarrollo de un evento deportivo.

El precepto reza:

“Prohíbese la publicidad y el patrocinio de plataformas de apuestas en línea, cualquiera sea el medio o soporte por el cual se transmita o publique y cualquiera sea el horario o evento en el cual se publicite o patrocine.

Asimismo, prohíbese la publicidad de plataformas de apuestas en línea en todo tipo de vestimenta, indumentaria o equipamiento de integrantes de organizaciones deportivas, cualquiera sea su denominación y disciplina deportiva, ya sean deportistas, cuerpo técnico, dirigentes, profesionales médicos o auxiliares. Del mismo modo, prohíbese la publicidad de plataformas de apuestas en línea en establecimientos o recintos deportivos destinados a la realización de entrenamientos o competiciones deportivas, sea o no en el desarrollo de un evento deportivo”.

En el inciso tercero se agregan ciertas excepciones en materia horaria: de manera excepcional, las plataformas de apuestas legalmente autorizadas podrán publicitar sus servicios, pero solo entre las 22:00 y las 06:00 horas en televisión, entre las 20:00 y las 06:00 horas en radio y en medios de comunicación escritos no podrá insertarse en suplementos o segmentos sobre temática deportiva.

Continuada la tramitación se realizaron dos nuevas modificaciones, las que constan en el Segundo Informe de la Comisión de Deportes y Recreación.

Primero, se agregó un inciso final al artículo 3 sobre publicidad, buscando una excepción para el caso que Chile albergue algún evento deportivo de carácter internacional. El párrafo que se incorporó fue el siguiente:

“Asimismo, extraordinaria y temporalmente, podrán publicitarse los servicios de apuestas en línea en eventos deportivos internacionales de carácter mundial, continental o regional, previa autorización del Ministerio del Deporte. Dicha autorización deberá ser solicitada por los organizadores del evento o por la respectiva federación deportiva, y solo permitirá la publicidad en el evento deportivo específico y no en actividades conexas al mismo”.

La justificación de aquella excepción es permitir que Chile pueda postular a organizar competencias internacionales, en caso que dentro de los *sponsors* oficiales existan casas de apuestas en línea. El ejemplo concreto que se mencionó fue el de la Copa del Mundo 2030 en que Chile postuló junto a Argentina, Uruguay y Paraguay⁸⁶.

La Comisión se guió, también, por la modificación realizada a la Ley de Alcoholes en el mismo sentido, permitiendo excepcionalmente la publicidad en caso de megaeventos deportivos realizados en Chile, entendiendo por tales a aquellas competencias deportivas internacionales de carácter mundial, continental o regional, según lo que se determine en el reglamento.

La segunda modificación es de vital relevancia práctica, ya que recae sobre las disposiciones transitorias y la entrada en vigencia de la ley. El primer artículo transitorio consagra que la ley entrará en vigencia doce meses después de su publicación en el *Diario Oficial* y quedarán sin efecto todos aquellos contratos celebrados en esta materia hasta la fecha. Se propuso que se extendiera a treinta y seis meses, tomando como ejemplo la Ley n.º 21363, que introdujo el artículo 40 TER a la ley sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas, sin embargo, fue rechazada.

De esta forma, se busca otorgar un plazo razonable para evitar el colapso del fútbol chileno, permitiendo a los clubes hacer las respectivas modificaciones en sus contratos de patrocinio, poner término a ellos y dejar de contratar con sitios de apuestas deportivas en línea. Transcurrido el plazo, quedarán sin

⁸⁶ A modo de ejemplo, uno de los *sponsors* oficiales de FIFA es la cerveza Budweiser. Para la Copa Confederaciones de la FIFA Brasil 2013 y la Copa del Mundo de la FIFA Brasil 2014, Brasil modificó la Ley 10671 conocida como el “estatuto del torcedor” mediante la Ley 12663 de 5 de junio de 2012, autorizando transitoriamente el consumo de bebidas alcohólicas en los estadios de esas competencias, cuestión en principio prohibida por el estatuto del torcedor. No ocurrió lo mismo en el caso de la Copa del Mundo de la FIFA Qatar 2022, donde estaba prohibido el consumo de bebidas alcohólicas y FIFA no pudo obtener una modificación legal que permitiera el consumo de bebidas alcohólicas, favoreciendo a su patrocinador.

efecto por el solo ministerio de la ley aquellos contratos celebrados. Empero, se consagró una excepción respecto al fútbol femenino, consagrando:

“respecto de los contratos celebrados hasta la fecha entre organizaciones deportivas y plataformas de apuestas en línea, en relación con la publicidad en indumentaria deportiva o en infraestructura utilizada en competiciones en las que participen mujeres, esta ley entrará en vigencia treinta y seis meses después de su publicación en el Diario Oficial”.

El razonamiento de fondo es que el financiamiento del fútbol femenino profesional depende en gran parte de los patrocinios deportivos y en particular de los montos ingresados por los contratos con casas de apuestas deportivas en línea.

Analizando este *Boletín*, parece ser un acierto que, en lugar de referirse a la publicidad, la prohibición sea respecto a la celebración del patrocinio deportivo y otros contratos que permitan difundir la imagen, marca o logo de los sitios de apuestas en línea. La sola prohibición de publicidad no impide *per se* la celebración de contratos de patrocinio deportivo. De esta forma se puede señalar que se resguarda mejor la integridad deportiva y se impide vínculos espurios que puedan afectar la transparencia y evitar la corrupción en el deporte. Toda vez que, por más forzado que resulte realizar el ejercicio de imaginar algún hipotético supuesto contractual distinto del patrocinio deportivo, resulta razonable satisfacer el espíritu de la ley cerrando la puerta a otras posibles figuras contractuales que, en cualquier supuesto, su sola vinculación con la actividad deportiva atenta contra la noción de resguardar la indemnidad deportiva.

Una de las excepciones que se vislumbra es la de los casinos municipales, quienes sí podrían celebrar un contrato de patrocinio deportivo y publicidad, aunque sea en la medida que dentro de su giro no tenga operaciones de plataformas de apuestas en línea. Surge la duda respecto a la extensión de los sujetos obligados por la norma, sin quedar del todo claro si las casas de apuestas expresamente autorizadas por ley, tales como la Lotería de Concepción, podrían celebrar tales contratos.

En cuanto a su tramitación, en la sesión ordinaria número 22 del 19 de abril de 2023, la Cámara de Diputadas y Diputados aprobó el proyecto y todos sus artículos, pasando al Senado para su discusión en el segundo trámite constitucional.

2) *Boletín* 14838-03

La segunda iniciativa corresponde al *Boletín* 14838-03 que regula el desarrollo de plataformas de apuestas en línea, el cual fue ingresado recién el 7 de marzo

del año 2022 a través de un mensaje presidencial número 464-369. A diferencia del primer *Boletín*, este se trata de un proyecto de ley mucho más ambicioso, que busca una regulación integral en torno a las apuestas deportivas, haciéndose cargo de la problemática de fondo y no limitándose exclusivamente a la publicidad.

Uno de los ejes del proyecto es la protección de los usuarios y de los menores de edad y dentro de los mecanismos que se contemplan está la prohibición de utilización en la publicidad de las plataformas de apuestas en línea, de gráfica, símbolos o personajes que induzcan a la participación de menores de edad.

El precepto más relevante en relación con la materia es el artículo 48 del proyecto original, que consagra:

“Sólo se podrá hacer publicidad o promoción de Plataformas de Apuestas en Línea, en favor de aquellas que cuenten con la respectiva licencia de operación vigente.

Para efectos de lo anterior, quien difunda publicidad de Plataformas de Apuesta en Línea, deberá constatar previamente que ella tenga como destino la publicidad o promoción de una Plataforma de Apuestas en Línea que cuente con una licencia de operación vigente.

Asimismo, la publicidad o promoción de Plataformas de Apuestas en Línea, deberá advertir de manera clara y precisa, que se trata de un servicio para mayores de 18 años, así como los riesgos derivados de la actividad, de la forma y en los casos señalados en el reglamento, y que su funcionamiento se encuentra autorizado por la Superintendencia”.

De la sola lectura se desprende que se trata de una normativa mucho más permisiva que aquella contenida en el *Boletín* 14892-29, en el sentido de que autoriza la publicidad de aquellas plataformas de apuestas en línea con licencias de operación vigentes. De esta forma y considerando el tenor original de este proyecto, los clubes deportivos chilenos podrían tener como patrocinador a una casa de apuestas en línea, siempre que esta tenga su licencia de operación vigente.

En cuanto a su tramitación, cabe señalar que el proyecto se encuentra a la fecha de elaboración del presente trabajo en el primer trámite constitucional, existiendo informes realizados tanto por la Comisión de Deportes y Recreación como la de Hacienda. Este proyecto muy probablemente vea avances durante el periodo legislativo correspondiente al año 2024, en vista de que el gobierno ha manifestado su interés en la tramitación mediante una serie de indicaciones presentadas, como también haciendo presente la urgencia suma.

3) *Boletín 8731-06*

Por último, existe el proyecto de ley que busca modificar la Ley de Casinos en materia de publicidad de las actividades, bienes y servicios de los casinos de juego, introduciendo restricciones.

La moción fue ingresada en diciembre de 2012 por el senador Carlos Bianchi y se refundió con el *Boletín 11550-06* de los senadores Alfonso De Urresti, Pedro Araya, Jorge Pizarro, Jaime Quintana y Rabindranath Quinteros. Detrás de este proyecto está la protección al público más vulnerable, como menores de edad y personas ludópatas que quieren mantenerse alejadas del juego. Dentro de las normas que propone, una de ella tiene relación con la publicidad, promoción y patrocinio de los juegos de apuesta y de azar, introduciendo un artículo 10 bis a la Ley de Casinos. Este reza:

“Artículo 10 Bis: Publicidad, promoción y patrocinio.

La publicidad de actividades bienes y servicios susceptibles de producir riesgos para la salud o el patrimonio de las personas, como la publicidad sobre juegos de apuesta o azar, se sujetará a las reglas siguientes:

- a) Se prohíbe la emisión de mensajes publicitarios entre las 06:00 y las 21:00 horas por medios de comunicación audiovisual o de radiodifusión.
- b) La publicidad y promoción deberá exhibir advertencias visuales y auditivas que señalen los riesgos derivados de la actividad, bien o servicio.
- c) Queda prohibida la publicidad y promoción en eventos de carácter infantil o familiar, tales como, exposiciones, ferias, campeonatos deportivos, o conciertos.
- d) Está prohibida la publicidad o promoción vía correo electrónico o cualquier otro medio equivalente, salvo haya sido autorizada previamente por su destinatario y siempre que no se trate de las personas mencionadas en el artículo 9.

Los reglamentos que desarrollen lo dispuesto en este artículo detallarán, al menos, la naturaleza y características de las actividades y servicios cuya publicidad deba ser regulada; y la forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios.

El incumplimiento de estas normas y las normas especiales que regulen la publicidad de las actividades, bienes y servicios a que se refiere este artículo serán sancionados con multa de veinte a ciento veinte unidades tributarias mensuales y clausura temporal del establecimiento publicitado o patrocinante por un período no superior a tres meses”.

En la letra c) se contiene una norma que influye en el mundo del deporte, al señalar que queda prohibida la publicidad y promoción en eventos de carácter infantil o familiar tales como campeonatos deportivos. La norma jurídica no está exenta de confusión, por ejemplo, al utilizar los vocablos “eventos de carácter infantil o familiar”. La pregunta que asoma de inmediato es si el fútbol profesional puede ser calificado como eventos de carácter familiar. O desde otro punto de vista, qué actividades no estarían cubiertas como eventos de carácter familiar. No caben dudas de que un campeonato de fútbol organizado por la ANFP de menores de edad calza dentro de esta hipótesis, pero no necesariamente partidos del fútbol profesional chileno, por lo que se debería depurar la técnica legislativa en el sentido de delimitar el ámbito de prohibición de la publicidad.

De todas formas, pareciera ser que, de los tres boletines en comento, es el proyecto de ley que menos ha avanzado en el Congreso Nacional, ya que apenas en marzo de 2022 pasó al segundo trámite constitucional.

IV. EL CASO DE ESPAÑA EN LA REGULACIÓN DE APUESTAS DEPORTIVAS EN LÍNEA

Chile no es el primer país que busca regular la publicidad de las casas de apuestas en línea. El caso español es un fiel reflejo de legislaciones que se encuentran más desarrolladas en este ámbito. Se ha regulado la publicidad de apuestas deportivas mediante el real decreto 958/2020 del 3 de noviembre de 2020, normativa que sirvió de antecedente para el proyecto de ley *Boletín* 14892-29 en Chile.

Previo a este real decreto, al igual que en Chile, existía una prohibición de publicidad de tabacos⁸⁷ y alcoholes⁸⁸. La publicidad de las casas de apues-

⁸⁷ Esta prohibición comienza con la directiva 89/552/CEE, donde se prohibió toda forma de publicidad y patrocinio del tabaco a partir del año 1989. Luego, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco estableció en su artículo 9.1 la prohibición del patrocinio de productos de tabaco, así como toda clase de publicidad y promoción de tales productos. La Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual ha extendido dicha prohibición en su artículo 123 a los cigarrillos electrónicos y sus envases de recarga y de los productos a base de hierbas para fumar y las empresas que lo producen.

⁸⁸ La Ley General de Publicidad es la que regula en la actualidad esta materia en su artículo 5.5 distinguiendo entre bebidas alcohólicas superiores a los veinte grados o no. Queda prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas con graduación alcohólica superior a veinte grados en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo, siendo uno de ellos las instalaciones deportivas en las que se celebren competiciones deportivas, en conformidad al artículo 4.1 de la

tas y juegos de azar eran lícitas, conforme al artículo 5.1 de la Ley General de Publicidad⁸⁹ en relación con el artículo 7 de la Ley 13/2011, del 27 de mayo, de regulación de juego. Se autorizaba la publicidad siempre que se tratara de un operador habilitado y que el medio audiovisual encargado de la publicidad constatará que el operador disponía de un título habilitante y que esté autorizado para funcionar.

En materia federativa, tanto la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) como la Liga Profesional contemplan una serie de normas relativas a la publicidad, aunque ninguna de ellas referidas a prohibiciones de casas de apuestas y juegos de azar. En tal sentido, se limita a replicar el espíritu de lo establecido por el Reglamento de Equipamiento de la FIFA, en lo relativo a la publicidad de patrocinadores en la indumentaria de clubes, adicionando que la publicidad no sea contraria a la ley, a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

Volviendo al real decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego que entró en vigencia el 5 de noviembre de 2020, agregó un tercer producto a la prohibición: las casas de apuestas y los juegos de azar, consagrando severas restricciones en materia de publicidad y su relación con el deporte profesional.

El objetivo del real decreto es el desarrollo de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación de juego, en lo relativo a las condiciones de los operadores de juego habilitados para poder desarrollar actividades de publicidad, patrocinio, promoción o cualquier otra forma de comunicación comercial de su actividad y condiciones de desarrollo de política de juego responsable y protección de consumidores.

Según el preámbulo, el objetivo primordial es salvaguardar ciertos intereses de carácter público entre los que se encuentran la prevención de conductas adictivas, protección de ciertos grupos vulnerables de la sociedad como los menores de edad y a los consumidores en general⁹⁰.

Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

⁸⁹ El artículo 5.1 consagra: "La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran".

⁹⁰ El notorio aumento de la inversión publicitaria de las actividades de juego y proliferación de comunicaciones comerciales asociadas a este tipo de actividades, la demanda social de búsqueda de medidas de prevención y de sensibilización sobre las consecuencias nocivas del

Dentro de las limitaciones generales de la publicidad de casas de apuestas, se exige, entre otras, que la comunicación comercial a través de medios de comunicación sea entre 01:00 y 05:00 horas, prohibición de publicidad en páginas webs, correos electrónicos y redes sociales⁹¹, como también la prohibición de aparición de personas o personajes famosos o de reconocida notoriedad pública –ya sean reales o ficticios– en tal tipo de comunicaciones comerciales.

En lo atinente al deporte y al fútbol profesional, el artículo 12 consagra una prohibición de toda actividad de patrocinio deportivo respecto de los operadores de juego, entendiéndose por tales, según el artículo 3 letra j) del real decreto, a aquellas personas físicas o jurídicas que se encuentren habilitadas legalmente o mediante licencia o autorización, para el ejercicio de actividades de juego de ámbito estatal incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 13/2011. El precepto reza:

“1. No se utilizará la imagen de marca, nombre comercial, denominación social, material o mensajes promocionales del patrocinador en eventos, bienes o servicios diseñados para personas menores de edad o destinadas principalmente a ellas.

2. No será admisible el patrocinio de actividades, acontecimientos deportivos, o retransmisiones de los mismos, dirigidos específicamente o cuya participación esté restringida en exclusiva a menores de edad.

3. No podrán realizarse actividades de patrocinio que consistan en la utilización del nombre, marca o denominación comercial de un operador para identificar a una instalación deportiva o a cualquier centro de entretenimiento. Tampoco podrán realizarse actividades de patrocinio que impliquen sustituir o añadir al nombre de un equipo o competición deportiva o de cualquier otra entidad ajena al sector de los juegos de azar y las apuestas el nombre o la denominación comercial de un operador.

4. No será admisible el patrocinio en camisetas o equipaciones deportivas.

5. La emisión, emplazamiento o difusión del patrocinio mediante comunicaciones comerciales a través de medios presenciales en estadios, instalaciones o recintos deportivos de cualquier tipo deberá ajustarse a las limitaciones horarias y los requisitos establecidos en este Real

juego junto a la protección y también la recomendación de la Comisión Europea del 14 de julio de 2014 relativa a principios para la protección de los consumidores y los usuarios de servicios de juego en línea y la prevención del juego en línea entre menores, fueron los factores para la dictación de este real decreto.

⁹¹ Para más detalle véase VILCHEZ (2022) p. 19 y ss.

Decreto para las modalidades de servicios de comunicación audio-visual”.

Los dos primeros numerales protegen a los menores, reflejando la importancia que el legislador entrega a este grupo vulnerable de la sociedad⁹². Los apartados 3 y 4 son los más relevantes para el mundo del fútbol, ya que, por una parte, estará prohibido la utilización de *Naming rights* de un operador de juego, ni de los certámenes o acontecimientos deportivos, ni tampoco podrán ser parte de las instalaciones deportivas de cualquier tipo y, por otra, la prohibición más visible: la de las camisetas o equipaciones deportivas, incluyendo no solo la camiseta, sino que todo el uniforme tanto de los futbolistas como del cuerpo técnico.

Otra de las normas relevantes para el fútbol profesional fue la disposición transitoria segunda, que estableció un régimen transitorio de los patrocinios. Este precepto consagró:

“Los contratos de patrocinio en los que participen operadores de juego suscritos antes de la entrada en vigor de este Real Decreto se adaptarán a lo previsto en él antes del 31 de agosto de 2021.

En particular, los contratos de patrocinio afectados por lo dispuesto en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 12 suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto conservarán su validez hasta el 30 de agosto de 2021, sin que, además, les resulten de aplicación, hasta la fecha indicada, las reglas contenidas en el artículo 19.2”.

De esta forma, se les entregó un plazo razonable a los clubes españoles que coincide con el término de la temporada 2020/2021, evitando, así, que la encontrada en vigencia se encontrase inmersa en el desarrollo de la temporada. Esta situación otorgó más facilidades a las partes involucradas en los contratos en curso, tanto desde el punto de vista de los clubes y su evidente necesidad de contar con nuevos patrocinadores como de los operadores de juego, considerando la frecuente práctica correspondiente a estipular en la celebración de estos contratos, periodos correspondientes al año calendario de las competiciones.

Once clubes de los cuarenta y dos que integraban la primera y segunda división española en la temporada 2020/2021 –previo a la entrada en vigencia del real decreto– tenían una casa de apuestas en la parte delantera de la camiseta. Entre los más reconocidos estaban el Real Betis, RCD Espanyol y Levante UD con Betway como patrocinador principal. Ellos debieron cambiar de patrocinador en la temporada 2021/2022. Según palabras del presidente de La liga

⁹² SEGARRA (2020) p. 2.

española, Luis Tebas, la restricción de la publicidad de casas de apuestas generó un déficit de noventa millones de euros⁹³.

COROLARIO

Del análisis de la normativa chilena, tanto en el ámbito legal como en el de reglamentación federativa, queda en evidencia la deficiente regulación a la que se somete la publicidad de sitios de apuestas deportivas en línea. Tal situación refuerza la preocupación social que existe ante el abrumador crecimiento de ofertas de casas de apuestas *online*, como también de contratos de patrocinio provenientes de este rubro en la actividad deportiva, siendo más específicos en el desarrollo del fútbol.

Por una parte, es posible ver que en lo que respecta a la legislación chilena que aborda aspectos relativos a la publicidad, se advierte que no existe una noción uniforme, ni tampoco una regulación sistemática y orgánica de la publicidad y la figura del contrato de patrocinio deportivo. Lo anterior pone de relieve una evidente dificultad de realizar, por una parte, un estudio acabado en torno a las manifestaciones publicitarias a raíz del patrocinio deportivo, al igual que la insuficiencia a la que se expone cualquier normativa que innove en estos temas.

A su turno, del estudio comparado de la reglamentación del deporte, en relación con las reglas de la FIFA y CONMEBOL, con respecto a la regulación reglamentaria del fútbol chileno, dejan al desnudo las evidentes carencias de las normativas y la pobreza legislativa para contrarrestar este fenómeno.

Ante la anemia legislativa, los boletines de ley estudiados proporcionan algunas luces acerca de posibles soluciones ante la completa desregulación en que se encuentran los sitios de apuestas deportivas en línea y su vinculación con la actividad deportiva.

Pareciera ser que el *Boletín* de ley 14892-29, que prohíbe la presencia de publicidad de casas de apuestas *online* en eventos y clubes deportivos, busca cubrir los vacíos legales de manera más satisfactoria incluyendo el resguardo a la integridad deportiva como bien jurídico protegido. Sin perjuicio de esto, persisten algunas dudas en torno a los sujetos que resultan obligados, dado que, en principio, se aplica exclusivamente a sitios de apuestas deportivas en línea, guardando silencio sobre otras empresas que desarrollan actividades correspondientes a las apuestas y azar, vinculadas con el fútbol. Ante estas dudas que siem-

⁹³ La declaración se puede encontrar en <https://iusport.com/archive/114385/laliga-cifra-en-90-millones-el-impacto-de-las-restricciones-a-las-casas-de-apuestas> [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

bra el proceso legislativo en torno a esta moción, parece del todo plausible que requiera de ciertas enmiendas en la técnica legislativa para satisfacer la pretensión originaria de colmar las vacancias legales de forma adecuada.

De la revisión de la normativa española en torno a la regulación del patrocinio deportivo mediante operadores de sitios de apuestas deportivas en línea, se pueden obtener ideas interesantes para reforzar los procesos legislativos en curso, además de tener presente las consecuencias prácticas de esta regulación permitiendo desmitificar ciertas aprensiones como un eventual colapso del fútbol chileno producto del desfinanciamiento que supondría la prohibición de este tipo de financistas. En tal sentido, por ejemplo, resulta prudente sostener la idea de ajustar disposiciones transitorias, en el sentido de acoplar la entrada en vigencia de la normativa al término de la temporada anual del fútbol chileno, de la misma forma que se implementó en España.

Queda por resolver la interrogante respecto a cuán amplia debe ser la restricción que introduzca la nueva normativa que regule este tipo de publicidad en el fútbol chileno. Parece razonable señalar que se simplifica el problema con una prohibición total de celebrar contratos de patrocinio deportivo con casas de apuestas deportivas y, en consecuencia, publicitarlas mediante la actividad deportiva. Sin perjuicio de lo anterior, resulta adecuado sostener que nada obsta a que por cuerdas separadas se regulen de forma íntegra las casas de apuestas deportivas en línea.

Finalmente, cabe mencionar que ante la demora en la tramitación de los proyectos de ley y la falta de regulación, es perfectamente posible que la ANFP tome la iniciativa y regule los patrocinios a través de su normativa federativa. Así, por ejemplo, en la Premier League de Inglaterra se adoptó el acuerdo de prohibir a partir de la temporada 2026/2027 que los *sponsors* principales en el centro de la camiseta, correspondan a casas de apuestas. Una medida de esa índole podría servir para anticiparse a la jugada del Poder Legislativo y controlar los riesgos y pérdidas en la actividad en caso de una muy posible prohibición legal venidera. Sin embargo, en virtud de la realidad actual del fútbol profesional chileno, resulta difícil esperar una iniciativa en esta línea, más aún considerando la excesiva permisividad que ha existido ante este tipo de patrocinadores. Sin ir más lejos, el campeonato nacional masculino –el principal producto del fútbol profesional chileno desde el punto de vista comercial– en la temporada 2023 fue patrocinado por una casa de apuestas por concepto de *Naming Rights*. Nada hace pensar que se pueda ver en un corto plazo un cambio de rumbo que permita levantar la alicaída reputación e imagen del balompié criollo.

BIBLIOGRAFÍA

- ADOLPHSEN, Nolte & LEHNER, Gerlinger (2012): *Sportrecht in der Praxis* (Stuttgart, Kohlhammer).
- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki (1999): "Claves para la comprensión del ordenamiento jurídico del deporte", *Revista Española de Derecho Constitucional* año XIX número 57. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79655.pdf> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].
- BRICEÑO KANNEGIESSER, Martín Felipe (2022): "El derecho de admisión en la Ley n.º 19327 sobre derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional", *Actualidad Jurídica* n.º 45.
- CAZORLA, Luis María y otros (1992): *Derecho del deporte* (Madrid, Editorial Tecnos).
- DE LA MAZA, Iñigo y LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica (2021): "La publicidad engañosa en la Ley 19.496 sobre protección de los consumidores: un intento de sistematización desde el moderno derecho de contratos.", *Revista Chilena de Derecho* volumen 48 número 2: pp. 27-51.
- DÖRNER DUBOST, Matías Felipe (2017): *La propiedad intelectual y el deporte. Regulación y explotación de los derechos de propiedad intelectual para alcanzar el desarrollo deportivo: Panorama Nacional y Comparado*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144861/La-propiedad-intelectual-y-el-deporte.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].
- FRITZWEILER, Jochen; PFISTER, Bernhard & SUMMERER, Thomas (2020): *Praxishandbuch Sportrecht* (Zwickau, C.H.Beck, vierte Edition).
- HEERMANN, Peter (2022): *Verbandsautonomie im Sport. Bestimmung der rechtlichen Grenzen unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Kartellrechts* (Baden Baden, Nomos, erste Ausgabe).
- LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso (2008): "El patrocinio publicitario: Una noble figura contractual, una nueva forma de comunicar, una modalidad de la estrategia de marketing", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* vol. XLI número 123. Disponible en www.redalyc.org/pdf/427/42712308.pdf [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].
- LARRAÍN PAEZ, Cristián (2017): "Actos y contratos sobre el derecho a la imagen en el ordenamiento chileno (con referencia al derecho comparado)", *Revista de Derecho (Valdivia)* vol. 30 número 1.
- MATUS LEYTON, Ronald Alexis (2008): *El Sports Sponsoring o patrocinio deportivo en Chile ¿Contrato u operación mercantil compleja?* Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Talca, Universidad de Talca).
- PINILLA PAREDES, Francisca Antonieta (2016): *Las municipalidades y los juegos de azar*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Universidad de Chile).

- RÍOS LAGOS, Mauricio (2021): "Análisis y críticas a las fuentes de financiamiento de los clubes de fútbol profesional chileno", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* vol. 12 n.º 1. Disponible en <https://portalrevistas.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/2504/2172> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].
- SALDIVIA, Sandra; COVA, Félix; MELIPILLÁN, Roberto; LÓPEZ, Adis (2022): *Estudio de prevalencia y caracterización de la conducta de juego*. Disponible en [www.loteria.cl/absolutenm/articlefiles/1688-Informe%20Final%20\(01-06%20envio%20al%20comite%20de%20JR%20de%20loteria\).cleaned.pdf](http://www.loteria.cl/absolutenm/articlefiles/1688-Informe%20Final%20(01-06%20envio%20al%20comite%20de%20JR%20de%20loteria).cleaned.pdf) [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].
- SANDOVAL, Ricardo (2020): *Derecho comercial*, tomo XII, vol. 2: Contratos mercantiles (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- SEGARRA GIMÉNEZ, Guillermo (2022): "Reflexiones sobre la regulación de los patrocinios en el Real Decreto 958/2020 de comunicaciones comerciales de las actividades de juego". Disponible en https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/Segarra%20Gim%C3%A9nez_0.pdf [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].
- VILCHEZ TRUJILLO, Jorge (2022): *La publicidad en el ámbito deportivo: Especial referencia al contrato de patrocinio o "Esponsorización deportiva"*. Trabajo de fin de grado en derecho. Disponible en <https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/24525/TFG%20Jorge%20V%c3%adlchez%20Trujillo%20%28Grado%20en%20Derecho%2c%202022%29.pdf?sequence=4&isAllowed=y> [fecha de consulta: 5 de mayo de 2023].

Normas

Chilena

- Boletín* 8731-06, que busca modificar la Ley de Casinos en materia de publicidad de las actividades, bienes y servicios de los casinos de juego, introduciendo restricciones.
- Boletín* 14838-03, que regula el desarrollo de plataformas de apuestas en línea.
- Boletín* 14892-29, que prohíbe la presencia de publicidad de casas de apuestas online en eventos y clubes deportivos.
- Constitución Política de la República.
- Código Civil* de Chile.
- Ley n.º 19327, de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, 31 de agosto de 1994.
- Ley n.º 19712, Ley del Deporte, de 30 de enero de 2001.
- Ley n.º 19995, que establece las bases generales para la autorización, funcionamiento y fiscalización de casinos de juego, de 7 de enero de 2005.
- Ley n.º 19419, que regula actividades que indica relacionadas con el tabaco, de 9 de octubre de 1995.

Ley n.º 19496 sobre protección de los derechos de los consumidores, de 7 de marzo de 1997.

Ley n.º 21363, establece norma en materia de comercialización y publicidad de bebidas alcohólicas, y otras que indica, de 6 de agosto de 2021.

Española

Ley 13/2011, del 27 de mayo, de regulación de juego.

Real decreto 958/2020, de 3 de noviembre, de comunicaciones comerciales de las actividades de juego.

Otros documentos

ASOCIACIÓN NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL (2020): *Anuario Financiero del Fútbol chileno*. Disponible en https://anfpfotos.cl/notas/anuarios/ANFP_Anuario_Financiero_2020VF.pdf [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

ASOCIACIÓN NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL (2021): *Anuario Financiero del Fútbol chileno*. Disponible en https://anfpfotos.cl/notas/00_0_Congreso_Futbol_2022/Anuario_Financiero_2021_VF.pdf [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

MINISTERIO DEL DEPORTE (2017): *Plan estratégico nacional de actividad física y deporte 2016-2025*. Disponible en <https://biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/3594/Plan%20Estrat%3%a9gico%20Nacional%20de%20Actividad%20F%3%adsica%20y%20Deporte%202016-2025.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

Primer informe de la Comisión de Deportes y Recreación sobre el proyecto de ley, *Boletín* 14892-29, que prohíbe la presencia de publicidad de casas de apuestas on line en eventos y clubes deportivos. Disponible en www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=25100&tipodoc=info [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

Segundo informe de la Comisión de Deportes y Recreación sobre el proyecto de ley, *Boletín* 14892-29, que prohíbe la presencia de publicidad de casas de apuestas on line en eventos y clubes deportivos. Disponible en www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=25442&prmTIPO=INFORMEPLEY [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2023].

MISCELÁNEOS



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

REGLAS CONSTITUCIONALES DE RESPONSABILIDAD FISCAL: ALGUNAS EXPERIENCIAS COMPARADAS

CONSTITUTIONAL FISCAL STABILITY RULES: COMPARATIVE EXPERIENCES

*Arturo Fermandois Vöhringer**
*José Manuel Díaz de Valdés Juliá***

RESUMEN: El artículo analiza críticamente la consagración constitucional de reglas de responsabilidad fiscal en cuatro países: Suiza, Alemania, España e Italia. Se examinan los textos constitucionales, así como las apreciaciones doctrinarias. Se discuten algunas de sus complejidades recurrentes, tales como: flexibilizaciones, excepciones, el papel del Parlamento y soluciones frente a incumplimientos. Se concluye formulando una serie de recomendaciones para Chile, fundamentadas en ciertos supuestos que se explicitan.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad fiscal, límites de deuda, derecho constitucional comparado.

ABSTRACT: This article critically analyses constitutional fiscal stability rules in four legal systems: Switzerland, Germany, Spain, and Italy. It examines the constitutional wording as well as the scholars' views. It also discusses usual complexities, such as flexibilities, exceptions, the Parliament's role, and remedial actions. The article ends by advancing recommendations to Chile, supported in expressly asserted assumptions.

KEYWORDS: fiscal stability, debt ceiling, comparative constitutional law.

* Profesor titular de Derecho Constitucional UC. Magíster en Políticas Públicas, Universidad de Harvard. Correo electrónico: afermandois@fermandois.cl

** Profesor de Derecho Constitucional UDD y UC. Doctor en Derecho, Universidad de Oxford. Magíster en Derecho, Universidades de Harvard, Cambridge y UC. Correo electrónico: jdiazvaldes@udd.cl

Agradecemos la colaboración de las abogadas Paulina Cafena y Carolina Moreno.

INTRODUCCIÓN

Una de las características del constitucionalismo moderno ha sido la creciente inclusión de materias económicas y financieras en los textos constitucionales¹. Preceptos relativos a derechos propiamente económicos (*e.g.*, libre iniciativa empresarial), tramitación de ley de presupuestos, normas sobre emisión de deuda pública, entre otros, han aparecido cada vez más frecuencia en las Cartas Magnas.

En Chile, la Constitución de 1980 incorporó un conjunto de disposiciones en estas materias, las que han sido complementadas por diversas normas legales. Entre las primeras, destacan los principios de estabilidad o equilibrio presupuestario² (artículo 67), legalidad presupuestaria (artículos 32 n.º 20 y 67)³, legalidad del gasto público⁴ y de la deuda pública (artículo 63 n.ºs 7, 8 y 9)⁵, iniciativa exclusiva presidencial en materia de gasto público⁶, emergencia económica (artículo 32 n.º 20) y no afectación de los tributos (artículo 19 n.º 20)⁷. También podemos incluir la autonomía del Banco Central (artículo 108) y la prohibición que se le impone de otorgar créditos directos e indirectos para financiar “gasto público o préstamo”, salvo guerra o peligro de ella (artículo 109).

Los preceptos anteriores se complementan con normas de rango legal, tales como el decreto ley n.º 1263 sobre administración financiera del Estado y la Ley n.º 20128 sobre responsabilidad fiscal. Esta última impone un conjunto de obligaciones a las autoridades públicas (*e.g.*, declaración de política fiscal, informe sobre deuda pública indirecta), creando instrumentos de estabilización (*e.g.*, fondos y programas) y consagrando la noción de Balance Estructural⁸.

No obstante, durante la reciente redacción de los proyectos de nueva Constitución, ha surgido la idea de perfeccionar el estatuto constitucional en esta área, incorporando normas más específicas sobre responsabilidad fiscal en el

¹ FERNANDOIS (2001) p. 35 y ss.

² PALLAVICINI (2015) p. 76; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010) rol n.º 1867, considerando 26 y ss.

³ Véase decreto ley n.º 1263 (1975) artículo 4.º.

⁴ PALLAVICINI (2015) p. 46.

⁵ Véase decreto ley n.º 1263 (1975) artículo 39; PALLAVICINI (2015) pp. 445-453.

⁶ Véase SOTO (2008) p. 230.

⁷ EVANS y EVANS (1997) p. 101; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1995) rol n.º 219, considerando 2.º.

⁸ El Balance Estructural: “deberá reflejar el balance financiero presupuestario que hubiere presentado el Gobierno Central si la economía se hubiese ubicado en su nivel de tendencia, excluyendo el efecto de las fluctuaciones cíclicas de la actividad económica, del precio del cobre u otros factores de similar naturaleza” (artículo 16).

texto constitucional. Ello, particularmente considerando el aumento explosivo del déficit fiscal durante los últimos años.

En efecto, el 17 de enero de 2023 se publicó la Ley n.º 21533, reforma constitucional que estableció un procedimiento para elaborar una nueva Constitución. La modificación contempló doce “Bases institucionales y fundamentales”, esto es, fundamentos compartidos sobre los cuales se construiría el proyecto de nueva Constitución. La quinta base recoge expresamente el principio de responsabilidad fiscal⁹, incentivando la adopción de preceptos específicos e innovadores en la materia.

En este contexto, el artículo tiene por finalidad examinar la experiencia comparada en la construcción de una cláusula constitucional precisa sobre responsabilidad fiscal. Para ello, analizaremos cuatro casos paradigmáticos: Suiza, Alemania, España e Italia. A continuación, formularemos sugerencias precisas para nuestro país, sobre la base de ciertos supuestos que también explicitamos.

I. MECANISMOS CONSTITUCIONALES DE DISCIPLINA FISCAL EN EL DERECHO COMPARADO

1. Suiza:

*pionera en la introducción de una regla
de equilibrio presupuestario*

Transcurrieron casi diez años desde la incorporación en el Tratado de Maastricht (1992) del principio según el cual “los Estados miembros evitarán déficits públicos excesivos”, antes que un país europeo elevase a rango constitucional la regla de la estabilidad presupuestaria.

Curiosamente, el primero en dar el paso no fue un Estado miembro de la Unión Europea, sino Suiza, un Estado federal, compuesto en la actualidad por veintiséis cantones considerados soberanos dentro del marco de la Constitución Federal¹⁰. Al respecto, Peter Häberle ha considerado que el modelo federal suizo:

“posee un carácter paradigmático e incluso es el federalismo que en el ámbito mundial reconoce mayor autonomía constitucional a los entes subfederales, esto es, a los Cantones”¹¹.

⁹ “Chile es un Estado Social y Democrático de Derecho, cuya finalidad es promover el bien común; que reconoce derechos y libertades fundamentales; y que promueve el desarrollo progresivo de los derechos sociales, con sujeción al principio de responsabilidad fiscal; y a través de instituciones estatales y privadas”.

¹⁰ KOLLER y BIAGNI (2003) p. 617.

¹¹ HÄBERLE (2007) p. 174.

En un contexto de notable autonomía cantonal, las reglas de responsabilidad fiscal o freno a la deuda pública son de particular relevancia, toda vez que:

“mientras se sigue la regla de oro fiscal no se percibe el riesgo de que se produzca una crisis ni la necesidad de llevar a cabo medidas de emergencia o la intervención del Gobierno federal”¹².

Considerando lo anterior, y con el objetivo de garantizar una política fiscal sostenible –tras un crecimiento continuado del déficit público entre los años 1993 a 1998¹³–, es que en 2001 Suiza aprobó, mediante referéndum, una modificación a su texto constitucional. Se incorporó así en el artículo 126 la “regla de oro fiscal”, junto a otros instrumentos de freno de la deuda pública, que tienen como finalidad que:

“los gastos permanezcan relativamente independientes de las variaciones cíclicas, mientras que los impuestos operen como estabilizadores automáticos”¹⁴.

a) El equilibrio presupuestario estructural a largo plazo

Según el artículo 126.1 de la Constitución Federal Suiza: “La Confederación mantiene de manera durable el equilibrio entre los gastos y los ingresos”¹⁵.

Con esta disposición, la Constitución Federal recogió el principio del balance presupuestario. Esta sostenibilidad financiera “estructural”, tiene su precedente en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento¹⁶, que recoge la idea que “los objetivos fiscales debían lograrse a largo plazo, y no en cada año de forma individualizada”¹⁷. El trazado de los objetivos fiscales a mayor plazo, es, sin duda, relevante, pues tiende a evitar que el incremento del déficit a corto plazo resultante de las medidas de estímulo, añada una presión excesiva, que incida en forma negativa sobre la deuda federal a largo plazo¹⁸.

¹² ARENAS (2012) p. 471.

¹³ GUTIÉRREZ (2012) p. 83.

¹⁴ MEDINA (2012) p. 152.

¹⁵ Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999).

¹⁶ Acuerdo entre los Estados de la Unión Europea, que establece un conjunto de reglas fiscales diseñadas para evitar que los países de la UE gasten más allá de sus posibilidades. El pacto fija un valor máximo de referencia para el déficit público (3 % del PIB) y la deuda pública (60 % del PIB). Véase UE (1997).

¹⁷ ARENAS (2012) p. 456.

¹⁸ GUTIÉRREZ (2011) p. 311.

b) Determinación del límite de gastos en atención a la situación económica.

Dispone el artículo 126.2 de la Constitución Federal Suiza:

“El límite superior de los gastos previstos en el presupuesto debe ser fijador en función de los gastos estimados según las previsiones coyunturales”.

A diferencia de otros textos constitucionales, esta Carta optó por no establecer un valor de referencia como límite relativo a la deuda pública. El límite dependerá de los ingresos totales estimados, teniendo en consideración la coyuntura económica.

c) Aumento en el límite de gastos ante situaciones excepcionales

La consagración constitucional de reglas de disciplina fiscal, normalmente, incluye una dosis de flexibilidad, que permite superar los límites del endeudamiento que han sido previstos y atenuar así la rigidez que implicaría su estricta aplicación en todas las circunstancias¹⁹.

De acuerdo con el artículo 126.3 de la Constitución Federal Suiza:

“La necesidad excepcional de medios financieros podrá justificar un aumento del límite fijado en el párrafo anterior. La Asamblea Federal decidirá el aumento mencionado en virtud de lo dispuesto en el artículo 159, apartado 3, letra c”.

Si bien el límite de gastos se encuentra establecido en función de los ingresos, la Constitución suiza contempla en este inciso la posibilidad de aprobar un aumento en dicho límite, para lo cual requiere la aprobación de la mayoría absoluta de cada Cámara (*Bundesversammlung* y *Bundesrat*).

A diferencia de otros textos constitucionales, la norma no vincula estas excepciones a supuestos precisos que autorizarían rebasar o relajar los límites fiscales constitucionales.

d) Cuenta de compensación

El cuarto apartado del artículo 126 de la Constitución Federal Suiza, ordena:

“si los gastos totales sobrepasan los límites previstos fijados conforme a los párrafos 2 y 3, los gastos suplementarios serán compensados los años sucesivos”.

¹⁹ GARCÍA-ANDRADE (2012) p. 56.

Para estos efectos, el artículo 24 d) de la Ley Federal sobre el Presupuesto Financiero de la Confederación, de 7 de octubre de 2005, establece una “cuenta de compensación”, en la que se incluirán las cantidades que superen el límite del gasto y, *a contrario sensu*, cuando los gastos reales estén por debajo del límite de gastos, la diferencia se atribuirá a esta cuenta. De este modo, si al concluir el año, los gastos reales superan los límites de gasto previamente calculados, la diferencia deberá obtenerse de una cuenta de compensación²⁰. Asimismo, conforme al artículo 24 e) de la ley en comento, en caso que el saldo sea negativo y superior al 6 % de los gastos del ejercicio anterior, se deberá disminuir el gasto previsto para los tres ejercicios siguientes, hasta compensar dicho importe²¹.

2. Alemania:

sofisticados instrumentos de control del déficit fiscal

Alemania fue el primer Estado perteneciente a la Unión Europea en introducir la regla de estabilidad presupuestaria en su Constitución Política en 2009. Lo hizo a través de la incorporación de límites al endeudamiento, aplicables tanto a la Federación como a los *Länder*, en los artículos 109 y 115 de la Ley Fundamental.

La inclusión de estas medidas fue fruto de un proceso reflexivo, en el que participaron representantes de los órganos constitucionales, de los *Länder* y de las agrupaciones locales²².

La regulación constitucional de Alemania ha considerado mecanismos de aproximación a los objetivos de balance presupuestario y control del déficit público, que gozan de cierto nivel de complejidad al distinguir entre varias hipótesis y prever para cada caso soluciones económico-financieras diferentes²³.

a) Principio del equilibrio presupuestario

Conforme con el artículo 109, parágrafo 3 de la Ley Fundamental: “los presupuestos de la Federación y de los *Länder* deben ser equilibrados, en principio, sin ingresos provenientes de créditos”²⁴.

Así, la norma reconoce en forma expresa el principio del equilibrio presupuestario, tanto en el ámbito nacional como subnacional. Más aún, profundiza la Constitución al señalar que los créditos no pueden utilizarse para lograr este equilibrio.

²⁰ ARENAS (2012) p. 477.

²¹ GUTIÉRREZ (2012) p. 84.

²² RIDAURA (2012) p. 239.

²³ RUIZ (2012) p. 359.

²⁴ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949).

b) Incorporación de objetivos numéricos de déficit fiscal

De acuerdo con el artículo 115, parágrafo 2 de la Ley Fundamental:

“ingresos y gastos tienen que equilibrarse, en principio, sin ingresos provenientes de créditos [...] se cumple este principio, si los ingresos provenientes de créditos no superan 0,35% en proporción al producto interior bruto nominal”.

A diferencia de lo que ocurre en casos de endeudamiento coyuntural (al que nos referiremos más adelante), en este supuesto no se prevé ningún deber correlativo de amortización. Esto ha sido objeto de críticas, pues permitir sin ningún requisito alcanzar un déficit del 0,35 % del producto interior bruto, podría propiciar la acumulación de la deuda, incluso, en épocas de expansión económica²⁵.

En caso de superar ese límite, dichas desviaciones serán anotadas en una cuenta de control, y las

“cargas que superan el umbral de 1,5 por ciento en proporción al producto interior bruto nominal tienen que ser reconducidos de acuerdo con la coyuntura”,

esto es, deberán ser reducidas de acuerdo con el desarrollo económico cíclico (artículo 115, parágrafo 2 de la Ley Fundamental Alemana)²⁶.

c) Supuestos que permiten exceder el límite máximo de crédito

i) La política fiscal en tiempos de crisis: déficit coyuntural

La norma constitucional alemana contempla el denominado “componente coyuntural”, como mecanismo para desarrollar una efectiva política fiscal anticíclica y compensar el incremento de los gastos y la disminución de los ingresos derivados de una oscilación circunstancial de la economía²⁷.

Prevé el artículo 109, parágrafo 3, 2ª frase:

“La Federación y los Länder pueden prever regulaciones para la toma en consideración, de forma simétrica en expansión y recesión, de los efectos de un desarrollo coyuntural divergente de la situación normal”.

²⁵ CORDERO (2012) p. 312.

²⁶ KÖLLING (2012) p. 89.

²⁷ CORDERO (2012) p. 308.

Este precepto opera como habilitación y también como obligación. Es una habilitación, ya que permite apartarse de la regla general del equilibrio presupuestario para los *Länder* y del máximo del 0,35 % del PIB permitido como déficit a la Federación. Al mismo tiempo, constituye una obligación, pues una vez constatada la situación de anormalidad, el precepto constitucional exige a la Federación y los *Länder* dar un tratamiento asimétrico a los momentos de expansión y desaceleración, esto es, se exige una neutralidad del endeudamiento a mediano y largo plazo, con el objetivo de equilibrar el déficit durante la fase de crecimiento económico²⁸.

ii) Catástrofes naturales y situaciones extraordinarias de emergencia

El artículo 109, parágrafo 3 de Ley Fundamental Alemana dispone:

“La Federación y los Länder podrán establecer [...] una normativa de excepción para el supuesto de catástrofes naturales o de situaciones de emergencia extraordinarias que escapen al control del Estado y que tengan un considerable impacto negativo sobre las finanzas públicas”.

Ekkehart Reimer explica que el supuesto de hecho de la situación de emergencia extraordinaria permite abarcar a los accidentes causados por el hombre, no incluidos en la noción de catástrofe natural, pero vincula en este punto la asunción de nuevas deudas a la exigencia adicional de que las finanzas públicas resulten considerablemente afectadas²⁹. De todos modos, critica la inexactitud de los supuestos, la que conlleva que sean los legisladores de la Federación y de los *Länder* quienes deban concretar estas nociones de crisis³⁰.

En complemento de la disposición citada, el artículo 115, parágrafo 2 de la Carta en comento impone a la Federación la necesidad de contar con la mayoría absoluta del *Bundestag* para superar los límites de déficit:

“[...] En caso de catástrofes naturales o de situaciones extraordinarias de emergencia, que se sustraen al control del Estado y que gravan considerablemente la situación financiera estatal, pueden superarse el límite máximo de crédito en base a una resolución de una mayoría de los miembros del Bundestag. La resolución debe vincularse con un plan de amortización. La reconducción de los créditos tomados según la frase 6 tiene que hacerse dentro de un plazo adecuado”.

²⁸ MEDINA (2012) p. 154.

²⁹ REIMER (2011) p. 104.

³⁰ *Ibid.*

A juicio de Mario Kölling, esta mayoría no supone una gran barrera, de modo que, hubiese sido más eficaz la exigencia de que cualquier ampliación de la deuda fuere aprobada también por el *Bundesrat* (Cámara Alta)³¹.

Una crítica adicional formulada por los autores a las disposiciones de la Carta alemana, consiste en no haberse introducido de modo expreso el deber de afectación a una finalidad específica de los recursos obtenidos a través del crédito, ni en haberse limitado de algún modo su cuantía en función de la situación de catástrofe o de emergencia producida³².

d) Obligaciones de compensación:

exigencia de simetría y deber de amortización

Dentro de los supuestos contemplados por el constituyente alemán, que permiten exceder los límites del gasto público, se distingue, por una parte, el déficit estructural y, por la otra, las hipótesis de catástrofes naturales y situaciones extraordinarias de emergencia.

Ante situaciones de déficit coyuntural, tendrá lugar la exigencia de simetría. Esta supone el diseño de una fórmula unitaria que establezca *ex ante* la relación entre crecimiento económico (u otros indicadores adecuados) y la modificación del nivel de deuda³³.

Diferente es la obligación impuesta por el constituyente ante catástrofes naturales y situaciones extraordinarias de emergencia, en las que se permite superar el límite máximo de crédito como medida contra-cíclica, pero vinculado a un plan de amortización, esto es, de un programa que señale de qué forma y en qué plazos –razonables (artículo 115.2)– se retornará al cumplimiento de la regla fiscal.

Este plan debe existir al momento de autorizarse el abandono de la regla, y no se trataría de una mera declaración política de intenciones, sino que tiene naturaleza normativa y, por ende, resulta vinculante para el legislador presupuestario posterior³⁴.

e) Creación de una cuenta de control y la obligación de imputación en la Ley Fundamental de Alemania

El artículo 115.2 de la Ley Fundamental de Alemania, contempla la creación de una cuenta de control, a la que deberá incorporarse cualquier disconformidad entre el límite máximo de endeudamiento (0,35 %) y el efectivamente

³¹ KÖLLING (2012) p. 92.

³² CORDERO (2012) p. 310.

³³ REIMER (2011) p. 106.

³⁴ *Ibid.*

contraído. Asimismo, agrega que, si la deuda excede el umbral del 1,5 % del producto interior bruto nominal, deberá ser reducida en caso de evolucionar de forma positiva la coyuntura³⁵.

La intención del constituyente alemán con esta disposición habría sido la de establecer una obligación de austeridad, que se materialice en un equilibrio entre eficacia suficiente y consideración hacia la coyuntura económica. Agrega que corresponde a una decisión discrecional del legislador presupuestario el decidir la forma para dar cumplimiento a sus obligaciones de austeridad, pudiendo disponer medidas que tengan relación con los ingresos, con los gastos o una combinación entre un incremento de los ingresos y una reducción de los gastos³⁶.

f) Consejo de Estabilidad y el sistema de advertencia temprana ante emergencias presupuestarias

Para controlar el endeudamiento fiscal y evitar situaciones de crisis presupuestaria, el artículo 109a.1 de la Ley Fundamental de Alemania creó el Consejo de Estabilidad. Este órgano se integra de forma mixta por la Federación y los *Länder*. Así, está conformado por el ministro federal de Finanzas, los ministros de Finanzas de los gobiernos estatales y el ministro federal de Economía.

Se encomiendan al Consejo de Estabilidad cuatro funciones, mencionadas en la disposición constitucional y

“para cada una de las cuales hay que seguir procedimientos separados: la supervisión continuada de los presupuestos, la declaración de la amenaza de situaciones de emergencia presupuestaria, la elaboración de programas de saneamiento y la supervisión de su ejecución”³⁷.

La labor de supervisión de los presupuestos de la Federación y los *Länder*, es llevada adelante mediante la observación continuada de los presupuestos públicos, continuidad que implica que la competencia de supervisión no se limita al ejercicio presupuestario en curso, sino que se extiende a los años anteriores y a los planes para el presupuesto futuro³⁸.

De este procedimiento de supervisión, podría derivarse la declaración de amenaza de una situación de emergencia presupuestaria inminente, esto es, el “sistema de alerta temprana”. La resolución que la declara es producto del ejercicio

³⁵ Ley Fundamental de Alemania, artículo 115.2, 4ª frase: “La toma de créditos de hecho que diverge del máximo crédito permitido según las frases 1 a 3, será incluido en una cuenta de control; cargas que superan el umbral de 1,5 por ciento en proporción al producto interior bruto nominal tiene que ser reconducidos de acuerdo con la coyuntura”.

³⁶ REIMER (2011) p. 115.

³⁷ *Op. cit.* p. 116.

³⁸ *Op. cit.* p. 119.

de una potestad reglada del Consejo, debido a que ha fijado con anterioridad unos límites cuya superación lo obligan a realizar una advertencia al ente afectado y a adoptar un acuerdo para implantar un programa de saneamiento de sus cuentas³⁹.

El programa de saneamiento es elaborado por el Consejo, al que le corresponde, también, la supervisión de su correcta ejecución por parte del ente territorial afectado. Sin embargo, la eficacia de la actuación del Consejo en esta materia es limitada, por cuanto el legislador no lo dotó de competencias para imponer sanciones en caso de inobservancias por las autoridades subnacionales. De esta manera, advierte Mario Kölling: “en el caso de incumplimiento, el Consejo solamente puede pedir al Land que actúe mejor en el futuro”⁴⁰, y ante esto: “cabe dudar, con razón, de que, llegado el caso, sea un instrumento suficiente para evitar un endeudamiento público excesivo”⁴¹.

3. España:

estratégica constitucionalización de la regla de sostenibilidad financiera como respuesta al contexto de emergencia económica

La incorporación de la regla de estabilidad presupuestaria en la Constitución de España, tuvo lugar dos años después de la reforma a la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

El presidente del gobierno de España de la época, José Luis Rodríguez Zapatero, apoyado por los grupos parlamentarios de los partidos Socialista y Popular⁴², sorprendió con una propuesta de reforma constitucional al artículo 135 de la Constitución, que se tramitó de manera urgente y entró en vigor el día 27 de septiembre de 2011.

El nuevo artículo 135, debe ser comprendido en un marco de emergencia económica y de grave deterioro de las finanzas públicas. En efecto, existía una urgente necesidad de adopción de medidas que permitieran evitar el riesgo de *default* en España, que hasta ese momento parecía inminente⁴³. En este contexto, la constitucionalización de una regla de estabilidad, parecía idónea para recuperar la credibilidad de los mercados financieros⁴⁴.

En su exposición de motivos, la reforma constitucional fue enfática en afirmar que la estabilidad presupuestaria ha adquirido:

“un valor verdaderamente estructural y condicionante de la capacidad de actuación del Estado [...] que justifica su consagración consti-

³⁹ CORDERO (2012) p. 313.

⁴⁰ KÖLLING (2012) p. 93.

⁴¹ ARROYO y GIMÉNEZ (2013) p. 164.

⁴² SALAZAR (2012) p. 413.

⁴³ MEDINA (2016) p. 75.

⁴⁴ SALAZAR (2012) p. 418.

tucional, con el efecto de limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos”⁴⁵.

a) Enunciación de la regla de estabilidad presupuestaria y tolerancia a cierto déficit estructural

El artículo 135.1 de la Constitución ordena: “Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria”⁴⁶.

Esta regla no debe entenderse como una prohibición absoluta de déficit, ya que: “habilita al Estado y las Comunidades Autónomas a incurrir en cierto nivel de déficit fiscal”⁴⁷. En efecto, la norma constitucional ordena la dictación de una ley orgánica constitucional que:

“fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto” (artículo 135.2).

A su vez, el artículo 135.5 ordena la dictación de una ley orgánica encargada de desarrollar los principios contemplados en dicha disposición, y en particular, en su letra b) “la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural”.

En cumplimiento de lo ordenado, se dictó la Ley Orgánica 2/2012 de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera⁴⁸ (Ley de Estabilidad), que define en su artículo 11 el déficit estructural como el “déficit ajustado del ciclo, neto de medidas excepcionales y temporales”. El propósito que subyace a este concepto sería que:

“las Administraciones públicas no basen el equilibrio de sus cuentas públicas en ingresos coyunturales excesivamente dependientes del ciclo económico, como ha ocurrido en los años del ciclo expansivo de la economía española, lo que les llevó a asumir compromisos de gasto que no podían cubrirse con los ingresos ordinarios de su Hacienda”⁴⁹.

Adicionalmente, el artículo 11.2 de la Ley de Estabilidad señala:

“ninguna Administración Pública podrá incurrir en déficit estructural [...]. No obstante, en caso de reformas estructurales con efectos pre-

⁴⁵ *Boletín Oficial del Estado* (2011).

⁴⁶ Constitución española (1978).

⁴⁷ GARCÍA-ANDRADE (2012) p. 46.

⁴⁸ Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

⁴⁹ RODRÍGUEZ (2013) p. 27.

supuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea, podrá alcanzarse en el conjunto de Administraciones Públicas un déficit estructural del 0,4 por ciento del Producto Interior Bruto nacional expresado en términos nominales, o el establecido en la normativa europea cuando este fuera inferior”.

El artículo 11.6 de la Ley de Estabilidad se refiere al mecanismo para la determinación del déficit estructural y hace aplicable “la metodología utilizada por la Comisión Europea en el marco de la normativa de estabilidad presupuestaria”.

b) Vinculación expresa a los márgenes establecidos por la Unión Europea

De acuerdo con el artículo 135.2 de la Constitución:

“El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros”.

A su vez, como ya señalamos, la Ley de Estabilidad se remite a la metodología de la Comisión Europea para la determinación del déficit estructural.

Adicionalmente, el artículo 135.3 de la Carta Magna española, precisa:

“El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea remite al Protocolo sobre el Procedimiento Aplicable en caso de Déficit Excesivo⁵⁰, que fija el volumen máximo de deuda pública que pueden emitir las administraciones en el 60 % del Producto Interior Bruto.

A juicio de la doctrina, la norma antes transcrita representa la constitucionalización de una obviedad, por cuanto el artículo 93 de la Constitución española atribuye el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución a organizaciones o instituciones internacionales, y por esta vía, el Tratado gozaba, desde luego, de aplicación inmediata⁵¹.

⁵⁰ Véase *Diario Oficial de la Unión Europea* (2004).

⁵¹ SALAZAR (2012) p. 422; FALCÓN y TELLA (2011) pp. 1-2.

- c) Excepciones que permiten exceder los límites de déficit estructural y de volumen de la deuda pública

En España, la reforma del artículo 135 de la Constitución, siguió muy de cerca la Ley Fundamental de Alemania en lo relativo a las situaciones excepcionales que autorizan a exceder los límites de déficit estructural y de volumen de la deuda pública. De acuerdo con el artículo 135.4 de la Constitución:

“Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados”.

- i) La política fiscal en tiempos de crisis:
recesión económica

El artículo 135.4 contempla la posibilidad de exceder los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública ante una “recesión económica”, circunstancia que debe ser acordada por la “mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados”.

Ahora bien, el artículo 11.3 de la Ley de Estabilidad, al referirse a la recesión económica como circunstancia para poder incurrir en déficit estructural, le añade el calificativo de “grave”, y precisa que “la recesión económica grave se define de conformidad con lo dispuesto en la normativa europea”.

Detrás de esta excepción o “cláusula de escape” de la regla fiscal, subyace una lógica keynesiana, que permite recurrir a políticas anticíclicas destinadas a reactivar la economía en tiempos de recesión, de tal manera que, el mayor déficit resultante de la aplicación de estas medidas quedaría amparado por la norma constitucional⁵².

- ii) Catástrofes naturales y situaciones de emergencia extraordinaria

El artículo 135.4 establece como supuestos que autorizan a superar los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública las “catástrofes naturales” y las “situaciones de emergencia extraordinaria”.

La interpretación del concepto de “catástrofes naturales” no resultaría problemático, toda vez que sería posible efectuar un análisis hermenéutico

⁵² MEDINA (2012) p. 153.

basado en el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio⁵³.

Sí es complejo, en cambio, delimitar los alcances de la causal “situaciones de emergencia”. Y en este aspecto, los autores han criticado al constituyente español, por la indeterminación conceptual de la excepción y por la carencia de utilidad de los adjetivos que la acompañan.

Respecto a la exigua precisión, Roberto Blanco estima que, al tratarse las excepciones de conceptos jurídicos indeterminados:

“dependen en última instancia sólo de su criterio formal de apreciación, que se pone en manos de la mayoría absoluta del Congreso: todo ello supone, a fin de cuentas, vaciar de contenido las supuestas garantías de estabilidad presupuestaria”⁵⁴.

A juicio de Rafael Escudero:

“todo cabe bajo conceptos tan indeterminados y cláusulas tan generales como las que se contienen en este punto 4 del art. 135; siempre que así lo aprecie, eso sí, la mayoría absoluta del Congreso”⁵⁵.

Por otro lado, Manuel Medina Guerrero se ha pronunciado sobre el insignificante aporte de los adjetivos empleados por el constituyente como exigencia para enmarcarse dentro de una situación de emergencia, en los siguientes términos:

“que se predique de la situación de emergencia que sea ‘extraordinaria’ linda con la tautología; los casos que escapan al control del Estado pueden ser incontables en una sociedad democrática; y que se exija que dicha situación perjudique considerablemente las finanzas públicas tampoco ofrece unos criterios jurídicos firmes que permitan limitar el supuesto en cuestión”⁵⁶.

d) Obligación de retorno a la regla fiscal

La Constitución española se preocupa explícitamente del retorno a la regla fiscal, encomendando al legislador el establecimiento de “la forma y el plazo de corrección de las desviaciones” (artículo 135.5.a).

En cumplimiento del mandato constitucional, la Ley de Estabilidad contempla medidas correctivas que tendrán aplicación en caso de incumplimiento

⁵³ MEDINA (2012) p. 156.

⁵⁴ BLANCO (2011) p. 18.

⁵⁵ ESCUDERO (2011) p. 95.

⁵⁶ MEDINA (2012) p. 156.

de los objetivos de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto. Estas medidas implican la aprobación y aplicación de un plan económico-financiero (artículo 21) o, en su caso, de un plan de reequilibrio (artículo 22). El seguimiento de la ejecución de dichos planes es de competencia del Ministerio de Hacienda y de las administraciones públicas (artículo 24).

e) Prioridad del pago de créditos para el servicio de la deuda pública

El artículo 135.3 de la Constitución de España constitucionaliza la prioridad “absoluta” del pago de los créditos otorgados para la satisfacción de los intereses y del capital de la deuda pública.

Se trata, sin duda, del elemento más innovador de la reforma, que por lo demás, carece de parangón en el derecho constitucional comparado⁵⁷. Su importancia, a juicio de Octavio Salazar, radica en que contribuye a “disipar los posibles temores de los compradores de la deuda soberana española”⁵⁸.

El tenor literal de la disposición es el siguiente:

“Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión”.

La prioridad en el pago de estos créditos ha sido recogida también en el artículo 14 de la Ley de Estabilidad, según la cual:

“El pago de los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones Públicas gozará de prioridad absoluta frente a cualquier otro gasto”.

Esta garantía tiene aplicación no solo a la deuda del Estado central, sino que a la deuda de todas las administraciones públicas, y afecta tanto al Ejecutivo en el momento de elaboración de los presupuestos, como al Legislativo, que no podrá modificar ni enmendar estos créditos si se ajustan a las condiciones de la ley de emisión⁵⁹.

De todos modos, esta norma no ha estado exenta de críticas. Al respecto, Gerardo Pisarello ha comentado:

“la priorización en términos absolutos –ni siquiera relativos– del pago de los créditos contraídos para el pago de la deuda pública ignora

⁵⁷ PISSARELLO (2011a) p. 162.

⁵⁸ SALAZAR (2012) p. 423.

⁵⁹ NAVARRO (2013) p. 135.

la posibilidad de que estos puedan ser usurarios, ilegítimos, o simplemente de que puedan renegociarse. En rigor se trata de una previsión que prima la satisfacción de ciertas deudas externas sobre otras internas”⁶⁰.

Desde otro punto de vista, se ha reprochado que esta disposición vulnera las normas sobre prelación de créditos, al permitir un trato diferenciado entre créditos que se encuentran en la misma situación jurídica. En este sentido, afirma Marc Carrillo:

“con el establecimiento de esta regla de prioridad ‘absoluta’ se está introduciendo una prelación de pagos al margen de las operaciones legalmente establecidas, con lo cual cabría la posibilidad de plantearse si de esta forma podrían quedar marginadas o, incluso, preteridas obligaciones *ex lege* de carácter contractual o aquellas otras derivadas de resoluciones judiciales. La conclusión es que ello podría conducir a una discriminación subjetiva de acreedores a causa del cumplimiento del objetivo final que no puede ser otro que la preservación del equilibrio presupuestario”⁶¹.

Ante esto, Amparo Navarro otorga una postura intermedia que intenta ser acorde con los principios de legalidad y estabilidad presupuestaria, según la cual:

“la prioridad absoluta en el pago de la deuda significa que no se pueden contraer nuevas obligaciones sin satisfacer las anteriores, pero no que ante dos obligaciones contraídas válidamente según la ejecución presupuestaria y exigibles, su pago se posponga al del pago de las obligaciones derivadas de la deuda pública”⁶².

4. Italia:

equilibrio presupuestario y eficacia vinculante de las normas de la Unión Europea

En mayo de 2012 entró en vigencia la Ley Constitucional 1/2012, mediante la cual se introdujo la regla de estabilidad presupuestaria en la Constitución de Italia.

La modificación constitucional italiana es corolario de la necesidad de dar confianza a los mercados sobre la sostenibilidad de la deuda pública italia-

⁶⁰ PISSARELLO (2011b) p. 3.

⁶¹ CARRILLO (2014) p. 13.

⁶² NAVARRO (2013) p. 136.

na⁶³, además de dar cumplimiento al Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza⁶⁴. Este acuerdo, firmado en marzo de 2012, contempló la incorporación de la regla de equilibrio presupuestario en los diferentes ordenamientos internos, mediante disposiciones preferentemente de rango constitucional.

Respecto al contenido de la reforma, aquella introduce mecanismos de control del déficit fiscal por medio de la modificación de cuatro artículos de la Constitución, a saber: los artículos 81, 97, 117 y 119. En términos generales, sin embargo, esta reforma constitucional ha sido considerada menos prolija que otras como, por ejemplo, la alemana⁶⁵.

La primera de estas disposiciones es la medular, y dispone lo siguiente:

“El Estado asegurará el equilibrio entre los ingresos y los gastos del propio presupuesto, teniendo en cuenta las fases adversas y las fases favorables del ciclo económico”⁶⁶.

Según advierte Josu de Miguel Bárcena, la norma no pretende un equilibrio contable, sino, más bien, un saldo estructural sostenible de ingresos y gastos, en el contexto de lo que las normas de la Unión Europea han denominado como déficit estructural, esto es, un déficit corregido por el ciclo económico⁶⁷.

a) Principio de universalidad en materia de equilibrio presupuestario obligatorio

La Constitución hace extensiva la aplicación del balance presupuestario a los distintos niveles de organización, incluyendo no solo al Estado central, sino, también, a todas las administraciones públicas.

De esta manera, el artículo 97 de la Constitución ordena:

“Las Administraciones Públicas, en coherencia con el ordenamiento de la Unión Europea, asegurarán el equilibrio de los presupuestos y la sostenibilidad de la deuda pública”.

En complemento de lo anterior, se pronuncia el artículo 119 inciso primero de la Constitución:

“Los Municipios, las Provincias, las Ciudades Metropolitanas y las Regiones gozarán de autonomía financiera para sus ingresos y gastos, ajustándose al principio de equilibrio presupuestario concurrirán a

⁶³ ARROYO y GIMÉNEZ (2013) p. 167.

⁶⁴ Véase UE (2012).

⁶⁵ BAR (2012) p. 68.

⁶⁶ Constitución de la República Italiana (1947).

⁶⁷ BÁRCENA (2016) p. 436.

garantizar el cumplimiento de las obligaciones económicas y financieras derivadas del ordenamiento de la Unión Europea”.

La aplicación de los principios de equilibrio presupuestario y sostenibilidad de la deuda en el ámbito subnacional hace pleno sentido en un Estado regional como el italiano, donde las regiones gozan de cierta autonomía financiera, *lato sensu*⁶⁸.

El constituyente italiano, al someter las regiones a los principios ya mencionados, les recuerda “

que deben coadyuvar al cumplimiento de las limitaciones económicas y financieras derivadas de la pertenencia a la Unión Europea”⁶⁹.

b) Flexibilidad anticíclica en el endeudamiento de los entes públicos

La severa exigencia de sometimiento al balance presupuestario recogida en la Constitución, se ve morigerada por la posibilidad, aunque condicionada, de recurrir al endeudamiento.

Dispone el inciso segundo del artículo 81 de la Carta:

“El recurso al endeudamiento sólo se consiente con el fin de considerar los efectos del ciclo económico y, previa autorización de las Cámaras adoptada por mayoría absoluta de los respectivos componentes, al verificarse eventos excepcionales”.

Pablo Guerrero Vázquez se ha referido al contexto de aplicación de esta norma, afirmando:

“el precepto veta el recurso al crédito de carácter estructural, pero permite apoyarse en un déficit coyuntural con el fin de paliar los efectos negativos del ciclo económico”⁷⁰.

De lo anterior se colige que el recurso al endeudamiento en la Constitución italiana se encuentra limitado en forma estricta, no solo por un mandato de equilibrio presupuestario (en conformidad con el ordenamiento de la Unión Europea), sino, también, por la finalidad que se le impone –lidiar con los *efectos del ciclo económico*. Resulta, además, interesante que se contemple una cláusula de escape: *acontecimientos excepcionales* justificarían incurrir en deuda pública, siempre y cuando exista la autorización de una mayoría parlamentaria calificada.

⁶⁸ ORTEGA (2002) p. 115.

⁶⁹ GUERRERO (2014) p. 85.

⁷⁰ *Op. cit.* p. 84.

c) Exigencia de cobertura financiera
a los gastos autorizados por ley

El inciso cuarto del artículo 81 de la Constitución de Italia exige: “Cualquier otra ley que lleve aparejados gastos nuevos o mayores deberá indicar los medios para hacer frente a los mismos”.

Esta norma ha gozado de respaldo jurisprudencial. A modo de ejemplo, la Corte Constitucional, en decisión n.º 70 de 2012, declaró inconstitucional la Ley de Presupuestos de la Región de Campania, por infracción a la obligación de cobertura de los gastos a los que refiere la norma en comentario⁷¹. Lo mismo ocurrió en sentencia 115/2012, respecto de normas regionales que no indicaron con precisión la cobertura de nuevos servicios⁷².

d) Deber de observancia de las disposiciones
de la Unión Europea

La Constitución italiana remite directamente a las normas de la Unión Europea, e impone el deber de actuación de todos los entes públicos conforme a estas, particularmente en los artículos 97 y 119 de la Carta.

La primera de estas disposiciones ordena a las administraciones públicas el aseguramiento del equilibrio presupuestario y la sostenibilidad de la deuda pública, “en coherencia con el ordenamiento de la Unión Europea”. Por su parte, el artículo 119, como ya mencionamos, exige a los municipios, las provincias, las ciudades metropolitanas y las regiones “garantizar el cumplimiento de las obligaciones económicas y financieras derivadas del ordenamiento de la Unión Europea”.

Sobre la trascendencia de la normativa comunitaria para el constitucionalismo italiano, ha concluido Giuseppe De Vergottini:

“los principios constitucionales en materia económica se desprenden hoy, no solo de la Constitución italiana, sino también y sobre todo de los Tratados europeos”⁷³.

5. Conclusiones del análisis
de las experiencias comparadas

De los casos de derecho comparado examinados (Suiza, Alemania, España e Italia), pueden extraerse las siguientes conclusiones:

⁷¹ NICOLA (2014) p. 60.

⁷² MASALA (2016) p. 241.

⁷³ DE VERGOTTINI (2012) p. 348.

- i) Existe una tendencia, al menos en Europa, a adoptar disposiciones constitucionales sobre disciplina fiscal, complementadas por normas de rango legal.
- ii) Lo usual es constitucionalizar la regla del equilibrio presupuestario o estructural, pero entendido en forma cíclica o de mediano/largo plazo.
- iii) También se han incorporado a las Constituciones normas sobre límites al déficit fiscal. En ocasiones se ha avanzado hacia la imposición de guarismos máximos.
- iv) Las experiencias estudiadas extienden las reglas de disciplina fiscal a las entidades subnacionales. Al respecto:
 - Es posible que esto no sea necesario en Estados unitarios como Chile, ya que los casos estudiados corresponden a Estados federales o regionales, donde las entidades federadas o regionales gozan de importantes facultades financieras.
 - Un desafío no resuelto plenamente es la forma de controlar –y obligar si es necesario– a las entidades subnacionales en el cumplimiento de las reglas de disciplina fiscal.
- v) Se consagran situaciones excepcionales o “de escape” a las reglas fiscales, introduciendo una dosis de flexibilidad. Normalmente:
 - se requiere la aprobación previa del Parlamento.
 - la regulación de estas situaciones ha sido criticada por su falta de determinación, incluso cuando se singularizan causales taxativas (*e.g.*, crisis económica, catástrofes naturales, etc.), dada la amplitud de las mismas.
 - algunos países han agregado programas o mecanismos que permitirían retornar a la regla fiscal, tales como cuentas especiales.
- vi) la efectividad de las reglas de disciplina fiscal puede ser problemática, y parece depender tanto de la técnica normativa (calidad y detalle de la regulación) como del consenso político-social que susciten.

II. SUPUESTOS Y RECOMENDACIONES PARA CHILE

A la luz de lo expuesto, este capítulo comprenderá dos breves secciones. La primera formulará los supuestos sobre los cuales se levantarán las recomendaciones específicas presentadas en la segunda sección.

1. Supuestos

i) Necesidad de la reforma

La tendencia comparada demuestra la necesidad de perfeccionar la regulación constitucional de las reglas de disciplina fiscal, de forma de hacer prevalecer el interés nacional de mediano y largo plazo por sobre intereses particulares de corto plazo.

ii) Existencia de un sistema

Las normas sobre responsabilidad fiscal –constitucionales y legales– constituyen un conjunto que actúa como un sistema, con unidad de fines, lo que obliga a una aproximación global, desechando reformas aisladas.

iii) Complementación legal

Las disposiciones constitucionales sobre responsabilidad fiscal deben ser “minimalistas”: tratar solo lo esencial y de forma concisa. El complemento y detalle debe consagrarse en el ámbito legal, contemplando reglas con suficiente densidad en lo normativo para proveer certeza, tanto de su interpretación como de su imperatividad.

iv) Flexibilidad

Deben considerarse flexibilidades que impidan que estas reglas se conviertan en dañinas bajo ciertas circunstancias. Esto debe reflejarse, fundamentalmente, en las definiciones utilizadas y en la introducción de excepciones a las reglas.

v) Equilibrio entre presente y futuro

Las reglas de disciplina fiscal deben proteger las futuras generaciones y la capacidad de decisión financiera de los próximos gobiernos. Ello no debe, sin embargo, redundar en la excesiva limitación de decisiones democráticas presentes y de los gobiernos en ejercicio.

vi) Exigibilidad

Las reglas de disciplina fiscal deben ser exigibles para evitar su descrédito e inutilidad, para lo cual es necesario su cuidado diseño normativo, así como la existencia de un significativo consenso político-social que las sustente.

2. Recomendaciones

i) Constitucionalización del principio del Balance Estructural

La formulación debe contener un mandato constitucional explícito, con delegación también expresa a la ley para que establezca, a lo menos, modalidades de cumplimiento y excepciones. Recomendamos, también, la definición, breve y sucinta, de lo que debe entenderse por este principio, de forma que, al menos, integre el factor cíclico.

ii) Constitucionalización de un límite al déficit público

La formulación debe ser clara y expresa. Existen dos alternativas: fijar un guarismo determinado (por ejemplo, del 50 %), o entregar su determinación a un órgano especializado, revisable en forma periódica. Nuevamente, debe mandatarse a la ley la regulación de las modalidades de cumplimiento y excepciones.

iii) Autorización parlamentaria

Se recomienda establecer, en la Constitución, la necesidad de autorización parlamentaria expresa para excepcionarse de las normas señaladas en i) y ii). Así, no solo se aumenta el control sobre decisiones que constituyen excepciones a lo que desea el constituyente, sino que se hace copartícipe al Parlamento tanto de la decisión como de la responsabilidad que se derive de ello. Además, permite reducir la crítica democrática a las reglas de disciplina fiscal en cuanto límites a la capacidad de decisión del gobierno electo.

iv) Extensión a las regiones y municipalidades

Considerando las crecientes facultades de estos entes, especialmente financieras, así como las normas vigentes en nuestra Constitución respecto a las municipalidades, se recomienda someter a estos entes a las reglas señaladas en i) y ii), con las mutaciones y especificaciones necesarias.

v) Desarrollo legislativo

Se sugiere modificar la Ley n.º 20-128 sobre responsabilidad fiscal, y eventualmente otras normas legales, de forma de detallar y complementar las disposiciones constitucionales de responsabilidad financiera. Particular importancia cobra la regulación específica de:

- Las “cláusulas de escape” y los mecanismos, hitos y regulaciones que permitan retornar a las reglas (planes de corrección).

- La participación parlamentaria señalada en iii), así como la incorporación del dictamen de órganos técnicos como el Consejo Fiscal Autónomo.
- La exigibilidad de las reglas fiscales: quién podría reclamarla, ante quién y bajo qué procedimiento. Debe considerarse que se trata de materias altamente técnicas y complejas, y que cualquier corrección posterior puede ser de difícil implementación.
- La revisión periódica de los guarismos específicos que se utilicen como límites o referentes.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENAS, Mónica (2012): "La reforma constitucional suiza: el origen de la 'Regla de Oro' fiscal", *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 30: pp. 455-480.
- ARROYO, Antonio y GIMÉNEZ, Isabel M. (2013): "La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 98: pp. 149-188.
- BAR CENDÓN, Antonio (2012): "La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea", *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 30: pp. 59-87.
- BARCENA, Josu de Miguel (2016): "La recepción constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en Italia. Comentario a las Sentencias 10/2015 y 70/2015 de la Corte Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 106: pp. 431-449.
- BLANCO VALDÉS, Roberto (2011): "La reforma de 2011: de las Musas al Teatro", *Claves de la Razón Práctica* n.º 216: pp. 8-18.
- CARRILLO, Marc (2014): "Constitución y control de las finanzas públicas", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 101: pp. 13-42.
- CORDERO GONZÁLEZ, Eva (2012): "La reforma de la constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los Länder", *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 29: pp. 289-324.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe (2012): "La Constitución económica italiana: pasado y actualidad", *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 29: pp. 339-354.
- ESCUDERO, Rafael (2011): "Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011", *Revista en Cultura de la Legalidad* n.º 2: pp. 86-98.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique y EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio (1997): *Los tributos ante la Constitución* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FALCÓN Y TELLA, Ramón (2011): "La reforma del art. 135 de la Constitución", *Revista General de Derecho Europeo* n.º 25: pp. 1-2.
- FERMANDOIS, Arturo (2001): *Derecho constitucional económico*, tomo I: Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia (Santiago, Ediciones UC).

- GARCÍA-ANDRADE, Jorge (2012): "La reforma del artículo 135 de la Constitución española", *Revista de Administración Pública* n.º 187: pp. 31-66.
- GUERRERO VÁZQUEZ, Pablo (2014): "El principio de estabilidad presupuestaria y la financiación autonómica. A propósito del seminario 'El Estado Autonómico en tiempos de Disciplina Fiscal'", *Cuadernos Manuel Giménez Abad* n.º 7: pp. 83-93.
- GUTIÉRREZ, Carmen (2011): "Las instituciones presupuestarias y las reglas fiscales en el ámbito de la OCDE. Una puesta en común de las buenas prácticas", *Revista de las Cortes Generales* n.º 83: pp. 307-244.
- GUTIÉRREZ, Carmen (2012): "Reformas constitucionales emprendidas por algunos países de la OCDE en el contexto de la consolidación presupuestaria", *Revista de las Cortes Generales* n.º 85: pp. 47-154.
- HÄBERLE, Peter (2007): "Comparación constitucional y cultural de los modelos federales", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 8: pp. 171-188.
- KOLLER, Heinrich y BIAGNI, Giovanni (2002): "La nueva Constitución federal suiza. Una visión general de las novedades y los aspectos más destacados", *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 10-11: pp. 611-634.
- KÖLLING, Mario (2012): "Los límites de la deuda pública según la reforma de la Ley Fundamental alemana de 2009", *Revista d'estudis autonòmics i federals* n.º 16: pp. 74-106.
- MASALA, Pietro (2016): "El impacto de la crisis económica y de la reforma constitucional de 2012 en la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana en materia de ponderación entre los derechos sociales prestacionales y la estabilidad presupuestaria", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n.º 20: pp. 223-255.
- MEDINA GUERRERO, Manuel (2012): "La reforma del artículo 135 CE", *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 29: pp. 131-154.
- MEDINA GUERRERO, Manuel (2016): "La constitucionalización del Principio de Estabilidad Presupuestaria", *Revista de Estudios Regionales* n.º 105: pp. 73-102.
- NICOLA POLI, Tommaso (2014): "Las transformaciones de la administración pública entre Constitución formal y Constitución material", *Revista de Derecho Constitucional Europeo* n.º 22: pp. 29-66.
- ORTEGA, Carlos (2002): "La nueva organización territorial regional, ¿o cuasi federal?, prevista en la Constitución Italiana", *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 64: pp. 113-132.
- PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio Edgardo (2015): *Derecho público financiero* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).
- PISSARELLO, Gerardo (2011a): "Una reforma constitucional para la periferia europea", *Revista de Economía Crítica* n.º 12: pp. 160-170.
- PISSARELLO, Gerardo (2011b): "Reforma constitucional y crisis", *Jueces para la Democracia* n.º 72: pp. 3-10.

- REIMER, Ekkehart (2011): “La crisis financiera como oportunidad político-constitucional. El nuevo freno al endeudamiento en la Constitución Alemana”, *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 28: pp. 93-132.
- RIDAURA MARTÍNEZ, Josefa (2012): “La reforma del artículo 135 de la Constitución española: ¿Pueden Los Mercados Quebrar El Consenso Constitucional?”, *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 29: pp. 237-260.
- RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro (2013): “La reforma constitucional del artículo 135 CE y la crisis financiera del Estado”, *Instituto de Estudios Fiscales-Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas* n.º 1: pp. 5-37.
- RUIZ TARRÍAS, Susana (2012): “Cuando las finanzas mandan: a propósito de las últimas reformas constitucionales en Alemania y España”, *Estudios de Deusto* vol. 60 n.º 2: pp. 353-383.
- SALAZAR, Octavio (2012): “La constitución domesticada: algunas reflexiones críticas sobre la reforma del artículo 135 CE”, *Teoría y Realidad Constitucional* n.º 29: pp. 409-432.
- SOTO VELASCO, Sebastián (2008): “Iniciativa exclusiva del Presidente de la República: un aporte del TC para su interpretación”, *Sentencias Destacadas* n.º 4: pp. 225-256. Disponible en <https://vlex.cl/vid/iniciativa-exclusiva-presidente-repu-706579185> [fecha de consulta: 1 de octubre de 2023].

Normas

- Constitución española, 27 de diciembre de 1978.
- Constitución Federal de la Confederación Suiza, 18 de abril de 1999.
- Constitución de la República Italiana, 27 de diciembre de 1947.
- Decreto ley 1263 (1975) sobre administración financiera del Estado, 28 de noviembre de 1975.
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, 23 de mayo de 1949.

Jurisprudencia

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2010): rol n.º 1867-2010, 30 de diciembre de 2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (1995): rol n.º 219, sentencia considerando 2.º.

Otros documentos

- Boletín Oficial del Estado* (2001): Reforma del artículo 135 de la Constitución española, de 27 de septiembre de 2011. Disponible en www.boe.es/boe/dias/2011/09/27/pdfs/BOE-A-2011-15210.pdf [fecha de consulta: 30 de diciembre de 2019].

- Diario Oficial de la Unión Europea* (2004): “Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo”, 16 de diciembre de 2004. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0337:0338:ES:PDF> [fecha de consulta: 19 de octubre de 2023].
- NAVARRO, Amparo (2013): “El gobierno económico de la Unión Europea y los principios de justicia del gasto público en una hacienda plural”. Disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/38409/1/2013_Navarro_Cronica-Presupuestaria.pdf [fecha de consulta: 18 de diciembre de 2019].
- UE (1997): Pacto de Estabilidad y Crecimiento, de fecha 17 de junio de 1997. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31997Y0802%2801%29> [fecha de consulta 19 de octubre de 2023].
- UE (2012): Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza, de fecha 2 de marzo de 2012. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:42012a0302\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:42012a0302(01)) [fecha de consulta: 19 de octubre de 2023].

BEPS ACCIÓN 12,
EL COMBATE A LA ELUSIÓN TRIBUTARIA
MEDIANTE OBLIGACIONES
DE INFORMACIÓN
DE LAS PLANIFICACIONES
POTENCIALMENTE AGRESIVAS

BEPS ACTION 12,
THE FIGHT AGAINST TAX AVOIDANCE
THROUGH OBLIGATIONS OF DISCLOSURE
OF INFORMATION OF POTENTIALLY
AGGRESSIVE TAX PLANNING

*Matías Pascuali Tello**

RESUMEN: Este artículo tiene por finalidad analizar el contenido de la acción BEPS número 12, la cual consiste en el establecimiento de obligaciones de informar estructuras de planificación tributaria agresivas o posiblemente elusorias, sus límites; luego repasar experiencias exitosas en el ámbito comparado de establecimiento de estas normas, también estudiar situaciones de información similares existentes en la actualidad en Chile, y si ellas cumplen los estándares OCDE, para finalizar con la conveniencia de establecer estas obligaciones en nuestra legislación.

PALABRAS CLAVE: elusión tributaria, deber de información, planificación.

ABSTRACT: This article intends to analyze the content of BEPS action number 12, which consists of the establishment of obligations to report aggressive or possibly evasive tax planning structures, their limits, then review successful experiences at a comparative level of establishing these standards, as well analyze

* Profesor investigador del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mpascuali@udd.cl

similar information situations that currently exist in our country and whether they comply with OECD standards, to conclude with the convenience of establishing these obligations in our legislation.

KEYWORDS: tax avoidance, duty of information, planning.

INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes problemas que impiden una fiscalización oportuna de las prácticas elusivas de grandes empresas es la falta de información oportuna y veraz con que cuentan las administraciones tributarias.

Es por este motivo que la OCDE junto al G 20, dentro de su estrategia tendiente a impedir el abuso y la erosión de las bases imponibles mediante el traslado de beneficios fiscales, lanzó una iniciativa denominada plan BEPS, dentro de esta iniciativa, formada por quince acciones, la acción doce consiste en el establecimiento de obligaciones de información sobre estructuras de planificación fiscales agresivas potencialmente elusivas, esta iniciativa busca mejorar la información y la transparencia relativa a estas actividades, en relación con esta acción analizaremos si es viable o recomendable, en nuestra legislación seguir esta recomendación, teniendo en cuenta la estructura legal y tributaria chilena.

I. INICIATIVA BEPS

En las últimas décadas el tema de la elusión tributaria por parte de grandes empresas multinacionales ha provocado preocupación entre los gobiernos y un descontento civil proveniente de las escuálidas cifras de impuestos pagados por estas grandes empresas en determinadas jurisdicciones, lo que ha forzado a las autoridades a tomar medidas destinadas a solucionar este problema.

Casos como el de Starbucks¹, Amazon² o Uber³ han generado gran revuelo en la prensa y han motivado reacciones en los gobiernos, célebre es la frase del ex primer ministro británico David Cameron en el World Economic Forum en Davos el año 2013 “it’s time to wake up and smell the coffee”⁴ que refleja la preocupación de las autoridades por este tema.

¹ Véase ROBLES (2018).

² www.newsweek.com/behind-amazons-tax-strategy-494325 [fecha de consulta: 5 de octubre de 2023].

³ Véase <https://tpcases.com/uber-files/> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2023].

⁴ www.thetimes.co.uk/article/cameron-tells-tax-avoiders-wake-up-and-smell-the-coffee-mx7jz6ppsm6 [fecha de consulta: 12 de septiembre de 2023].

En este contexto los líderes de las grandes economías, a través del G 20 y de la OCDE demandaron un estudio y modificación de las reglas que permiten estas estructuras, así nació la iniciativa BEPS.

La sigla BEPS significa Base Erosion and Profit Shifting o en español La erosión de la Base imponible a través de la reasignación de utilidades.

Son estrategias de planificación fiscal que utilizan empresas multinacionales para explotar vacíos o desajustes impositivos que permiten reconducir las utilidades de las empresas multinacionales, consideradas como grupos o entidades, a jurisdicciones de baja tributación o jurisdicciones que les entregan ciertos beneficios o exenciones tributarias.

Esta iniciativa se reflejó en varios documentos que enumeran ciertas acciones o recomendaciones tendientes a evitar esta erosión de las bases imponibles de los países.

Su plan de acción busca tres objetivos, a saber:

- el planteamiento de soluciones a las incoherencias de las normas fiscales y lagunas entre los distintos Estados, a las incoherencias de las normas fiscales a los avances tecnológicos,
- el adoptar medidas que realineen el poder tributario y la actividad económica
- y el establecimiento de medidas de fondo e instrumentales para prevenir el abuso de las normas impositivas internacionales⁵.

Como consecuencia de lo anterior, la OECD emitió en 2013 a solicitud del G 20, un informe denominado *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios), en el cual la OCDE señala:

“La erosión de bases imponibles constituye un grave riesgo para los ingresos tributarios, la soberanía fiscal y la equidad tributaria, tanto de los Estados miembros de la OCDE como de los no miembros”⁶.

En este informe la OCDE señala que, si bien existen múltiples formas de erosionar las bases imponibles tributarias, la más perjudicial para los países es el traslado de las rentas o beneficios al exterior.

Dentro de las conclusiones de este estudio destaca la necesidad de la elaboración de un plan global para resolver el problema de la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios, es así como el informe señala:

“La OCDE se compromete a proponer un plan de acción integral y de alcance mundial basado en un profundo análisis de las áreas some-

⁵ HERNÁNDEZ (2017) p. 38.

⁶ OCDE (2013b) p. 7.

tidas a mayor presión con miras a facilitar soluciones concretas para readaptar las normas internacionales al actual entorno empresarial internacional⁷,

es decir, este reporte levanta el tema de la erosión de las bases imponibles y establece el punto de partida de lo que se debe hacer, comprometiéndose a proponer un plan.

En cumplimiento de lo prometido, el mismo año 2013, en julio se emitió el informe denominado *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, en su versión en español), este informe contiene quince acciones destinadas a atacar las áreas en las cuales la OCDE ve que hay un potencial de utilización para la erosión de las bases imponibles.

En palabras de Hugo Hurtado, en relación con el plan de acción, este tiene como principal propósito “efectuar una revisión profunda de las reglas y principios de la tributación internacional en la actualidad”⁸, estamos de acuerdo con lo aseverado, esta iniciativa busca una revisión de los principios tributarios internacionales, los cuales, han quedado cortos en relación con las nuevas estrategias de planificación fiscal internacional y las nuevas realidades del comercio internacional.

II. ACCIONES DEL PLAN BEPS

En palabras del informe:

“La erosión de la base imponible y el traslado de beneficios es una preocupación en el contexto de la economía digital. Las acciones previstas aquí ayudarán a resolver estas preocupaciones”⁹.

Las acciones propuestas son las siguientes:

- 1) ACCIÓN 1 Abordar los retos de la economía digital para la imposición.
- 2) ACCIÓN 2 Neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos.
- 3) ACCIÓN 3 Refuerzo de la normativa sobre CFC.
- 4) ACCIÓN 4 Limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones en el interés y otros pagos financieros.
- 5) ACCIÓN 5 Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia.

⁷ OCDE (2013b) p. 12.

⁸ HURTADO (2018) p. 195.

⁹ OCDE (2013a) p. 16.

- 6) ACCIÓN 6 Impedir la utilización abusiva de convenio.
- 7) ACCIÓN 7 Impedir la elusión artificiosa del estatuto de EP.
- 8) ACCIONES 8, 9, 10 Asegurar que los resultados de los precios de transferencia están en línea con la creación de valor.
- 9) ACCIÓN 11 Establecer metodologías para la recopilación y el análisis de datos sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios y sobre las acciones para enfrentarse a ella.
- 10) ACCIÓN 12 Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva.
- 11) ACCIÓN 13 Reexaminar la documentación sobre precios de transferencia.
- 12) ACCIÓN 14 Hacer más efectivos los mecanismos de resolución de controversias.
- 13) ACCIÓN 15 Desarrollar un instrumento multilateral.

Dentro de estas acciones el objetivo de este trabajo es analizar la Acción 12, es decir, el establecimiento de obligaciones de informar las estructuras o mecanismos de planificación tributaria considerados como agresivos.

III. OBLIGACIÓN DE INFORMAR LOS MECANISMOS DE PLANIFICACIONES AGRESIVAS (ACCIÓN 12)

La Acción 12 hace recomendaciones para los Estados para que dicten normas relativas al establecimiento de obligaciones de información de las planificaciones impositivas agresivas o elusivas.

Esta recomendación tiene por finalidad el crear condiciones de transparencia para los contribuyentes y la autoridad fiscal, además de dotar a esta última de la información necesaria para ejercer su tarea de detectar y perseguir las elusiones generadas a propósito de planificaciones tributarias agresivas.

Es parte del proyecto Erosión de Bases Base y Traslado de Beneficios (BEPS) iniciado por la OCDE y el G20. Proporciona recomendaciones para el diseño de normas que exijan a los contribuyentes y asesores revelar acuerdos de planificación fiscal agresiva.

Sus principales objetivos son:

- Obtener información oportuna sobre el cumplimiento impositivo y los riesgos políticos que plantea la planificación fiscal agresiva.
- Permitir que los gobiernos respondan de manera rápida a los riesgos fiscales mediante evaluaciones de riesgos informadas, auditorías o cambios en la legislación o regulaciones.
- Proporcionar un marco modular que permita a los países diseñar un régimen de divulgación que se ajuste a su necesidad de obtener infor-

mación temprana sobre esquemas de planificación fiscal potencialmente agresivos o abusivos, así como sobre los promotores y usuarios de estos esquemas.

Las recomendaciones buscan un equilibrio entre la necesidad de información temprana sobre esquemas de planificación fiscal agresiva con el requisito de que la divulgación esté dirigida de manera adecuada, sea exigible y evite imponer una carga de cumplimiento indebida a los contribuyentes.

El informe también hace recomendaciones específicas para normas dirigidas a esquemas tributarios internacionales, así como para el desarrollo e implementación de un intercambio de información y una cooperación más efectivos entre administraciones fiscales.

Esta iniciativa BEPS, recomienda a los países dictar normas que obliguen a los contribuyentes a informar las planificaciones tributarias agresivas que potencialmente puedan corresponder a prácticas elusivas.

Se señala que uno de los principales retos que enfrentan las administraciones tributarias es la falta de información exhaustiva y pertinente sobre las estrategias de planificaciones impositivas agresivas y, por lo tanto, a través de esta acción se hace un llamado a diseñar sistemas de obligación de información tendientes a obtener de forma anticipada información sobre estructuras de planificación potencialmente abusivas¹⁰.

a. ¿Que se informa?

Uno de los grandes temas que debe determinarse antes de aplicar esta obligación de informar, es señalar claramente los límites de lo que debe informarse.

Según BEPS 12 se recomienda el establecimiento de normas que obliguen a los contribuyentes a informar las estructuras de planificación agresivas, es decir, se recomienda que los países dicten normas que establezcan la obligación para los contribuyentes de informar transacciones, acuerdos o estructuras potencialmente elusivas, esto presenta una dificultad manifiesta, debe señalarse con claridad cuáles son las conductas que se encuentran en los supuestos de información.

Así, la OCDE habla en estos casos de *reportable schemes* (esquemas reportables)¹¹.

En Australia, por ejemplo, debe existir un esquema (*Scheme*) el cual se define en términos amplios¹²: un contribuyente debe obtener un beneficio tri-

¹⁰ OCDE (2015b) p. 41.

¹¹ OECD (2015a) p. 13.

¹² INCOME TAX ASSESSMENT ACT 1936 - SECT 177D Australia <https://maps.finance.gov.au/redirect/income-tax-assessment-act-1936> [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2023].

butario en relación con la estructura (también se define el concepto de “beneficio tributario” como al beneficio que no se hubiere tenido acceso si no se hubiese implementado la estructura de planificación) o estar relacionado con alguno de ocho factores establecidos en la norma¹³.

b. ¿Quién debe informar?

Respecto de esta pregunta, los sujetos pasivos de esta obligación pueden ser dos grupos, los contribuyentes mismos o los asesores o quienes promuevan la creación de estas estructuras potencialmente elusivas.

c. Otras consecuencias de esta obligación

Acá nos referimos a cuál es la estructura sancionatoria por no cumplimiento de estas obligaciones y, además, qué pasa con el manejo de esta información, es decir, cuáles deben ser los límites al uso de la información recibida por parte de las autoridades fiscales.

Dentro de las recomendaciones la OCDE, también establece una serie de principios que deben cumplir estas normas¹⁴.

- 1) Las reglas de obligación de información deben ser claras y fáciles de entender.
- 2) Las reglas deben tener en consideración eventuales costos adicionales de cumplimiento para el contribuyente y que estos sean razonables con relación al beneficio de la administración tributaria.
- 3) Las reglas deben ser efectivas en lograr la finalidad querida identificando de manera adecuada los esquemas de planificación relevantes, es decir, aquellos que son potencialmente agresivos.
- 4) La información recolectada debe ser usada de forma eficiente.

La iniciativa 12 presenta dos grandes problemas para su aplicación: en primer lugar, establece que deben informarse las planificaciones tributarias agresivas, por lo que es necesario delimitar y darle contenido a ese concepto. El segundo problema tiene relación con la definición comentada, ya que, en materia de formas de sustraerse de la obligación impositiva, la planificación es considerada como una forma lícita de reducir la carga de un contribuyente, por lo que cabe hacernos la pregunta sobre el motivo o el porqué es recomendable solicitar se informe estas estructuras.

¹³ EVANS (2008) p. 37.

¹⁴ OECD (2015a) p. 19.

IV. CONCEPTO DE PLANIFICACIÓN FISCAL AGRESIVA

El concepto de planificación fiscal agresiva ha sido tratado en múltiples documentos de la OCDE, y pareciera haberse originado en el Foro sobre Administraciones Tributarias de la OCDE establecido en julio de 2002, que en su declaración de Seúl de 2006¹⁵ mencionó el desarrollo de esquemas de planificación fiscal agresivas, luego en el denominado Study on Tax Intermediaries de la OCDE de 2013¹⁶ se señaló que la planificación agresiva se refiere a dos situaciones, al caso de planificaciones que tienen relación con una posición tributaria que es sostenible en la legalidad, pero que genera como consecuencia un beneficio tributario inesperado y el tomar una posición fiscal que sea favorable al contribuyente sin declarar que puede existir una posibilidad que los actos puedan generar un beneficio no previsto en la ley, sin embargo, en ninguno de estos documentos encontramos una definición¹⁷, Gloria Marín Benítez la define como “toda aquella que produce una erosión de bases imponibles o traslado de beneficio”¹⁸.

La anterior definición (y los documentos de la OCDE) dan a entender que la planificación tributaria agresiva es una acción tendiente a disminuir la carga fiscal de empresas multinacionales a través del fraude a las normas o leyes que regulan las bases imponibles de los Estados en que las empresas actúan, configurándose más que una planificación un caso de elusión impositiva, saliéndonos, por lo tanto, del ámbito del cumplimiento de la norma y actuación legal de un contribuyente y adentrándonos en el ámbito del fraude a la ley y actuaciones no lícitas.

De ser así la respuesta al segundo problema respecto del porqué es recomendable que los países establezcan estas obligaciones de información se hace evidente, es útil la información, ya que lo informado constituye en los hechos actos elusivos y, por tanto, actos no encuadrados dentro de la legitimidad tributaria.

Por lo tanto, esta iniciativa 12 tiene una finalidad protectora respecto a la norma y el cumplimiento estricto de ella.

¹⁵ OECD, Seoul Declaration (2006).

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ BAKER (2015) pp. 85-86.

¹⁸ MARÍN (2017) p. 90.

V. FINALIDAD DE LAS NORMAS SOBRE OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Según la OCDE¹⁹ estas normas tienen un doble propósito, buscan incrementar la transparencia al proveer a la administración con información relativa a potenciales esquemas o planificaciones agresivas o abusivas e identificar a los promotores y usuarios del sistema; además, tiene una finalidad disuasiva a contribuyentes respecto de entrar en este tipo de conductas, la OCDE habla del concepto de *deterrence*, señalan que una reducción en el uso de estas estructuras planificadoras agresivas o, incluso, elusivas se puede lograr mediante la alteración del efecto económico de la elusión, pues al existir la posibilidad de que la estructura deba ser informado y, por tanto, conocida de antemano por la autoridad, la idea de beneficio se puede ver alterada por eventuales acciones de la administración en cuanto actuar sobre la posible ilicitud de la conducta elusiva²⁰.

En palabras de la OCDE, la falta de información oportuna, completa y relevante sobre las estrategias de planificación tributaria agresivas es uno de los principales desafíos que enfrentan las autoridades fiscales en todo el mundo²¹.

Esta falta de información es un problema para las autoridades, ya que muchas veces, las estructuras elusivas son de una sofisticación que hacen muy difícil para las autoridades su detección y fiscalización.

VI. SITUACIÓN EN CHILE

En Chile no existe un régimen general de obligación de informar las planificaciones tributarias ya sean nacionales o internacionales, sin embargo, existen normas especiales que obligan a informar ciertas operaciones, estas obligaciones son un mecanismo de fiscalización y levantamiento de datos que pueden servir de base para eventuales fiscalizaciones.

Es así como el artículo 26 bis del *Código Tributario* establece la posibilidad de solicitar un pronunciamiento al SII respecto a la aplicación de las normas de los artículos 4 bis, ter y quater, es decir, sobre si la operación consultada puede ser considerada como elusiva, este es un procedimiento voluntario, a través del cual contribuyentes que quieran realizar alguna operación o planificación tributaria en que existan dudas sobre su carácter se pueden asegurar que no serán calificadas como elusivas, el problema se da en aquellos casos de planificaciones agresivas en que existe una voluntariedad de eludir el impuesto.

¹⁹ OCDE (2015a) p. 9.

²⁰ *Op. cit.* p. 18.

²¹ *Op. cit.* p. 3.

La DJ 1913, establecida por resolución 110 de 2015 denominada DJ sobre caracterización tributaria global, en ella los contribuyentes están obligados a informar ciertos elementos que podrían servir de base para futuras fiscalizaciones relativas a elusiones, tiene dos limitaciones:

- está limitada en cuanto a los contribuyentes obligados a presentarla, ya que solo deben presentarla los denominados “grandes contribuyentes”,
- está limitada en relación con la información contenida, es decir, se deben informar ciertos datos útiles, pero insuficientes para determinar o calificar conductas como elusivas.

Esta DJ tiene una finalidad de control más que de combate a la elusión.

VII. SITUACIÓN COMPARADA

a. Unión Europea

La directiva 2016/111, modificada por la directiva 2018/822 (DAC6) se aplicará en los Estados miembros de la UE desde 1 de julio de 2020. Impone nuevos requisitos de información sobre transacciones realizadas por los contribuyentes relativas a determinados tipos de impuestos dentro de los Estados miembros, establece nuevas reglas para el intercambio de información entre las autoridades fiscales en relación con la información recibida con respecto a estas planificaciones e incluye acuerdos transfronterizos relativos a obligaciones de información aplicables retroactiva a 2018.

Esta norma (DAC 6) establece obligaciones a los intermediarios de informar medidas artificiosas tendientes a obtener beneficios por parte del beneficiario principal, en que este intermediario haya participado obteniendo honorarios, es decir, la obligación de informar pesa sobre el asesor tributario que participa en el diseño o ejecución de esta planificación tributaria.

Otrotemaimportanteesseñalarel tipodeoperaciones quecabendentro de esta obligación de información, estableciendo un anexo (anexo IV) denominado “señas distintivas”, que son las características que debe tener un acto parte de una planificación para que caiga en la obligación de ser informado.

b. Reino Unido

En el Reino Unido existen normas de *disclosure* de esquemas elusivos desde el año 2004, en ese año se introdujo la Disclosure of Tax Avoidance Schemes (DOTAS), dirigido a los promotores y beneficiarios de planificaciones o preparaciones destinadas a obtener ventajas comparadas con otros cursos de acción.

El objetivo de esta normativa es obtener información temprana sobre planificaciones tributarias y cómo funcionan, e información sobre quienes las usan.

Se señala que dentro de los obligados a informar se encuentran los “promotores” dentro de los cuales se incluyen los abogados, que están protegidos por secreto profesional, levantando restricciones de información.

Estos promotores son quienes diseñan la estrategia, participan en el diseño o ayudan para que otros la diseñen, o los que ejecutan la planificación.

En el caso de no existir promotores, será obligado a informar el propio contribuyente.

c. Estados Unidos

Estados Unidos fue el primer país en crear este tipo de obligaciones de información en 1984, esta se encuentra establecida bajo un sistema del tipo *transaction based* (basado en la transacción misma más que en la persona), acá se individualizan una serie de transacciones reportables clasificadas en diferentes categorías, por ejemplo, están las *listes transactions*, que es un listado específico de transacciones que son sospechosas, están, también, las *confidential transactions*, que son transacciones que se encuentran protegidas con cláusulas contractuales de secreto o reserva y, finalmente, existe una categoría residual denominada *transactions of interest* en que se incluyen todas las operaciones que, pudiendo ser potencialmente elusivas, no se encuentran enlistadas en las categorías específicas.

La obligación se impone tanto al promotor como al usuario.

VIII. ¿ES POSIBLE IMPONER UN ESTATUTO DE OBLIGACIÓN DE INFORMAR EN UNA CULTURA JURÍDICA COMO LA CHILENA?

El gran problema de las iniciativas BEPS es que como recomendaciones generales que la OECD hace a las naciones para efectos de disminuir erosiones a sus bases imponibles, estas no tienen en consideración las circunstancias especiales de las distintas jurisdicciones,

Esta pregunta debemos responderla desde el ángulo del estudio de la doctrina de *legal transplant*.

Legal transplant es una metáfora del derecho comparado creada para señalar el traspaso normativo que se produce entre diferentes ordenamientos jurídicos²².

²² BACKENKÖHLER (2019) p. 262.

Bajo esta doctrina es posible analizar la conveniencia de tomar una figura jurídica desde una jurisdicción e implantarla en otra, la gran crítica a esta práctica legislativa son las diferencias jurídicas y culturales que no son tomadas en cuenta al hacer el trasplante, mismo problema puede producirse al aplicar estas recomendaciones, por lo que antes de imponer estas obligaciones debemos hacer un análisis de compatibilidad de este tipo de medidas con nuestra cultura jurídica, teniendo esto en consideración que el gran conflicto es que para aplicar una obligación de informar puede existir en los contribuyentes una desconfianza en cuanto a la posición de la autoridad y el destino que puedan darle a la información recibida.

IX. EL CONCEPTO DE CONFIANZA Y LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

Nuestro sistema se ha caracterizado por tener como base una relación de confrontaciones entre la autoridad y los contribuyentes, en la cual la confianza mutua es un elemento casi desconocido y que influye la forma como actúan en sus interrelaciones.

La confianza es una de las cuestiones más delicadas en la relación entre la autoridad y el contribuyente²³, esta se quiebra, por regla general, por la actitud de las partes en la relación tributaria, la autoridad desconfía del contribuyente, pues este, por regla general, busca disminuir su carga, no siempre por medios lícitos, lo que genera una posición de desconfianza inicial en el contribuyente.

Por otro lado, el contribuyente muchas veces desconfía del Estado, ya que este no cumple con sus promesas y mal utiliza los recursos recaudados y, además, no toma una posición objetiva contra el contribuyente, intentando que este pague más impuestos de los debidos y partiendo de la mala del contribuyente.

Es por esto que para que medidas como las obligaciones de informar funcionen debe existir un cambio de paradigma en la relación entre el contribuyente y la administración, partiendo por un aumento de la confianza entre todos los intervinientes y con una mejor la actitud del ente estatal respecto de la utilización de los fondos públicos y del respeto y reconocimiento de la buena fe del contribuyente y respecto de este último, cambiando su actitud ante su obligación tributaria para dejar de sentirse un obligado para pasar a considerarse un colaborador de la actividad estatal.

²³ ROSEMBLUJ (2016) p. 82.

X. POTENCIALES CONFLICTOS ENTRE DERECHOS DE CONTRIBUYENTES Y LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR

1) *La autonomía de la voluntad y el derecho a, dentro del marco legal, intentar disminuir la carga tributaria*

En las relaciones negociales entre los particulares rige el principio de la autonomía de la voluntad, y este principio no se debiera ver afectado, aunque de estas relaciones resulte un ahorro, siempre que exista una legítima razón de negocios para realizar la operación de una forma y no de otra.

Lo anterior no es una situación fácil de determinar, sobre todo por parte del contribuyente, si aplicamos este principio a una posible obligación de informar planificaciones agresivas o potencialmente elusivas y si no fijamos parámetros claros de conductas informables, la obligación podría transformarse en letra muerta, pero si establecemos parámetros objetivos de conductas informables, esto puede atentar contra el principio de autonomía de la voluntad, pues estaríamos preestableciendo que ciertas conductas son consideradas *a priori* como conductas agresivas tributariamente, cuando esto es una calificación que debe hacerse caso a caso.

2) *Problema con el secreto profesional*

Uno de los potenciales obligados a informar son los intermediarios o asesores tributarios, esto podría generar un conflicto debido a la existencia del secreto profesional.

En la actualidad, el tema del secreto profesional se aplica principalmente a los abogados, Álvaro Anríquez y Ernesto Vargas lo definen como la inmunidad que exime a los abogados de la carga de entregar información obtenida o producida en el desempeño de la abogacía a una autoridad que la requiere²⁴.

En este caso el problema radica en que se obligaría a un intermediario asesor abogado a informar respecto de las planificaciones potencialmente agresivas de los contribuyentes, esta obligación, ¿importa una violación al secreto profesional? Queda la duda y dependerá de cómo se encuentra redactada la norma, es decir, cuan especificada están las conductas a informar o si cabe al asesor una interpretación de que es lo que debería o no debería informar.

²⁴ ANRÍQUEZ y VARGAS (2021) p. 141.

3) *El derecho a no auto incriminarse*

El derecho a no auto incriminarse es un principio general del derecho en materia penal, consagrado en la Constitución y numerosos tratados internacionales, consiste en que una persona no puede verse obligada a declarar bajo juramento sobre hechos propios que pueden ser constitutivos de delitos, que pasaría en el caso de que un contribuyente, dentro de su planificación, realiza un hecho que puede considerarse como una conducta típica de un delito tributario.

Es una discusión que se ha dado en relación con las ganancias ilícitas y si es que estas deben pagar impuestos, el fundamento de la autoincriminación es el principal argumento de quienes consideran que las ganancias ilícitas no deben tributar²⁵.

Esto puede ser un potencial conflicto entre la obligación de informar con el derecho a no auto incriminarse .

XI. CÓMO AYUDA LA INICIATIVA 12 A PREVENIR LA ELUSIÓN

La Acción 12 de BEPS ayuda a prevenir la evasión fiscal de varias maneras:

Información temprana: proporciona a las autoridades información temprana sobre esquemas de planificación fiscal agresivos o abusivos. Esto les permite evaluar el riesgo y el impacto potencial de estos esquemas en su base impositiva.

Evaluación de riesgos: la información obtenida a través de la Acción 12 permite a los gobiernos realizar evaluaciones de riesgos informadas. Esto les ayuda a identificar áreas de su sistema tributario que son vulnerables al abuso.

Cambios legislativos: al identificar riesgos potenciales, los gobiernos pueden realizar cambios oportunos en su legislación o regulaciones para contrarrestar la planificación fiscal agresiva.

Identificación de intermediarios y contribuyentes usuarios: la Acción 12 también ayuda a identificar a los promotores y usuarios de esquemas de planificación fiscal agresiva. Esto puede disuadir el uso de tales esquemas, ya que aumenta la probabilidad de detección y acción posterior por parte de las autoridades.

Cooperación internacional: las recomendaciones bajo la Acción 12 promueven un intercambio de información y una cooperación más efec-

²⁵ Respecto del tema de la tributación de las ganancias ilícitas véase ORTÍZ y RÍOS (2011) p. 85 y ss.

tivos entre administraciones tributarias. Esto es importante para abordar los esquemas fiscales internacionales.

Reglas de divulgación obligatoria: su adopción en muchas jurisdicciones significa que ciertos acuerdos transfronterizos que podrían usarse para evadir impuestos deben informarse a las autoridades. Esto aumenta la transparencia y dificulta que los contribuyentes oculten sus actividades.

Al implementar estas medidas, la Acción 12 de BEPS tiene como objetivo desalentar la planificación agresiva y promover la justicia y la integridad en el sistema fiscal internacional.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El establecimiento de obligaciones de planificación tributaria agresivas en los términos de la recomendación 12 de BEPS puede ser una herramienta útil para combatir la elusión, sin embargo, para su establecimiento es necesario alejarse un poco de las recomendaciones de la OCDE, pues el concepto de planificación agresiva lleva a confusiones, esto debido a que en nuestro sistema la planificación tributaria es lícita, por lo que debiera denominarse quizá mecanismos de obligación de información de planificaciones potencialmente elusivas, estableciendo criterios claros de que debe informarse, quedando lo menos posible al arbitrio del obligado.

Se propone un sistema de declaración de operaciones que caigan dentro de la calificación de elusión, y dicha calificación de elusión puede basarse en establecer ciertas características de una conducta sospechosa de ser elusiva.

Si un contribuyente o asesor diseña una estrategia de planificación que cumple con estas características, antes de ejecutarla debe ser informada al Servicio de Impuestos Internos, el cual tomará conocimiento de las características de la operación para usar esta información en eventuales fiscalizaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ANRÍQUEZ NOVOA, Álvaro y VARGAS WEIL, Ernesto (2021): "Bases conceptuales para una doctrina del secreto profesional del abogado en Chile", *Revista Chilena de Derecho* vol. 48 n.º 1: pp. 133-150.
- BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian. J. (2019): "Transplante jurídico", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* n.º 17: pp. 262-275.
- BAKER, Phillip (2015): "The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes", *Intertax* vol. 43 Issue 1.

- EVANS, Chris (2008): "The Battle Continues: Recent Australian Experience with Statutory Avoidance and Disclosure Rules", in Freedman, Judith (ed.), *Beyond Boundaries, Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk management* (Oxford, Oxford University Centre for Business taxation).
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, Pablo (2017): "El alcance material y formal del plan BEPS: viejos conocidos, nuevos amigos y la necesidad de un nuevo enfoque", en Almudi Cid, José Manuel et al., *El plan de acción sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS): G20, OCDE y Unión Europea* (Cizur Menor. Aranzadi).
- HURTADO, Hugo (2018): *Tributación internacional* (Santiago, Thompson Reuters).
- MARÍN BENÍTEZ, Gloria (2017): "El concepto de planificación fiscal agresiva en BEPS: una visión comparada con los conceptos de abuso de Derecho de la Unión y Derecho español", en Almudi Cid, José Manuel et al., *El plan de acción sobre erosión de bases imponibles y traslado de beneficios (BEPS): G20, OCDE y Unión Europea* (Cizur Menor, Aranzadi).
- OECD (2006): *Sharing Knowledge of Developments and Reforms in Revenue Bodies and Meeting the Challenges of International Non-Compliance with Domestic Tax Laws*. Seoul Declaration. Disponible en www.oecd.org/ctp/administration/37463807.pdf [fecha de consulta: 6 de octubre de 2023].
- OCDE (2013a): *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264207813-es> [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2023].
- OCDE (2013b): *Addressing Base Erosion and profit shifting*. Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264192744-en> [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2023].
- OCDE (2015a): *Mandatory Disclosure Rules, Action 12-2015, Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Disponible en <https://doi.org/10.1787/9789264241442-en> [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2023].
- OCDE (2015b): *Proyecto OCDE / G20 sobre la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Resúmenes. Informes finales 2015*. Disponible en www.oecd.org/ctp/beps-resumenes-informes-finales-2015.pdf [fecha de consulta: 21 de noviembre de 2023].
- ORTÍZ, Pablo y RÍOS, Rodrigo (2011): *Ganancias ilícitas. Una revisión crítica a su tratamiento legal en Chile* (Santiago: Ediciones Finis Terrae).
- ROBLES, María Guadalupe (2018): "Working paper, Tax planning in multinational corporations after the discussions referred to immorality of base erosion and profit shifting (BEPS): With focus on Starbucks Corporation", *UASM Discussion Paper Series*, No. 7/2018. Disponible en www.econstor.eu/bitstream/10419/187428/1/1041095848.pdf [fecha de consulta: 5 de octubre de 2023].
- ROSEMBLUJ, Tulio (2016): *Tax Morale* (Barcelona, Editorial el Fisco).

CONSIDERACIONES
SOBRE LA VINCULATORIEDAD
DEL PROCESO DE DEBIDA DILIGENCIA
DE DERECHOS HUMANOS
EN LA EMPRESA EN CHILE

CONSIDERATIONS
ON THE BINDING NATURE
OF CORPORATE HUMAN RIGHTS
DUE DILIGENCE IN CHILE

*Joaquín Schäfer Rodríguez**

RESUMEN: Este trabajo tiene por objetivo escudriñar cuál es la fuerza obligatoria de los instrumentos que regulan la debida diligencia en materia de derechos humanos en la empresa en Chile. Los instrumentos de *soft law* fueron la vía escogida por la comunidad internacional para regular la relación entre empresas y derechos humanos. Se concluye que, si bien no es obligatorio implementar procesos de debida diligencia en empresas que operan en Chile, su implementación se torna imprescindible si dichas empresas buscan participar en mercados extranjeros y tienen por finalidad el desarrollo sostenible.

PALABRAS CLAVES: empresas, derechos humanos, debida diligencia, *soft law*.

ABSTRACT: This paper aims to examine the binding force of the instruments that regulate corporate human rights due diligence in Chile. Soft law instruments were chosen by the international community to regulate the relationship between business and human rights. It is concluded that although it is not mandatory to corporate human rights due diligence in companies operating

* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: joaquin.schafer@edu.uai.cl ORCID: 0000-0003-4341-8098.

in Chile, its implementation becomes essential whether these companies seek to participate and aim at sustainable development.

KEYWORDS: business, human rights, due diligence, *soft law*.

INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado, el respeto por los derechos humanos se ha constituido como un valor principal que comparten la comunidad internacional y los Estados soberanos que la integran. Si bien en un primer momento el deber de proteger y no vulnerar estos derechos se predicaba solo respecto de los Estados, hoy se ha reconocido que existen otros actores cuyas acciones u omisiones pueden constituir vulneraciones o causar impactos negativos sobre los derechos humanos de personas y comunidades.

Aun cuando los instrumentos internacionales que regulan obligaciones en materia de derechos humanos tienen por principales destinatarios a los Estados, desde hace décadas se ha reconocido que las empresas, en particular transnacionales, pueden tener un papel protagónico en la materia. En términos generales, las compañías no pueden ser responsables internacionalmente por causar impactos negativos sobre derechos humanos con ocasión de sus actividades económicas, en los mismos términos que un Estado puede ser responsable por violaciones de dichos derechos, en especial, atendido que las primeras no se constituyen como sujetos de derecho internacional. Asimismo, exceden los objetivos esta investigación mencionar aquellos casos en que grupos o particulares comprometan la responsabilidad internacional del Estado, cuando este último incumple su obligación de prevenir e investigar violaciones a los derechos humanos¹.

La voz ‘derechos humanos’ tiene una serie de acepciones y su discusión es tierra fértil en la filosofía del derecho. Para efectos de este trabajo, en un sentido restringido, es posible afirmar que estos derechos consisten en ciertos atributos, facultades o capacidades que son reconocidos a todos los individuos

¹ Considérese el caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En 2001 en Ciudad Juárez desaparecieron tres mujeres y, aun cuando las familias denunciaron la desaparición, las autoridades no iniciaron mayores investigaciones y, meses después, se encontraron los cuerpos de las mujeres con signos de violencia sexual. A pesar de los recursos interpuestos por las familias, no se investigaron los hechos ni se sancionaron a los responsables. Con fecha 16 de noviembre de 2009, la CIDH declaró al Estado mexicano responsable de violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad personales, en tanto incumplió su deber de investigar y garantizar dichos derechos.

de la especie humana y cuya consagración positiva, así como respeto efectivo, se predica respecto todo sistema político-jurídico². Así y todo, es importante considerar que la aspiración de que todo ordenamiento jurídico reconozca los derechos humanos, como los proclaman los principales instrumentos internacionales en la materia, obedece, más bien, a un esfuerzo moderno de la tradición jurídica occidental³. Para el caso de las empresas, no existe un listado de derechos que deben ser respetados, atendido que deben ser respetados en su conjunto⁴. Asimismo, este trabajo sigue el concepto más amplio de empresa, entendida como la reunión de factores productivos, como el capital, el trabajo y la tecnología, bajo una dirección común y con el fin de producir ciertos bienes o servicios⁵, independiente de la forma jurídica que adopte.

A partir de lo anterior, es posible preguntarse en qué medida resultan aplicables a las empresas en Chile las obligaciones de respeto y no vulneración de los derechos humanos reconocidas por el derecho internacional. ¿Se encuentran obligadas en Chile las empresas a implementar procesos de debida diligencia en la materia? Con el objetivo de ensayar una respuesta a las preguntas propuestas, este trabajo analiza los instrumentos de *soft law* que establecen las reglas aplicables a la relación entre las empresas y derechos humanos y reflexiona respecto a la vinculatoriedad de estas.

Esta investigación se compone de tres partes. En primer lugar, se revisa el marco regulatorio internacional aplicable al proceso de debida diligencia en derechos humanos en la empresa en Chile, donde se identifican los esfuerzos fallidos de la comunidad internacional para contar con un tratado multilateral en la materia; el *soft law* como el mecanismo normativo para regular la relación entre las empresas y los derechos humanos y, por último, se responde la interrogante relativa a si las empresas son susceptibles de ser responsables internacionalmente en el evento de no incorporar dicho proceso en sus operaciones. En segundo lugar, se analizan los instrumentos de *soft law*. Por un lado, se identifican cuáles son sus funciones y, por el otro, se revisa cómo su adopción ha incentivado el debate legislativo en una serie de Estados. En tercer lugar, se revisa cómo ha sido abordado por el ordenamiento jurídico doméstico la adop-

² ALDUNATE (2008) pp. 45-47 y NOGUEIRA (2003) p. 58.

³ IGNATIEFF (2011) pp. 110-117.

⁴ Así y todo, el Principio 12 de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU de 2011, establece: “[...] la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos –que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo”.

⁵ Siguiendo a ORTEGA, PARRA y SCHÖNSTEINER (2022) pp. 5-8.

ción de instrumentos de *soft law* y en qué situación se encuentran las empresas que desarrollan actividades económicas en Chile. Para lo cual, por un lado, se analiza la implementación gradual y la autorregulación de las empresas y, por el otro, se colige que si las empresas nacionales desean ser competitivas, se torna imperativo contar con un proceso de debida diligencia en derechos humanos en el marco de sus actividades y operaciones. Por último, se ofrecen algunas conclusiones.

I. MARCO REGULATORIO INTERNACIONAL DEL PROCESO DE DEBIDA DILIGENCIA DE DERECHOS HUMANOS EN LA EMPRESA EN CHILE

En el entendido de que no existe un tratado internacional de carácter multilateral que regule la relación entre los derechos humanos y la obligación de las empresas de respetarlos, este apartado tiene por finalidad revisar los instrumentos normativos a partir de los cuales surge la responsabilidad empresarial por impactos negativos sobre estos derechos en Chile.

Con el objetivo de ensayar una respuesta a la cuestión,

- 1.º Se revisan los esfuerzos de la comunidad internacional por desarrollar un tratado internacional multilateral que regule la responsabilidad de las empresas en caso de afectar los derechos humanos.
- 2.º Se identifica que el camino que se ha seguido para regular la relación entre las empresas y los derechos humanos ha sido la vía del *soft law*, es decir, instrumentos normativos no vinculantes.
- 3.º Se responde la pregunta relativa a si las empresas pueden encontrarse en una hipótesis de responsabilidad internacional en el evento de no incorporar un proceso de debida diligencia en derechos humanos en el marco de sus operaciones.

1. Intentos por elaborar un tratado internacional multilateral en materia de empresas y derechos humanos

Los intentos de negociación y suscripción de un tratado internacional en materia de empresas y derechos humanos con carácter general y vocación de universalidad constituyen un esfuerzo de relativa larga data y escaso éxito. Desde fines del siglo pasado, los Estados recién descolonizados insistieron en un mayor control sobre las empresas transnacionales. Vale considerar que, hasta 1992, existía un proyecto de código de conducta sobre empresas transnacionales en la Comisión de las Naciones Unidas sobre Empresas Transnacionales, establecida

como seguimiento de un informe preparado por un grupo de expertos a solicitud del Consejo Económico y Social. Sin perjuicio de lo anterior, los esfuerzos de la Comisión resultaron infructuosos, en gran medida, atendido que los países en vías de desarrollo velaban celosamente por la soberanía sobre sus recursos naturales, mientras que los Estados con economías industrializadas estaban interesados en que las empresas de sus ciudadanos no recibieran un trato discriminatorio en ordenamientos jurídicos extranjeros⁶.

Junto con las desavenencias entre los Estados para elaborar un tratado en la materia, se ha señalado que los ensayos fallidos se deben, fundamentalmente, a que los países en vías de desarrollo necesitaban incentivar y atraer proyectos de inversión extranjera en sus economías⁷. En este sentido, vale considerar el caso de Chile que, luego del retorno a la democracia en 1990, emprendió una ambiciosa empresa por la apertura de su comercio y su economía, de manera tal que inició un intenso proceso de negociación y suscripción de tratados internacionales en materia económica⁸. A la fecha, ha suscrito más de una treintena de tratados bilaterales de inversión y más de una veintena de acuerdos de libre comercio con países de los cinco continentes⁹. En cifras de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), para 2020, se ubicó como el tercer país en la región con mayor recepción de inversión extranjera directa, siendo superado solo por México y Brasil¹⁰.

Así las cosas, si en algún momento la promoción de la inversión extranjera se relacionó con la desregulación del ordenamiento jurídico del Estado receptor¹¹, lo cierto es que la tendencia actual es que los tratados de inversiones y libre comercio incorporen disposiciones donde se reconozca el derecho de los Estados a legislar y a establecer restricciones relacionadas con determinados intereses, como la protección del ambiente¹². En este sentido, es menester relevar la importancia del desarrollo sostenible como uno de los objetivos en materia de políticas públicas del país. El desarrollo sostenible viene dado por la tríada formada por: el desarrollo social, el económico y el medioambiental; de

⁶ Para una revisión de los intentos fallidos por adoptar un acuerdo multilateral de responsabilidad de empresas por violación a los derechos humanos véase DE SCHUTTER (2006) pp. 1-17.

⁷ MUÑOZ DE MORALES (2020) pp. 967-968.

⁸ GUERRERO (2021) pp. 539-544.

⁹ Véase el listado de tratados internacionales en materia de inversiones suscritos y ratificados por Chile en SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES (2023).

¹⁰ CEPAL (2021) p. 81.

¹¹ CAPELLA (2008) p. 296.

¹² En el caso chileno, considérese el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (artículos 20.4 (1) y 9.16), el APPI entre Chile y Uruguay (artículo 14) y el APPI entre Chile y Hong Kong (artículo 15), los que incorporan disposiciones normativas expresas relativas al desarrollo de inversiones y la protección del ambiente, entre otros objetos regulatorios

manera tal que no es posible fomentar uno de estos en desmedro de otro. A partir de lo anterior, no resulta coherente defender el progreso económico sin tener a la vista la protección del ambiente y los factores e intereses sociales de una comunidad determinada. Por tanto, los proyectos de inversión extranjera son clave en el desarrollo sostenible, pero es necesaria orientarla en ese sentido¹³.

Aunque los intentos por un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en derechos humanos aún no rinden frutos¹⁴, lo cierto es que la ruta para regular esta situación cambió de rumbo y tomó el camino del *soft law*, es decir, del derecho no vinculante¹⁵. A partir de la adopción por consenso de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2011, la urgencia de lograr un acuerdo en la comunidad internacional por un instrumento vinculante en la materia se ha impuesto en la agenda internacional y regional.

2. Instrumentos internacionales que regulan el proceso de debida diligencia de derechos humanos en la empresa

Frente a los fallidos intentos de contar con un tratado internacional que establezca la responsabilidad de las empresas en casos de violación de derechos humanos, la respuesta normativa ha consistido en la adopción de instrumentos normativos no vinculantes. Bajo el concepto de *soft law*, se engloba una serie de instrumentos de diverso origen y contenido cuyo carácter dinámico puede parecer atractivo a la luz del derecho internacional; sin embargo, su naturaleza extraconvencional excede la característica fundamental de las fuentes de la disciplina: el consentimiento¹⁶.

Sin lugar a duda, el primer y principal instrumento de *soft law* que pretende regular la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos son los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, elaborados por el representante especial del secretario general para abordar la cuestión en las empresas transnacionales y otras empresas.

¹³ MANN (2016) pp. 292 y 322.

¹⁴ Bajo el alero del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en 2011 y por medio de la resolución 17/4 del Consejo, se creó un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos, cuyo objetivo es elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas en el derecho internacional de los derechos humanos. Para una reflexión sobre los desafíos de un tratado internacional sobre la responsabilidad empresarial en la materia, véase CANTÚ (2016) pp. 436-449.

¹⁵ MUÑOZ DE MORALES (2020) p. 968.

¹⁶ BENAVIDES (2021) pp. 4-5.

Si bien los Principios Rectores abrieron la senda regulatoria entre empresas y derechos humanos, es correcto afirmar que otras organizaciones internacionales adoptaron esta técnica y dictaron instrumentos normativos no vinculantes en la materia. A continuación, se ofrece una revisión normativa del contenido, alcance y obligatoriedad de estos cuerpos normativos:

a. Los Principios Rectores sobre las Empresas
y los Derechos Humanos de la ONU

El Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011 y, desde entonces, y pese a su carácter no vinculante, estos son la norma de referencia en empresas y derechos humanos, así como constituyen una guía para el “modelo empresarial sostenible”¹⁷. En cuanto a sus destinatarios, los Principios Rectores se aplican respecto de todos los Estados y todas las empresas sin distinción. Asimismo, el prólogo de los Principios recuerda que este instrumento no establece nuevas obligaciones de derecho internacional ni restringen o reducen las que un Estado haya asumido.

En términos generales, los Principios Rectores se dividen en tres pilares, sin embargo, respecto de las empresas, resulta aplicable solo el pilar II, atendido que el I y el III se encuentran dirigidos a los Estados. En relación con sus objetivos, en virtud de los Principios Rectores se espera que las empresas respeten los derechos humanos y ejerzan la debida diligencia empresarial. Esto implica, *grosso modo*, que las compañías adopten una política pública de derechos humanos, apliquen la debida diligencia, mitiguen los impactos de sus actividades en estos derechos, provean de mecanismos de denuncia, transparenten sus impactos en dichos derechos y, en caso de vulneraciones, cuenten con mecanismos de reparación e indemnización¹⁸.

Respecto al pilar II de los Principios Rectores, este se divide en “principios fundacionales” (PR 11 al 15) y “principios operativos” (PR 16 al 24). En general, los principios fundacionales establecen los deberes generales de respeto de derechos humanos a los que se encuentran sujetos las empresas, mientras que los principios operativos entregan medidas concretas que las empresas deben cumplir en el contexto de sus diversas operaciones. Ahora bien, los principios operativos se clasifican según la temática que tratan, a saber:

- compromiso político (PR 16);
- la debida diligencia en materia de derechos humanos (PR 17 a 21);
- reparación (PR 22) y
- cuestiones generales de contexto (PR 23 y 24)¹⁹.

¹⁷ MUÑOZ DE MORALES (2020) pp. 968-972.

¹⁸ SCHÖNSTEINER (2016) pp. 130-131.

¹⁹ Por un lado, el PR 23 se refiere a las cuestiones que debe considerar una empresa al implementar el proceso de debida diligencia según el país en que se desarrolle su actividad econó-

En primer lugar, el compromiso político consiste en una declaración que debe ser adoptada por el más alto nivel de la empresa y debe estar publicado. La adopción de esta declaración permite a la comunidad y ciudadanos conocer los compromisos en derechos humanos de la empresa y reclamar en caso de que la empresa no cumpla con alguno de sus productos y servicios²⁰.

Enseguida, la debida diligencia comprende un proceso continuo en la empresa con el objetivo de identificar, prevenir, mitigar y responder ante los impactos negativos que causen las actividades de la compañía sobre los derechos humanos de una comunidad. La debida diligencia constituye un plan que incluye una evaluación del impacto de las actividades sobre dichos derechos, la integración de estas conclusiones y la actuación al respecto. Junto con lo anterior, se debe realizar un seguimiento de las respuestas y divulgar la forma en que la empresa se hace cargo de las consecuencias negativas. Si bien este proceso se puede orientar en el sentido de cumplir con la normativa vigente (por ejemplo: ambiental, de consulta indígena o laboral) el objeto de la debida diligencia en materia de derechos humanos es ir más allá de lo que exige la ley²¹.

Por último, en el caso de que las empresas determinen que han provocado o contribuido en provocar consecuencias negativas sobre los derechos de una persona o comunidad, deben repararlos o contribuir a su reparación por medios legítimos²².

b. Las Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales

A su vez, la OCDE ha desarrollado una guía para las empresas multinacionales, como una suerte de recomendaciones dirigidas a los gobiernos de empresas que operan en un Estado adherente o que tiene su sede en alguno de ellos, como es el caso de Chile a partir de 2010. Su última revisión tuvo lugar en 2011, al dictarse las *Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales* y su principal novedad fue la inclusión de un capítulo sobre derechos humanos,

mica. Por el otro, el PR 24 tiene relación con el caso en que sea necesario establecer prioridades, la empresa debe empezar por abordar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos por orden de gravedad, a fin de que una respuesta tardía no implique una afectación irremediable.

²⁰ ORTEGA, PARRA y SCHÖNSTEINER (2022) p. 56.

²¹ *Op. cit.* p. 57.

²² Estos mecanismos de reparación pueden ser tanto judiciales como extrajudiciales. En el caso de los últimos, el PR 31 ofrece los criterios de eficacia, a saber: legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes, compatibles con los derechos humanos, deben constituir una fuente de aprendizaje continuo y basarse en la participación y diálogo de los grupos interesados. Algunos ejemplos de mecanismos de reparación extrajudicial son: compensaciones pecuniarias, disculpas públicas, restitución de derechos, garantías de no repetición, entre otros.

tomando como punto de partida los Principios Rectores de la ONU. En general, las principales adiciones aportadas por el capítulo IV a las directrices son, en primer lugar, la inclusión de una responsabilidad de las empresas de contar con procedimientos de debida diligencia para identificar, prevenir y, en su caso, remediar los impactos negativos en estos derechos y, en segundo lugar, la responsabilidad de supervisar sus cadenas de suministro y sus círculos de negocios, a fin de alentar una conducta empresarial responsable durante todo el ciclo productivo²³.

Junto con lo anterior, vale considerar la figura de los Puntos de Contacto Nacional (PCN) que constituyen las instancias a partir de las cuales la OCDE determinó darse seguimiento puntual a la implementación de las *Líneas directrices*, permitiendo que, al momento de surgir controversias respecto a su adecuada implementación, existiera un mecanismo ante el cual acudir²⁴. Asimismo, estos permiten ayudar a las empresas y a las partes interesadas a tomar las medidas necesarias para impulsar la aplicación de estas directrices²⁵.

La obligatoriedad de las *Líneas directrices*, su prólogo indica que corresponden a recomendaciones que:

“contienen principios y estándares no vinculantes para una conducta empresarial responsable dentro del contexto global, conformes con las leyes aplicables y las normas reconocidas internacionalmente”.

El único elemento vinculante de estas es el compromiso obligatorio de los Estados para promover la aplicación de tales prácticas, en el entendido de que las directrices constituyen el principal marco de referencia en el ámbito internacional sobre conducta empresarial responsable²⁶. En este mismo sentido, vale relevar que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos V, VI y VII de la Convención de la OCDE, las decisiones adoptadas por el Consejo de la Organización resultan vinculantes para los Estados que las han suscrito²⁷.

c. La Declaración Tripartita de Principio sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional de los Trabajadores (OIT)

La Declaración constituye un resumen de la forma en que los principios de los convenios y recomendaciones de la OIT resultan aplicables a las empresas. La primera versión de la Declaración fue negociada y adoptada por los

²³ CANTÚ (2015) pp. 634-635.

²⁴ SCHLIEMANN (2019) pp. 54-55.

²⁵ CANTÚ (2015) pp. 639-647.

²⁶ *Op. cit.* pp. 636-638.

²⁷ GUAMÁN (2018) p. 228.

gobiernos, los empleadores y los trabajadores en 1977, mientras que la última fue acordada en marzo de 2017, mediante el documento GB.329.POL/7.

Junto con considerar las obligaciones que surgen de los convenios que ha suscrito el Estado de Chile en el marco de la OIT, una de las principales novedades de la última revisión de la Declaración consiste en que consideran las estructuras particulares que incorporan las empresas multinacionales. A su vez, cabe considerar que la Declaración hace referencia de manera expresa en su punto 10, de objetivo y ámbito de aplicación, a los Principios Rectores de la ONU y encomienda su observancia. Por último, vale relevar que la Declaración contempla un anexo con referencias a todos los convenios y recomendaciones de la OIT por derechos humanos, por ejemplo, libertad sindical y colectiva, igualdad de trato, entre otros²⁸.

3. *¿Pueden las empresas encontrarse en una hipótesis de responsabilidad internacional por no incorporar un proceso de debida diligencia en derechos humanos?*

Como fue señalado, pese a los esfuerzos desde la segunda mitad del siglo pasado y la existencia de distintos cuerpos de *soft law* que regulan la materia, aún no existe un tratado internacional de carácter multilateral que establezca la obligación de las empresas de implementar un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos, así como tampoco de responder internacionalmente por los impactos negativos causados sobre dichos derechos con ocasión del desarrollo de su actividad económica.

En el marco del derecho internacional, los Estados son titulares de una serie de obligaciones, las que *grosso modo* se pueden agrupar de la siguiente forma: por un lado, de prevenir y proteger, es decir, crear las condiciones jurídicas y materiales necesarias para el efectivo ejercicio de los derechos humanos. Por el otro, de reaccionar, en el sentido de investigar y sancionar, según su ordenamiento, cualquier violación a dichos derechos²⁹. En el caso de incumplir con alguna de estas reglas, el Estado en cuestión puede ser responsable por la comisión de un hecho internacionalmente ilícito según el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Ilícitos³⁰. Ahora bien, para el caso de los derechos humanos las obligaciones que surgen para el Estado son de cese de la violación, asegurar y ofrecer garantías de no

²⁸ ORTEGA, PARRA y SCHÖNSTEINER (2022) p. 52.

²⁹ Para el caso chileno, téngase en especial consideración el marco regulatorio de la Convención Americana de los Derechos Humanos. MEDINA (2017) pp. 20-25.

³⁰ DIEZ DE VELASCO (2017) pp. 823-838.

repetición y reparar o compensar a los afectados³¹. A su vez, cabe recordar lo siguiente: los Estados, como destinatarios y susceptibles de ser responsables por un hecho internacionalmente ilícito, desempeñan un papel fundamental en la formación de las fuentes del derecho internacional: son quienes, a través del consentimiento, crean la vinculación jurídica que regula la sociedad internacional³². Desde luego, el *soft law* y los instrumentos donde se contienen las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos carecen de dicha característica.

Las empresas no pueden ser responsables internacionalmente por causar impactos negativos con ocasión de sus actividades económicas, en los mismos términos que un Estado puede ser responsable por violaciones de derechos humanos, en particular, atendido que las primeras no se constituyen como sujetos de derecho internacional³³. Los sujetos de derecho internacional público son, por antonomasia, los Estados. Existen hipótesis en que se les reconocen derechos y obligaciones e, incluso, *ius standi*, a personas distintas del Estado³⁴. Ahora bien, lo anterior tienen lugar en determinadas materias, como el arbitraje de inversiones, y se encuentra siempre amparado en un tratado internacional suscrito y ratificado entre Estados, en virtud de su *ius tractatum*, como sujetos del derecho internacional³⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha argüido que para las empresas el caso es distinto cuando son de propiedad del Estado. Así, la pregunta se orienta en el sentido de si las empresas públicas tienen obligaciones de respetar los derechos humanos en el mismo sentido y alcance que los órganos del Estado. Para el caso de Chile se ha dicho que, atendido el marco regulatorio aplicable a las empresas públicas, estas se encuentran bajo la injerencia directa del poder estatal, en particular del gobierno, en la aprobación y gestión de los proyectos de las compañías, lo que permite concluir que sus actos y omisiones son atribuibles directamente al Estado de Chile, según las reglas del proyecto³⁶.

³¹ MEDINA (2017) p. 25.

³² BENAVIDES (2021) p. 4.

³³ A pesar de que los actores y quienes participan en el ordenamiento jurídico internacional es cada vez mayor, los Estados constituyen el sujeto de derecho internacional por excelencia. SHAW (2008) p. 197.

³⁴ DIEZ DE VELASCO (2017) pp. 876-885.

³⁵ El arbitraje de inversiones como el método de resolución de conflictos de relevancia jurídica entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, cuyo fundamento jurídico surge de los tratados de inversiones suscritos y ratificados entre el Estado receptor y el Estado del que es ciudadano el inversor. LIM, Ho & PAPANISKIS (2018) pp. 1-2.

³⁶ Según el análisis realizado por SCHÖNSTEINER, MARTÍNEZ y MIRANDA (2020) pp. 758-758 y 771-776, siguiendo un test derivado del proyecto y las interpretaciones de los tribunales arbitrales, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aunque no es posible afirmar que las empresas sean responsables internacionalmente por los impactos negativos que causen sus actividades sobre los derechos humanos de personas, esto no implica que dichas acciones no sean susceptibles de ser sancionadas de acuerdo con el ordenamiento doméstico. Según se indicó, es deber del Estado prevenir y asegurar que el ejercicio de los derechos humanos sea efectivo en su país³⁷. De esta forma, en el evento en que dichas acciones contemplen supuestos que activen otros remedios que tenga el ordenamiento para los ciudadanos afectados, estos podrán ser activados³⁸. A modo ilustrativo, considérese la acción de protección del artículo 20 del texto constitucional.

Por último, si bien parece meridianamente claro que el Estado puede ser responsable en las hipótesis en que vulnere los derechos humanos de sus ciudadanos, incluso por medio de las empresas de su propiedad o con su participación, no es posible afirmar que la situación sea la misma respecto del resto de compañías. A su vez, los instrumentos normativos que contienen las obligaciones de empresas respecto a contar con un compromiso político, implementar un proceso de debida diligencia y reparar los impactos negativos que causen sobre los derechos humanos de personas, comparten una misma característica: constituyen *soft law*. Ahora bien, queda pendiente develar la cuestión relativa a la fuerza normativa de los instrumentos de *soft law*, lo que se analizará a continuación.

II. VINCULATORIEDAD DE LAS REGLAS CONTENIDAS EN INSTRUMENTOS DE *SOFT LAW*

Atendido que la vía escogida para regular la relación, a veces problemática, entre empresas y derechos humanos ha sido el *soft law*, este apartado se propone identificar cuál es la efectiva vinculatoriedad que tienen dichos instrumentos en el ordenamiento jurídico chileno.

Para lo anterior, si bien se concluye que los instrumentos de *soft law* no gozan de fuerza normativa vinculante respecto de los sujetos que pretenden regular, es posible identificar a lo menos las siguientes funciones:

- 1.º Constituyen un insumo para la creación de una posterior fuente formal del derecho y sirven como un elemento contextual para la interpretación de una fuente del derecho internacional.

³⁷ MEDINA (2017) pp. 20-25.

³⁸ De acuerdo con ORTEGA, PARRA y SCHÖNSTEINER (2022) pp. 116-143, estos se pueden ser agrupados en el marco de la justicia penal, administrativa, civil, constitucional, ambiental y laboral.

- 2.º Se identifica que la adopción de instrumentos de *soft law* ha incentivado el debate legislativo en una serie de países y, en consecuencia, se han dictado una serie de instrumentos vinculantes internos que incorporan el proceso de debida diligencia de derechos humanos en la empresa.

1. Valor normativo del *soft law*

Si bien no existe un concepto unívoco de lo que significa *soft law*, para efectos de este trabajo es posible delimitarlo como un instrumento, cualquiera sea su denominación, que no sea constitutivo de tratado internacional y que contenga principios, reglas u otras declaraciones cuyas disposiciones se espera sean cumplidas por los sujetos de derecho internacional. A su vez, también reciben esta denominación las disposiciones de un tratado internacional que no son vinculantes para los Estados contratantes. De esta forma, bajo la noción de *soft law* se agrupan un variopinto de instrumentos internacionales con variadas características y de acuerdo con distintas denominaciones como, por ejemplo, opiniones, documentos, declaraciones, entre otras³⁹.

Sin perjuicio de las disímiles características que existen entre los instrumentos que reciben el nombre de *soft law*, existe un elemento en común que las reúne, a saber, la no vinculatoriedad de sus disposiciones, es decir, no constituyen derecho⁴⁰. Según la tradicional teoría de las fuentes que distingue entre formales y materiales, no es posible catalogar a los instrumentos *soft law* como una fuente formal del derecho internacional, ya que no se constituyen como una norma jurídica vinculante y su inobservancia no implica una hipótesis de responsabilidad internacional. Sin perjuicio de lo anterior, sí es posible catalogar a estos instrumentos como fuentes materiales del derecho, toda vez que representan un papel en la creación y comprensión de las primeras⁴¹. En este sentido, no es infrecuente que órganos multilaterales dicten resoluciones no vinculantes con el objetivo de asistir a los Estados en el cumplimiento de las disposiciones de un tratado internacional⁴².

Un elemento fundamental que distingue el *soft law* de las fuentes tradicionales del derecho internacional es la ausencia del consentimiento del destinatario de las obligaciones contenidas en el instrumento. Esta disciplina se articula como un ordenamiento jurídico que tiene por finalidad regular una especial sociedad, cual es la comunidad internacional, la que se encuentra integrada por

³⁹ SHELTON (2003) p. 166; SHAW (2008) p. 117 y GARDINER (2003) pp. 100-101.

⁴⁰ SHAW (2008) p. 117.

⁴¹ BENAVIDES (2020) pp. 5-6.

⁴² SHELTON (2003) p. 167.

una serie de Estados. En cada una de las fuentes del derecho internacional⁴³ se encuentra presente el consentimiento para crear la vinculación jurídica entre los sujetos de derecho. A modo ilustrativo, en el derecho convencional este consentimiento consta por medio de la ratificación, mientras que, en el caso de las sentencias, fundan su vinculación a través del consentimiento entregado por el Estado al someterse a dicha jurisdicción. En el caso del *soft law*, aquello no tiene lugar en todo caso⁴⁴.

Atendido que el rasgo distintivo del *soft law* es que no constituyen derecho en los términos del derecho internacional, tanto desde la perspectiva de su creación como desde la fuerza vinculante, es posible indicar que su aplicación normativa deriva de la voluntariedad del destinatario de sujetarse, o no, a dicha regla. Esta voluntariedad no es nueva en el derecho internacional, como se examinó en el párrafo precedente. Para el caso de empresas y derechos humanos, hay quien dice que esta voluntariedad de los instrumentos de *soft law* es solo aparente, atendido que los intereses conforme a los que una compañía determina su actividad son distintos de aquellos de un órgano público; en este sentido, dado que las empresas requieren generar ganancias económicas para permanecer con éxito en el mercado, su conducta irresponsable en el ámbito de los derechos humanos podría acarrear una mala reputación que se traduzca en un déficit financiero⁴⁵.

Pese a que los instrumentos de *soft law* no constituyen derecho en términos de las fuentes del derecho internacional ni desprenden sus efectos normativos en el ordenamiento interno como si se tratase de un tratado internacional (*cfr.* artículo 5.º inciso segundo y artículo 54 n.º 2 de la Carta Fundamental), es posible sostener que dichos instrumentos pueden constituir un “prederecho”⁴⁶, así como desempeñar un papel en la interpretación de las reglas del derecho internacional⁴⁷. Aún hay quien indica que el seguimiento de las reglas contenidas en un instrumento de *soft law* puede constituir la *opinio iuris sive necessitatis* necesaria para crear costumbre internacional⁴⁸.

En el campo del derecho ambiental internacional, atendido el dinamismo de la disciplina, se ha utilizado ampliamente la figura del *soft law* para com-

⁴³ Si bien el artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece un elenco más o menos completo de las fuentes de derecho internacional, es posible concluir que este listado no es taxativo y existen fuentes no contempladas allí, como los actos jurídicos unilaterales. SHAW (2008) pp. 69-71.

⁴⁴ BENAVIDES (2020) pp. 4-5.

⁴⁵ CANTÚ (2015) pp. 636-637.

⁴⁶ Desde luego, considérese que instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye una forma de *soft law*, atendido que no se constituye como un tratado internacional. PAÚL (2021) p. XIX.

⁴⁷ BENAVIDES (2020) p. 11.

⁴⁸ PAÚL (2021) pp. XVIII-XIX.

plementar las disposiciones de un tratado internacional de carácter ambiental o, bien, para guiar a los Estados-parte en el cumplimiento de sus obligaciones. Incluso, hay casos en que los Estados han recepcionado en su ordenamiento doméstico las disposiciones contenidas en un instrumento de *soft law*. A modo ilustrativo, en relación con la Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar), según su artículo 6.º, se celebran cada tres años las Conferencias de las Partes Contratantes (COP) donde se aprueba el plan de trabajo para cada trienio y se adoptan las decisiones administrativas relativas a la aplicación de la Convención de Ramsar, bajo el rótulo de resoluciones o recomendaciones. En este sentido, el *soft law* que ha surgido de las COP ha servido para interpretar y nutrir las obligaciones de la Convención; en este sentido, es conocido el caso en que un proyecto de centro turístico fue rechazado en la isla de Bonaire, en las Antillas Neerlandesas, en cuanto el Gobernador de la isla se percató de que el proyecto infringía el artículo 3 de la Convención y los lineamientos adoptados en el anexo de la resolución VIII⁴⁹.

Por último, si bien parece meridianamente claro que los instrumentos de *soft law* no gozan de un valor normativo vinculante respecto de los Estados o sujetos que pretenden regular, sí es posible concluir que cuentan, a lo menos, con dos funciones. Por un lado, dichos instrumentos constituyen un eventual insumo para la creación de una posterior fuente formal del derecho internacional, es decir, un “prederecho”. Por el otro, las disposiciones contenidas en un documento de *soft law* sirven como un elemento de contexto para la interpretación de una fuente del derecho internacional, según el artículo 31 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), así como para guiar a los sujetos en el cumplimiento de las obligaciones que han pactado en virtud del *ius tractatum*.

2. Debate legislativo interno para implementar el proceso de debida diligencia en derechos humanos en la empresa

No es una cuestión pacífica aquella relativa a cómo un Estado debe incorporar las reglas de derecho internacional a su ordenamiento doméstico, en particular los tratados internacionales que suscribe y ratifica. En este sentido, en términos generales, existe cierto consenso en cuanto queda en manos del ordenamiento interno de que se trate⁵⁰. En dicho contexto, cabe destacar que la situación respecto de los instrumentos de *soft law* no mejora. Por un lado, no constituyen una

⁴⁹ VERSCHUUREN (2008) pp. 26-34.

⁵⁰ FUENTES (2021) pp. 26-31 y SHAW (2008) pp. 129-133.

fuente formal del derecho internacional y carecen de fuerza vinculante en la disciplina. Por el otro, no parece claro cómo debe reaccionar el operador jurídico frente a la adopción de un instrumento de *soft law*, sea un tribunal de justicia, un órgano administrativo, el legislador o, incluso, una empresa.

Aun en los casos en que las disposiciones de un tratado internacional requieran de un acto normativo interno que dote de contenido sus disposiciones⁵¹, los autores han destacado que la adopción de tratados internacionales ha influido de manera sustancial en los debates políticos nacionales⁵². Para el caso de los instrumentos de *soft law*, aun en el caso de que sean dictados a propósito de un tratado internacional, si bien no constituyen tal, se ha dicho que son usados como un mecanismo para presionar por cambios legales y regulatorios en el ámbito doméstico⁵³.

A partir de lo anterior, en una serie de Estados, principalmente en Europa, han incorporado en su ordenamiento domésticos instrumentos regulatorios relativos a la responsabilidad de las empresas por sus impactos negativos sobre los derechos humanos⁵⁴. Estos cuerpos normativos vinculantes en los Estados, que fueron dictados, implican la concreción de los principios y líneas que constan en los instrumentos de *soft law* previamente analizados.

En primer lugar, es posible hacer referencia a la Modern Slavery Act, dictada en 2015 en el Reino Unido, cuyo objetivo consiste en combatir las formas de esclavitud moderna a través del fortalecimiento de la institucionalidad pública asociada y la tipificación de delitos asociados a la esclavitud y trata de personas⁵⁵. Enseguida, el caso de la Loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre, promulgada en Francia en 2017, que establece la obligación para las empresas⁵⁶ de contemplar y ejecutar un plan de vigilancia y, en caso de incumplir sus obligaciones destinadas a prevenir violaciones graves sobre los derechos humanos y el ambiente, incluso cuando

⁵¹ Recordando la clasificación entre tratados internacionales autoejecutables y aquellos que no lo son. Vale considerar que esta distinción no permite aseverar que en el caso de que la disposición de un tratado no sea autoejecutable pierde fuerza la normatividad del tratado: este sigue siendo vinculante para los Estados contratantes. ALDUNATE (2010) pp. 201-202.

⁵² MÜLLER (2015) pp. 511-512 y JACKSON (1997) pp. 10-11.

⁵³ PAÚL (2021) p. XIX.

⁵⁴ GUAMÁN (2018) p. 223.

⁵⁵ MANTOUVALOU (2018) pp. 1019-1022.

⁵⁶ La ley no es aplicable a todas las empresas por igual. Según su artículo L. 225-102-4, el plan de vigilancia debe ser adoptado, por un lado, por empresas con al menos cinco mil trabajadores en ella y sus filiales directas o indirectas con domicilio social (*siège social*) en territorio francés y, por el otro, por las empresas con al menos diez mil trabajadores entre la empresa principal y sus filiales directas o indirectas con domicilio social en territorio francés o en el extranjero.

sean cometidas por sus filiales directas o indirectas, serán responsables y deberán reparar el daño que el cumplimiento de estas obligaciones hubiera permitido evitar⁵⁷. Asimismo, es posible tener en especial consideración que, con fecha 1 de julio de 2022, el reino de Noruega incorporó en su legislación la *Åpenhetsloven*, o ley de transparencia, por medio de la cual se exige a las empresas llevar a cabo proceso de diligencias debidas para detener, prevenir y limitar los impactos negativos sobre los derechos humanos y velar por las condiciones de trabajo dignas⁵⁸.

Así y todo, es menester destacar el caso alemán, donde en 2021⁵⁹ se aprobó la *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* (LkSG), o ley de diligencia debida en la cadena de suministro, que tiene por objetivo exigir que las empresas, junto con sus proveedores, cumplan en sus operaciones con las obligaciones de diligencia debida, tanto en materia de derechos humanos como en ambiente. Las compañías deberán identificar sus riesgos de violación de dichos derechos y destrucción del ambiente en los proveedores directos y, en el evento de obtener un “conocimiento comprobado” de un posible abuso o violación, aun si se trata de proveedores indirectos, deben tomar medidas y documentarlas ante la Oficina Federal de Asuntos Económicos y Control de Exportaciones, o *Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle* (BAFA). La BAFA puede sancionar con multas a las compañías que violen sus obligaciones de debida diligencia. Las empresas, con una facturación global anual igual o superior a cuatrocientos millones de euros, pueden verse obligadas a pagar multas de hasta el 2 % de su facturación global anual (§24). Asimismo, las compañías que han sido multadas con un mínimo de € 175 000 pueden ser excluidas de la contratación pública hasta por tres años (§22). A partir de su promulgación y entrada en vigencia, se ha dicho que la ley alemana es una de las más ambiciosas en su tipo, atendida el número de compañías que deberán incorporar la debida diligencia en sus operaciones⁶⁰.

A la luz del análisis comparado, es posible identificar que una serie de países han promulgado instrumentos vinculantes que incorporan obligaciones

⁵⁷ GUAMÁN (2018) pp. 237-245.

⁵⁸ Según el artículo §3. a. de definiciones, la ley resulta aplicables para empresas que cumplan con, a los menos, dos de los siguientes criterios: (i) ingresos anuales por ventas de al menos setenta millones de coronas noruegas; (ii) un balance total de al menos treinta y cinco millones de coronas noruegas y (iii) al menos cincuenta empleados de tiempo completo en un año fiscal. A partir de lo anterior, es posible considerar que el ámbito de aplicación de la ley noruega es significativamente superior a su par francesa.

⁵⁹ Conforme al párrafo 1 §1 (1), de la LkSG, la ley entró en vigor el 1 de enero 2023 y se aplica inicialmente a las empresas con tres mil o más empleados. Posteriormente, a partir de 2024, será también aplicable a las compañías con mil empleados o más.

⁶⁰ GRABOSCH (2021) pp. 17-18.

alasesempresasenmateriadederechoshumanos,enparticular,seestableceel deber de cumplir con procesos de debida diligencia y vigilancia de sus operaciones y filiales. A partir de aquello, es posible aseverar que la adopción de instrumentos de *soft law* ha incentivado el debate legislativo interno de los países, de manera tal que las empresas que operan o tienen sede social en dichos países deben incorporar en sus operaciones la prevención y mitigación de impactos negativos que causen sobre los derechos humanos de personas. Ahora bien, de momento en Chile no ha existido una discusión legislativa relativa a la implementación de una obligación general a empresas con el objetivo de que sean responsables por los impactos de sus actividades sobre dichos derechos.

III. LA SITUACIÓN DE LAS EMPRESAS EN CHILE

Atendida la inexistencia de un tratado internacional multilateral que regule las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos y la discutida vinculatoriedad de los instrumentos de *soft law* que regulan dicha relación, se hace necesario identificar cómo ha sido abordado por el ordenamiento jurídico nacional. De esta forma, este apartado tiene por objetivo identificar en qué situación se encuentran las empresas en Chile y cuáles son sus obligaciones a la luz del derecho doméstico.

A partir del objetivo propuesto:

- 1.º Se identifica cómo ha sido recepcionado en el ordenamiento doméstico la figura de la debida diligencia en derechos humanos, la que se ha caracterizado por una implementación gradual a partir de los Planes de Acción Nacional y por la autorregulación de las empresas.
- 2.º A su vez, se concluye que si las compañías nacionales guardan intenciones de participar en determinados mercados extranjeros, se hace imprescindible contar con procesos de debida diligencia en derechos humanos en el marco de sus actividades y operaciones.

1. Recepción en el ordenamiento doméstico de la exigencia de debida diligencia en derechos humanos

A diferencia de otros países, en Chile no existe un instrumento con rango legal que obligue a las empresas a contar con un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos, así como tampoco es posible observar un debate legislativo relativo a la idea de contar con una ley en el asunto. Ahora bien, el ordenamiento doméstico cuenta con una batería de remedios en caso de que existan vulneraciones a estos derechos por parte de privados, como las empresas. En

primer lugar, a propósito del *ius puniendi*, el Estado puede castigar determinadas conductas constitutivas de afectaciones de derechos humanos, ora a través de la tipificación de estas en delitos, ora por medio de la potestad sancionadora de la Administración. Enseguida, por medio de la justicia civil es posible obtener reparaciones, especialmente indemnizaciones, para las víctimas. A su vez, la acción constitucional de protección se configura como la tutela cautelar sobre derechos constitucionales potencialmente conculcados. Por último, los tribunales especiales son competentes para conocer de casos donde existen impactos negativos sobre los derechos humanos, sea a propósito de las relaciones que una empresa tiene con los territorios y comunidades en los que opera, que es el caso de la justicia ambiental; sea en relación con los derechos de los trabajadores, como en sede laboral⁶¹.

Si bien Chile no cuenta con una ley que regule explícitamente la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos y su obligación de implementar un proceso de debida diligencia, es posible indicar que la respuesta normativa del Estado en la materia se ha orientado en el sentido de crear un comité para el plan de acción nacional de derechos humanos y empresas y la elaboración de dichos planes, con el objetivo de implementar los Principios Rectores de Naciones Unidas, de manera tal de reconocer el cuerpo de derecho internacional de protección de los derechos humanos y visibilizar el papel de las empresas en este campo⁶².

Por medio del decreto supremo n.º 169, de 12 de septiembre de 2017, se crea el Comité para el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas, compuesto por una serie de ministerios, cuya finalidad es proponer al Presidente de la República las políticas y acciones destinadas a dar cumplimiento al Plan de Acción Nacional (PAN) de Derechos Humanos y Empresas. En este sentido, debe asesorar al Presidente en la implementación de dichas estrategias y políticas, así como velar por el cumplimiento de las medidas y acciones adoptadas en esta materia. Si bien en un principio la secretaría ejecutiva del Comité se encontraba radicada en la subsecretaría de Relaciones Exteriores (artículo 4.º), por medio del decreto supremo n.º 28, de 5 de marzo de 2019, se estableció que dicho papel recae en la subsecretaría de Derechos Humanos. A partir del mandato encomendado al Comité, a la fecha, se han dictado dos PAN de derechos humanos y empresas en Chile.

En el marco del mandato encargado por el D.S. n.º 169, de 2017, con fecha 21 de agosto de 2017, la subsecretaría de Relaciones Exteriores dictó el primer Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile. El PAN tuvo una duración de tres años, es decir, desde 2017 a 2019 y su objetivo principal consiste en:

⁶¹ ORTEGA, PARRA y SCHÖNSTEINER (2022) pp. 116-129 y 137-143.

⁶² PAN DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS EN CHILE (2017) p. 28.

“instalar en Chile una cultura de respeto de los derechos humanos en la actividad empresarial con el fin de prevenir los impactos negativos y, de ser posible ir más allá del respeto, potenciando los aportes positivos que las empresas pueden dar a la sociedad y su entorno”.

Asimismo, a propósito de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, indica que el gobierno de Chile espera que las empresas: cumplan y respeten la legislación existente; se familiaricen con los instrumentos internacionales de responsabilidad social, como las Líneas Directrices de la OCDE; apliquen la debida y establezcan mecanismos operacionales de reclamación que les permitan identificar potenciales impactos y repararlos en caso de que sucedan⁶³.

Posteriormente, atendida la modificación realizada por medio del D.S. n.º 28, de 2019, con fecha 4 de marzo de 2022 le correspondió a la subsecretaría de Derechos Humanos dictar el segundo Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas 2022-2025, por medio de la resolución exenta n.º 78, de 10 de marzo de 2022, que aprueba acta de la novena sesión del Comité para el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas. Junto con detallar la implementación de la primera versión del PAN, el objetivo principal del nuevo plan consiste en:

“consolidar una cultura de respeto de los derechos humanos en la actividad empresarial, en base a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos humanos de Naciones Unidas”.

Vale considerar las acciones que considera el Plan, dentro de las cuales se destacan: el aumento del conocimiento de la Norma Chilena de Igualdad de Género y Conciliación de la Vida Laboral, Familiar y Personal (NCh3262), que permite certificar a organizaciones que implementan sus requisitos, en las empresas públicas y privadas en el ámbito nacional (ID 2.3.34) y el fortalecimiento del conocimiento sobre las temáticas que considera la NCh3262 (ID 2.3.35), siendo la institución responsable de su implementación el Ministerio de la Mujer y la Equidad de Género⁶⁴.

Si bien Chile no cuenta con una norma vinculante de carácter general que establezca la obligación para las empresas de contar con un compromiso político ni de implementar procesos de debida diligencia de derechos humanos en sus actividades, vale tener en especial consideración que la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), en el marco de las competencias que le atribuye el artículo 5º n.º 1 de la Ley n.º 21000, con fecha 12 de noviembre de 2021

⁶³ PAN DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS EN CHILE (2017) pp. 26-27, 65 y 90.

⁶⁴ SEGUNDO PAN DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS (2022) pp. 25 y 58-59.

dictó la Norma de Carácter General (NCG) n.º 461 que incorpora temáticas de sostenibilidad y gobierno corporativo en la memoria anual de las entidades sujetas a su fiscalización⁶⁵. En concreto, las compañías deberán indicar, en su perfil de identidad, si adhieren a los Principios Rectores de la ONU (I. 4. 2.), así como dar cuenta de cómo incorporan en su gobierno corporativo un enfoque de respeto a los derechos humanos en los distintos procesos de evaluación y definiciones estratégicas (I. 4. 3.1.). Lo anterior se debe replicar también en su sistema de gestión de riesgos (I. 4. 3.6.) y en la descripción de los objetos estratégicos de la compañía (I. 4. 4.2.). Desde luego, aunque es facultativo que la empresa adhiera a los Principios Rectores, la NCG n.º 461 dispone una serie de elementos que obliga a las compañías a evaluar el desarrollo de sus actividades en el marco del respeto a los derechos humanos. Desde luego, en el caso de incumplir la NCG n.º 461 es menester tener a la vista la potestad sancionadora que goza la CMF.

A la luz de lo expuesto, es posible sostener dos ideas. Por un lado, la respuesta normativa del Estado de Chile ante la adopción de instrumentos de *soft law* sobre empresas y derechos humanos se ha orientado en el sentido de dictar Planes de Acción Nacional, los que, aunque no son cuerpos vinculantes que establezcan obligaciones para las empresas, buscan implementar los instrumentos internacionales en Chile de manera gradual a través de acciones. Por el otro lado, a partir del escaso debate legislativo en la materia y la dictación de la NCG n.º 461, parece ser que la vía que ha adoptado Chile para implementar la debida diligencia de derechos humanos en la empresa es la autorregulación.

2. El papel de las empresas chilenas

Atendida la recepción en el ordenamiento doméstico de la exigencia de debida diligencia de derechos humanos en la empresa de los instrumentos internacionales de *soft law* es posible indicar que se caracteriza por dos elementos: no vinculatoriedad y autorregulación. La primera, en tanto el Estado de Chile ha implementado los Principios Rectores por medio de Planes de Acción Nacional

⁶⁵ Se hace presente que su entrada en vigor será gradual (III). En primer lugar, las para sociedades anónimas abiertas que superen el equivalente a veinte millones de UF en activos totales consolidados, calculados a la fecha de inicio del ejercicio a que se refiere la memoria entró en vigor a partir del 31 de diciembre de 2022. Enseguida, para las sociedades anónimas abiertas que superen el equivalente a un millón de UF en activos totales consolidados calculados a la fecha de inicio del ejercicio a que se la memoria entrará en vigor a partir del 31 de diciembre de 2023. Por último, para las sociedades anónimas especiales como los bancos, entidades de infraestructura financiera, compañías de seguros y administradoras generales de fondos entrará en vigor a partir del 31 de diciembre de 2024.

cuya implementación es gradual y carece de fuerza obligatoria directa respecto de las empresas. Por su lado, la autorregulación se enmarca en la NCG n.º 461 donde se establece que ciertas empresas, en el marco de la elaboración de su memoria anual, podrán indicar que se adhieren a los Principios Rectores de la ONU con las implicancias que aquello acarrea.

Para 2021, en cifras de la subsecretaría de Relaciones Económicas Internacional (SUBREI), la Unión Europea ocupa el tercer lugar de destino de las exportaciones chilenas, donde se destacan los sectores agropecuario, silvícola, pesquero y minero⁶⁶. Dicho lo anterior, si bien en el ordenamiento jurídico chileno no existe un instrumento general vinculante que establezca la obligación de las empresas para contar con una declaración política e implementar un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos en el marco de sus actividades, lo cierto es que indirectamente un importante número de ellas deben contar con dicho plan si quiere participar en mercados extranjeros y suplir con materias primas las actividades de compañías localizadas en países del continente europeo.

Vale considerar el caso de Alemania, que cuenta con una ley de diligencia debida en la cadena de suministro que obliga tanto a las empresas como a sus proveedores, a cumplir en sus actividades con un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos y medio ambiente. Según cifras de la SUBREI, en 2021 los principales productos exportados de Chile a Alemania son minerales de cobre y sus concentrados y pasta química de madera de eucaliptus⁶⁷, es decir, materias primas que forman parte de la cadena de suministro de otra unidad productiva. A partir de lo anterior, es posible concluir que, si las compañías chilenas tienen intereses en participar del mercado alemán, no solo deben cumplir con la normativa chilena, sino, también, deben “voluntariamente” someterse a la LkSG a fin de no exponer a sus socios comerciales a cuantiosas multas de la BAFA.

Por último, vale destacar que la implementación de programas de cumplimiento en materia de derechos humanos permite agregar valor en determinadas industrias, así como cumplir con el objeto del desarrollo sostenible integrado por el trinomio: desarrollo social, desarrollo económico y desarrollo medioambiental⁶⁸. Ciertas industrias cuentan con certificaciones, voluntarias y de carácter autorregulatorio, cuyo objetivo es agregar valor al producto o servicio

⁶⁶ Según el informe trimestral de comercio del 4.º trimestre de 2021, véase SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES (2022a) pp. 10-12

⁶⁷ Según cifras disponibles en los indicadores macroeconómicos de Alemania y Chile, actualizados a diciembre de 2022, véase SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES (2022b).

⁶⁸ MANN (2016) pp. 292 y 322.

que entregan, en la medida en que la empresa cumpla con los requisitos para obtener tal certificación. A modo ilustrativo, en el sector minero existe el Consejo Internacional de Minería y Metales (ICMM) cuya finalidad es promover una industria minera y metalúrgica segura, justa y sostenible y para la cual las empresas que deseen ser parte deben someterse a un proceso de admisión⁶⁹. Por su parte, en relación con el manejo de los recursos forestales, las compañías pueden adquirir la certificación de manejo forestal responsable de la Forest Steward Council (FSC), que acredita que los bosques se manejan de manera ambientalmente apropiada, socialmente beneficiosa y económicamente viable⁷⁰, es decir, en cumplimiento de las reglas que informan el desarrollo sostenible.

CONCLUSIONES

No existe un tratado internacional multilateral que regule la responsabilidad de las empresas en el caso de que impacten negativamente los derechos humanos de las personas. Pese a los esfuerzos, el camino que ha seguido la comunidad internacional es el del *soft law*, es decir, instrumentos normativos no vinculantes. En dichos cuerpos se incorpora la obligación de las empresas de implementar el proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos en el marco de sus actividades económicas, con el objetivo de evaluar, prevenir y mitigar los impactos negativos que sus operaciones puedan causar en estos derechos. Así y todo, fue despejada la cuestión relativa a si una empresa puede ser responsable internacionalmente por violar los derechos humanos, cuya respuesta es negativa; hasta el momento, el único posible responsable por cometer tales violaciones es el Estado, en tanto sujeto de derecho internacional.

Enseguida, atendido que la relación entre empresas y derechos humanos ha sido regulada por medio de instrumentos de *soft law*, resulta capital escudriñar cuál es su fuerza normativa y qué funciones pueden cumplir dichos instrumentos en el marco de las operaciones de una empresa. Por un lado, se concluye que su vinculatoriedad es limitada, aunque es posible identificar dos funciones claras: constituyen un eventual insumo para la creación de una fuente formal del derecho internacional y sirven como elemento de contexto para la interpretación de una fuente de la disciplina internacional. Por el otro lado, es posible colegir que en algunos países la adopción de instrumentos de *soft law* ha implicado un incentivo en el debate legislativo en la materia, lo que se ha traducido en la promulgación de leyes que establecen el deber de debida diligencia en materia de derechos humanos.

⁶⁹ SETHI & EMELIANOVA (2011) pp. 164-179.

⁷⁰ SCHEPERS (2010) pp. 281-288.

Si bien Chile no cuenta con un cuerpo normativo vinculante que obligue a las empresas a implementar un proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos, es posible apreciar que el ordenamiento jurídico nacional no se encuentra ajeno al fenómeno jurídico. En este sentido, es posible concluir que la recepción del ordenamiento doméstico de los instrumentos de *soft law* se ha caracterizado por dos elementos: no vinculatoriedad y autorregulación. La primera, en tanto el Estado ha implementado los Principios Rectores por medio de Planes de Acción Nacional cuyo desarrollo es gradual y carece de fuerza obligatoria directa respecto de las empresas. Por su lado, la autorregulación se enmarca en la dictación, por parte de la CMF, de la NCG n.º 461 donde se establece que ciertas empresas, en el marco de la elaboración de su memoria anual, podrán asumir que adhieren a los Principios Rectores de la ONU con las consecuencias jurídicas que aquello implica.

Por último, es posible concluir que, si uno de los objetos de las empresas y del Estado es el desarrollo sostenible, resulta capital la implementación de procesos de debida diligencia y programas de cumplimiento en materia de derechos humanos. El desarrollo sostenible solo resulta posible en la medida en la que se considere el trinomio compuesto por el desarrollo social, el desarrollo económico y el desarrollo medioambiental. Desde luego, aquello permite agregar valor en determinadas industrias, así como resulta imprescindible si se desea participar en mercados donde su implementación constituye una obligación para las compañías.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago, Legal Publishing).
- 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.º 2: pp. 185-210.
- BENAVIDES, María Angélica (2021): "El *soft law* en el contexto de las fuentes del derecho internacional: aportes para la discusión", *Revista de Derecho Público* n.º 94: pp. 1-16.
- CANTÚ, Humberto (2015): "La OCDE y los derechos humanos: el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* vol. xv: pp. 611-658.
- CANTÚ, Humberto (2016): "¿Hacia un tratado internacional sobre la responsabilidad de las empresas en el ámbito de los derechos humanos? Reflexiones sobre la primera sesión del grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* vol. xvi: pp. 425-460.
- CAPELLA, Juan Ramón (2008): *Fruta prohibida* (Madrid, Editorial Trotta, quinta edición).

- CEPAL (2021): *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2021* (Santiago, Publicación de las Naciones Unidas).
- DE SCHUTTER, Olivier (2006): *Transnational Corporations and Human Rights* (Portland, Hart Publishing).
- DIEZ DE VELASCO, Manuel (2017): *Instituciones de derecho internacional público* (Madrid, Tecnos, décimo sexta edición).
- FUENTES, Ximena (2021): “La nueva Constitución y los tratados internacionales”, *Anuario de Derecho Público* (Universidad Diego Portales) 2021: pp. 23-36.
- GARDINER, Richard (2003): *International Law* (Essex, Pearson Education).
- GRABOSCH, Robert (2021): *Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* (Baden-Baden, NomosPraxis).
- GUAMÁN, Adoración (2018): “Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa aun instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos”, *Lex Social* vol. 8 n.º 2: pp. 216-250.
- GUERRERO, José Luis (2021): “El arbitraje de inversiones en Chile”, en Espluges, Carlos y Guerrero, José Luis (eds.), *Derecho del comercio internacional chileno* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 539-552.
- IGNATIEFF, Michael (2011): *Human Rights as Politics and Idolatry* (Princeton, Princeton University Press).
- JACKSON, John H. (1997): “The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results”, *Columbia Journal of Transnational Law* No. 36: pp. 1-19.
- LIM, C.L., Jean HO & PAPARINSKIS, Martins (2018): *International Investment Law and Arbitration. Commentary, Awards and other Materials* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MANN, Howard (2016): “The new frontier: economic rights of foreign investors versus government policy space for economic development”, in Lim, Chin Leng (ed.), *Alternative visions of the international law on foreign investment. Essays in Honour of Muthucumaraswamy Sornarajah* (Cambridge, Cambridge University Press) pp. 289-323.
- MANTOUVALOU, Virginia (2018): “The UK Modern Slavery Act 2015 Three Years On”, *Modern Law Review* vol. 81 No. 6: pp. 1017-1045.
- MEDINA, Cecilia (2017): *The American Convention on Human Rights. Crucial Rights and their Theory and Practice* (Cambridge, Intersentia, second edition).
- MÜLLER, Karl (2015): “Transferencia de atribuciones soberanas a organizaciones internacionales en el derecho chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. 44 n.º 1: pp. 493-529.
- MUÑOZ DE MORALES, Marta (2020): “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”, *Política Criminal* vol. 15 n.º 30: pp. 948-992.

- NOGUEIRA, Humberto (2003): *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* (México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México).
- ORTEGA, Daniela; PARRA, Alejandra y SCHÖNSTEINER, Judith (2022): *Derechos humanos y empresas. Acceso a remedios* (Santiago, DER Ediciones).
- PAÚL, Álvaro (2021): "Nueva Constitución y derecho internacional", *Revista Chilena de Derecho* vol. 48 n.º 1: pp. v-xxv.
- SCHEPERS, Donald H. (2010): "Challenges to Legitimacy at the Forest Stewardship Council", *Journal of Business Ethics* vol. 92: pp. 279-290.
- SCHLIEMANN, Christian (2019): "Procedural Rules for the Implementation of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises-a Public International Law Perspective", *German Law Journal* vol. 13 No. 1: pp. 51-85.
- SCHÖNSTEINER, Judith (2016): "Brechas de cumplimiento: el Estado, empresas, y derechos humanos", en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2016* (Santiago, UDP) pp. 123-172.
- SCHÖNSTEINER, Judith; MARTÍNEZ, Vicente y MIRANDA, Carlos (2020): "Atribuibilidad al Estado de Chile de actos y omisiones de sus empresas públicas del sector extractivo a la luz de la jurisprudencia de tribunales regionales de derechos humanos", *Revista Chilena de Derecho* vol. 47 n.º 3: pp. 757-784.
- SETHI, Prakash S. & EMELIANOVA, Olga (2011): "International Council on Mining and Metals Sustainable Development Framework (ICMM)", in Sethi, Prakash S. (ed.), *Globalization and Self-Regulation* (New York, Palgrave Macmillan) pp. 161-188.
- SHAW, Malcolm (2008): *International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, sixth edition).
- SHELTON, Dinah (2003): "International law and 'relative normativity'", in Evans, Malcolm D., *International Law* (Oxford, Oxford University Press).
- VERSCHUUREN, Jonathan (2008): "Ramsar Soft Law is Not Soft at All. Discussion of the 2007 Decision by the Netherlands Crown on the Lac Ramsar Site on the Island of Bonaire", *Milieu en Recht* vol. 35 No. 1: pp. 28-34.

Normas

- Constitución Política de la República de Chile, de 1980.
- Ley n.º 21000 (2016), crea la Comisión para el Mercado Financiero, 10 de febrero de 2016.
- Norma de Carácter General n.º 461 (2021), modifica la estructura y contenido de la Memoria Anual de los emisores de valores y modifica y deroga normas que indica, 12 de noviembre de 2021.
- Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (1960), 7 de mayo de 2010.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, 22 de junio de 1981.

Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Aves Acuática (1975), 27 de noviembre de 1981.

Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (2018), 21 de febrero de 2023.

Acuerdo de Inversiones entre el Gobierno de Chile y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China (2016), 23 de mayo de 2019.

Acuerdo de Inversión entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay (2010), 24 de enero de 2012.

Resolución A/HRC/ RES/17/4 del Consejo de Derechos humanos, 6 de julio de 2011.

Jurisprudencia

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2009): Caso González y otras (Campo Algodonero) con los Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Disponible en www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=347 &lang [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2023].

Otros documentos

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES (2017): *Primer Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile*. Disponible en https://minrel.gob.cl/minrel_old/site/artic/20171109/asocfile/20171109170236/plan_de_accion_nacional_de_ddhh_y_empresas.pdf [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2023].

SUBSECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS (2022): *Segundo Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas de Chile 2022-2025*. Disponible en https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2022/03/2%C2%BAPAN_2022-2025-2.pdf [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2023].

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES (2022a): *Comercio exterior de Chile. Total acumulado al 4º trimestre de 2021*. Disponible en www.subrei.gob.cl/docs/default-source/estudios-y-documentos/reporte-trimestral/comercio-exterior-de-chile-t4-2021.pdf?sfvrsn=758484c2_1 [fecha de consulta: 2 de abril de 2023].

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES (2022b): *Ficha país: Chile Alemania. Indicadores macroeconómicos de Alemania y Chile*. Disponible en www.subrei.gob.cl/docs/default-source/estudios-y-documentos/fichas/alemania-anual.pdf?sfvrsn=2fac4d79_9 [fecha de consulta: 2 de abril de 2023].

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES (2023): *Acuerdos económico-comerciales vigentes*. Disponible en www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/ [fecha de consulta: 16 de marzo de 2023].

LA DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE 2023: ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DE LA COMISIÓN EXPERTA

TERRITORIAL DECENTRALIZATION IN THE 2023 CONSTITUTIONAL DRAFT: ANALYSIS OF THE PRELIMINARY DRAFT OF THE EXPERT COMMISSION

*José Luis Lara Arroyo**
*Nicolás Enteiche Rosales***

RESUMEN: La descentralización territorial es un desafío que distintas constituciones y la legislación han enfrentado en Chile. En este artículo analizaremos el modo en que, en el contexto de la propuesta rechazada de Constitución de 2023, el anteproyecto constitucional de la Comisión Experta configuró la descentralización territorial; examinaremos, en especial, la descentralización fiscal y su relación con el control jurídico. En conclusión, evaluaremos de modo positivo el anteproyecto y propondremos algunas modificaciones.

PALABRAS CLAVE: derecho administrativo, descentralización, proceso constitucional.

ABSTRACT: Territorial decentralization is a challenge faced by different constitutions and legislation in Chile. This article analyzes how, in the context of the rejected 2023 Constitution proposal, the Constitutional Draft of the Expert Commission configured territorial decentralization; fiscal decentralization and

* Profesor de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de Gobiernos Regionales en su programa de Magister LLMUC. Socio de derecho público de Philipp Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU). Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jllara@uc.cl

** Profesor de Derecho Administrativo. Investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: nenteiche@udd.cl

its relationship with legal control are especially examined. In conclusion, the Preliminary Project is positively evaluated, and some modifications are proposed.

KEYWORDS: Administrative Law, decentralization, constitutional process.

INTRODUCCIÓN

En Chile, el año 2023 se desarrolló un segundo proceso tendiente al cambio de la Constitución. En el mes de abril se aprobó un texto normativo por la Comisión Experta y vieron la luz múltiples enmiendas tendientes a modificarlo. Posteriormente, y con base en la anterior propuesta, la Comisión Experta aprobó un anteproyecto constitucional (en adelante, el anteproyecto o la propuesta preliminar) que fue remitido, el 6 de junio, a la deliberación del Consejo Constitucional.

Finalmente, el Consejo Constitucional elaboró un proyecto que, el 17 de diciembre, fue rechazado por la ciudadanía

En este artículo analizaremos el anteproyecto de la Comisión Experta a la luz de la descentralización territorial, que implica la creación de personas jurídicas de derecho público que se encarguen de la gestión de un sector de la Administración del Estado, en una porción del territorio nacional. El sentido de analizar el trabajo de la Comisión Experta es examinar el primer hito normativo luego de la propuesta de Constitución de 2022, donde se sugería el establecimiento de un Estado regional, de igual modo, el anteproyecto revisado cobra relevancia porque es el antecedente que ha sido invocado, transversalmente, como idóneo para fundamentar futuras reformas constitucionales¹.

De modo que revisaremos las mejoras presentadas por la Comisión Experta al modelo de descentralización territorial planteado en 2022 y escrutaremos algunas de sus amenazas. Abordaremos este tópico al estudiar:

- I) la forma de Estado de Chile, en atención al concepto de Estado unitario.
- II) describiremos el modelo de descentralización territorial haciendo hincapié en las funciones y atribuciones de los gobiernos regionales y locales.
- III) examinaremos el articulado de la propuesta preliminar y efectuaremos algunos comentarios a su respecto.

¹ *La Tercera* (2024) y *Bío-Bío* (2023).

I. FORMA DE ESTADO CHILENO

En Chile, el eje de la distribución territorial del poder administrativo está en la decisión institucional de relevar al Estado unitario. A partir de este diagnóstico, que recoge la experiencia histórica y la realidad institucional chilena, se deben analizar las normas dispuestas al efecto².

El artículo 3.º de la Constitución establece tres premisas, que estructuran la forma de Estado de Chile o la vía por la que se “organiza, ejerce y controla la soberanía-autonomía en relación al territorio del Estado-Nación”³. La institucionalidad se define por un modelo de Estado unitario, funcional y territorialmente descentralizado o desconcentrado⁴, en la que se debe plasmar el propósito del fortalecimiento de la regionalización y las demás formas de atenuar la centralización administrativa. Esta centralización aparece que la toma de las decisiones se radica en el Poder Ejecutivo⁵, existiendo “un solo centro máximo de decisión”⁶.

El modelo del Estado unitario es el que responde a la tradición constitucional chilena⁷. Que algo sea unitario significa, entre los puntos más relevantes, que la forma de Estado nacional toma por cimiento la propiedad de la indivisibilidad. La cohesión orgánica y funcional del Estado chileno y su unidad estructural es un elemento de la esencia; Chile no puede dividirse sin que su identidad se altere.

Lo que se pretende lograr a través del Estado unitario es la consolidación de un régimen de administración y gobierno, bajo la jefatura del Presidente de la República⁸. Este modelo espera evitar la fragmentación territorial y decisional,

² VALLE (2021).

³ CEA (2017) p. 243.

⁴ La conjunción disyuntiva ‘o’ no deja de resultar desafortunada en el texto constitucional vigente, al dar cuenta de una especie de dicotomía existente entre la descentralización y la desconcentración, en circunstancia que esta última técnica de atenuación de la centralización puede predicarse al interior de la Administración centralizada y descentralizada del Estado.

⁵ La centralización, para Santiago Prado, consiste en un principio de la organización administrativa que conlleva “la concentración en el poder ejecutivo de cuantas fuerzas son necesarias para dirigir los intereses comunes de una manera uniforme. La centralización es la unidad en la nación y en el poder, o la unidad en el territorio, en la legislación y en el gobierno”, PRADO (1859) p. 12.

⁶ SOTO (2009) p. 153.

⁷ SILVA (2004) pp. 182-215; CEA (2017) p. 243; VIVANCO (2006) pp. 79-83.

⁸ Este punto queda claro al observar el encabezamiento del capítulo IV de la Constitución, dedicado al “Gobierno”. Se releva al Presidente de la República, a quien corresponde “el gobierno y la administración del Estado”; el Presidente es el “Jefe de Estado”. El modo en que se formulan las atribuciones del Presidente es en términos absolutos, por lo cual su autoridad en cuanto al “orden público en el interior” es amplísima. Así, uno de nosotros ha argumentado: “la aludida

al impedir la convivencia de múltiples esferas autonómicas de poder político y administrativo.

La experiencia fallida del federalismo es la contracara del Estado unitario, la primera explica el refuerzo del segundo. El federalismo consiste en un sistemapolíticoenqueesde laesencialaindependenciaadministrativa, legislativa y judicial de las distintas divisiones de un Estado.

Sin perjuicio de que el federalismo haya sido impulsado desde los albores de la República, su apogeo normativo ocurrió en 1826, a través de las denominadasleyesfederales⁹. En Chile, la forma de Estado se define negativamente, a través del rechazo al federalismo. El Estado chileno estaría empaado, de “la combinación de exacerbados centralismo y presidencialismo que se erigió luego de la derrota del federalismo en el siglo XIX en tres guerras civiles”¹⁰.

Ahora bien, el Estado regional también se distancia del Estado unitario. El Estado regional pretende darle competencias de autogobierno a las divisiones territoriales denominadas regiones, pero sin concederles el poder decisional ni la diferenciación orgánica que otorga el Estado federal.

El texto propuesto por la Convención Constitucional de 2022, oscilaba desordenadamente entre el Estado federal y el Estado regional. Se establecían múltiples definiciones acerca de este tema; se dijo que “la soberanía reside en el pueblo de Chile, conformado por diversas naciones”¹¹, que “Chile [...] forma un territorio único e indivisible”¹², que los “diversos pueblos y naciones [coexisten] en el marco de la unidad del Estado”¹³, que:

facultad es de carácter residual, general, y discrecional. Es residual, pues, establece la ‘radicación en la Presidencia de la República de las competencias estatales que no están expresamente atribuidas a otro órgano’ [y] posee generalidad, ya que no recae respecto de hechos o actos específicos, sino en cuanto a una materia indeterminada, y es discrecional porque el Presidente de la República puede optar por llevar a efecto la mejor medida que estime del caso”. De lo anterior se deriva: “la existencia de una competencia discrecional de fuente constitucional redundante en que la ley, salvo expresa excepción de la Carta Fundamental, debe contemplar opciones o, bien, someter a la ponderación del Presidente la decisión que llevará a la práctica”, ENTEICHE (2012) p. 283.

⁹ Las leyes federales, establecían: “la República se divide en provincias, municipales i parroquias” (artículo primero). Además, precisaban, por ejemplo, que las provincias tenían las atribuciones de “imponer contribuciones”, “calificar las elecciones de sus respectivos miembros”, “nombrar el juez o jueces de letras de las provincias”, “dictar la lei sobre el modo como deba nombrarse por los pueblos el gobernador de la provincia” (artículo 12 n.ºs 2.º, 7.º, 11.º y 14.º). A su vez, disponían restricciones temporales, por tanto, proponía eventuales habilitaciones futuras, en cuanto a “poner derechos e impuestos al extranjero o a otras provincias” o “entrar en negociaciones [...] con alguna potencia extranjera” (artículo 13.º n.ºs 1.º y 2.º).

¹⁰ ORTIZ y VALENZUELA (2018) p. 2.

¹¹ Artículo 2.1.

¹² Artículo 3.

¹³ Artículo 5.1.

“Chile está conformado por entidades territoriales autónomas y territorios especiales, en un marco de equidad y solidaridad, preservando la unidad e integridad del Estado”¹⁴,

y que

“los pueblos y naciones indígenas y sus integrantes [...] tienen derecho a la autonomía; al autogobierno [o] [...] al reconocimiento de sus instituciones, jurisdicciones y autoridades, propias o tradicionales [...]”¹⁵,

entre otras.

Ahora bien, en cuanto a la definición de la forma de Estado, se optó por el “Estado regional”¹⁶, alternativa que se extendió al expresarse que “el Estado se organiza territorialmente en entidades territoriales autónomas [entre las cuales están las “regiones autónomas”¹⁷, a las que se suman “las comunas autónomas [...] y autonomías territoriales indígenas”¹⁸, y que “el Estado [además] se organiza territorialmente en [...] territorios especiales”¹⁹.

Estas autonomías presentaban como común denominador la “autonomía fiscal”²⁰, la que aparejaba, en lo esencial, que existía “autonomía financiera en sus ingresos y gastos para el cumplimiento de sus competencias”²¹, lo que implicaba la posibilidad de “ordenar y gestionar sus finanzas”. A su vez, se abría la posibilidad de ampliar las fuentes de ingreso de las entidades territoriales, además de otros aspectos.

También, la autonomía de las entidades regionales se manifestaba a través de la obligación de consulta previa a “los pueblos y naciones indígenas” de las “materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución”²². Además, se mantenía la autonomía decisional, previa transferencia de competencias; sin embargo, el ámbito del traspaso se expandía, dado que se permitía que operase la cesión “a las entidades territoriales”²³.

El actual modelo del Estado unitario se complementa con la descentralización y desconcentración funcional y territorial, a través de las cuales se pretende reducir la centralización. La descentralización es un mecanismo legisla-

¹⁴ Artículo 7.

¹⁵ Artículo 34.

¹⁶ Por la denominación del capítulo VI, llamado “Estado Regional y Organización Territorial”.

¹⁷ Artículo 187.1.

¹⁸ Artículo 187.2.

¹⁹ Artículo 187.1.

²⁰ Artículos 244 a 250.

²¹ Artículo 245.1.

²² Artículo 191.2.

²³ Artículo 195.1, en general, artículos 195 y 196.

tivo que insta a que no se administre a nivel centralizado –por la Administración centralizada–, sino que mediante organismos con personalidad jurídica, patrimonio y competencias propias; y la desconcentración se traduce en que las atribuciones no sean ejercidas por el órgano que encabeza el nivel centralizado o el superior jerárquico respectivo, sino que a través de otro órgano²⁴. Por último, la descentralización y la desconcentración son complementadas con la declaración de vigorizar la regionalización y potenciar la atenuación de la centralización administrativa. Si bien la regionalización no tiene operatividad conceptual como un mecanismo específico, a partir de este anhelo se desarrollan herramientas que conjugan a la descentralización con la desconcentración.

II. MODELO VIGENTE DE DESCENTRALIZACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN TERRITORIAL

La centralización es un principio organizativo, en tanto todo tiende a un centro tomador de decisiones, materializado en la institución del Presidente de la República, quien es Jefe de Estado y Jefe de Gobierno²⁵. Sin embargo, no es posible consagrar una organización administrativa centralizada, pues ello implicaría sumirla en la ineficiencia, con la consiguiente afectación de los derechos de los particulares. Por ello, nuestro ordenamiento, particularmente a partir de la Ley n.º 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, contempla tres mecanismos de atenuación de la centralización, a saber: la delegación, desconcentración y descentralización, siendo la primera administrativa mientras que la segunda y tercera son resorte del legislador. En lo que aquí interesa, la delegación y la desconcentración son herramientas de atenuación que pueden predicarse tanto en la Administración centralizada del Estado como en la descentralizada, puesto que no originan la creación de una persona jurídica de derecho público nueva (distinta al fisco) como sí acontece con la Administración descentralizada.

En este punto, describiremos la realidad organizativa de la Administración del Estado. Por una parte:

- 1) revisaremos la descentralización y la desconcentración territorial, y por otra,

²⁴ Existe un último mecanismo descentralizador: la delegación. Esta institución apareja la transferencia del ejercicio de algunas de las atribuciones por un órgano administrativo superior a uno inferior.

²⁵ Artículo 24 de la Constitución, en relación con el artículo 1.º de la Ley n.º 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

- 2) describiremos las leyes que han profundizado en el anhelo de terminar con la centralización.

1. Descentralización y desconcentración territorial

La descentralización territorial apareja la creación de una entidad dotada de personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyas competencias serán ejercidas en el ámbito comunal o regional y no nacional, pues su existencia está circunscrita a un territorio. Entre dichas entidades personificadas podemos encontrar a los servicios públicos descentralizados en el ámbito regional como, también, a los gobiernos regionales y a las municipalidades²⁶.

Por una parte, la descentralización territorial regional radica en la persona jurídica del gobierno regional, compuesto por consejeros regionales presididos por un gobernador regional, ambos elegidos democráticamente, por sufragio universal²⁷. Las atribuciones del Gobernador y del gobierno regional, además de las competencias de los delegados presidenciales regionales y provinciales, entre otros aspectos, quedan entregados a la Ley n.º 19175 de 1992, Orgánica Constitucional de Gobiernos Regionales.

A su vez, la descentralización territorial comunal se manifiesta en la creación de la persona jurídica llamada municipalidad, a cargo del alcalde²⁸. La ley n.º 18695 de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades y sus reformas, estructuran al gobierno del municipio, radicando su representación judicial y extrajudicial en el alcalde, quien es asistido y controlado por el consejo municipal.

²⁶ El artículo 110 de la Constitución Política de la República dispone: “para el gobierno y administración interior del Estado, el territorio de la República se divide en regiones y éstas en provincias. Para los efectos de la administración local, las provincias se dividirán en comunas. La creación, supresión y denominación de regiones, provincias y comunas; la modificación de sus límites, así como la fijación de las capitales de las regiones y provincias, serán materia de ley orgánica constitucional”. De ahí que la descentralización territorial sea concebida por la Constitución sobre la base de unidades, tanto en el ámbito de comunas, provincias y regiones, erigiendo figuras de descentralización a escala comunal como regional.

²⁷ La Constitución, en su artículo 111, preceptúa expresamente: “la administración superior de cada región reside en un gobierno regional, que tendrá por objeto el desarrollo social, cultural y económico de la región”. Añadiéndose: “el gobierno regional estará constituido por un gobernador regional y el consejo regional. Para el ejercicio de sus funciones, el gobierno regional gozará de personalidad jurídica de derecho público y tendrá patrimonio propio”.

²⁸ La Constitución Política, en su artículo 118, conceptualiza las municipalidades como: “corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna”. Agregándose: “una ley orgánica constitucional determinará las funciones y atribuciones de las municipalidades”.

Otra técnica de uso recurrente al interior de la Administración centralizada y de la Administración descentralizada, es la desconcentración. A través de esta fórmula, el legislador radica una potestad en un órgano inferior dentro de la línea jerárquica, con el afán de acercar la Administración al ciudadano²⁹.

La desconcentración puede ser territorial o funcional³⁰. Ahora bien, dicha desconcentración constituye una técnica legislativa que, en el ámbito territorial se manifiesta dentro de la Administración centralizada respecto de las atribuciones presidenciales y, en particular, del Ministerio del Interior. Lo anterior ocurre con la figura de los delegados presidenciales, que son los representantes directos e inmediatos del Presidente de la República en las regiones y en las provincias. Asimismo, esta técnica se revela a través de las competencias otorgadas por la ley a los secretarios regionales ministeriales que desconcentran territorialmente a los ministerios.

En cuanto a la Administración descentralizada, advertimos figuras de desconcentración territorial en el ámbito de los servicios públicos que están propiamente desconcentrados, ya sea funcional como territorialmente. En lo que aquí interesa, existen competencias ejercidas por órganos regionales, como acontece con el director regional del Servicio de Impuestos Internos, o con el director de obras municipales, figuras que buscan acercar el ejercicio de la función pública al ciudadano^{31, 32}.

2. *Descentralización territorial, desarrollo legislativo*

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1980, han existido diversos esfuerzos por avanzar hacia una mayor descentralización de nuestra Ad-

²⁹ Para Eduardo Soto Kloss, la desconcentración es “la radicación de una o más potestades administrativas que hace la ley en un órgano inferior dentro de la línea jerárquica de la Administración del Estado”, SOTO (2022) p. 635.

³⁰ El artículo 30 de la Ley n.º 18575, establece: “sin perjuicio de su dependencia jerárquica general, la ley podrá desconcentrar, territorial y funcionalmente, a determinados órganos”. Añadiéndose: “la desconcentración territorial se hará mediante Direcciones Regionales, a cargo de un Director Regional, quien dependerá jerárquicamente del Director Nacional del servicio. No obstante, para los efectos de la ejecución de las políticas, planes y programas de desarrollo regional, estarán subordinados al Intendente a través del respectivo Secretario Regional Ministerial”. Finalmente, la norma dispone: “la desconcentración funcional se realizará mediante la radicación por ley de atribuciones en determinados órganos del respectivo servicio”.

³¹ BERMÚDEZ (2014) p. 368.

³² En lo que respecta al régimen de responsabilidad, ella reside en el órgano desconcentrado al poseer la potestad como propia. En cuanto al control, tratándose del ejercicio de su potestad, no procede el recurso jerárquico, CORDERO (2015) p. 123.

ministración. Es posible distinguir un periodo previo a la modificación constitucional de 2005 de uno posterior, formalmente más vertiginoso.

En la Constitución de 1925 se avanzó con las llamadas asambleas provinciales, posteriormente, se emitieron los decretos leyes n.ºs 573 y 575 de 1974, a partir de los cuales se establecieron trece regiones. Dicho modelo fue perfeccionado, fruto de la Ley n.º 19175 de 1992, Orgánica Constitucional de Gobiernos Regionales.

Seguidamente, durante el gobierno de Ricardo Lagos Escobar, se dictó la Ley n.º 20050 de 2005, de reforma constitucional, que eliminó de la Constitución la referencia a las trece regiones, permitiendo, por vía legislativa, la incorporación de tres nuevas: Arica y Parinacota, Ley n.º 20175 y Los Ríos, Ley n.º 20174, ambas de 2007; para luego añadirse, como una escisión de la Región del Biobío, la Región de Ñuble, cuya capital es la ciudad de Chillán, Ley n.º 21033 de 2017.

Simultáneamente, en 2009, se publica la Ley n.º 20390 sobre elección popular de los consejeros regionales, que integran el consejo regional junto al, en ese entonces, intendente, como órgano personificado de administración superior de la región. Dicha norma es complementada con la Ley n.º 20678 de 2013, que regla la elección de los consejeros regionales y las funciones del presidente del consejo regional, esto es, el intendente regional (Ley n.º 20757 de 2014).

Como podemos apreciar, durante la administración de Michelle Bachelet Jeria y de Sebastián Piñera Echenique, se avanza en orden a descentralizar la estructura organizativa de la Administración del Estado, promovándose que las máximas autoridades regionales sean de elección popular. Enseguida, la Ley n.º 21073 de 2018 regula la elección de gobernadores regionales definiendo su implementación a partir del año 2021. En la misma línea, se publica la Ley n.º 21074 de 2018, para el fortalecimiento de la regionalización en Chile, la que creó la figura del gobernador regional y de los delegados presidenciales (en reemplazo de los intendentes regionales y gobernadores provinciales). De esta manera, se suprime en Chile la figura del intendente regional de designación presidencial, reemplazándolo por el gobernador regional de elección popular; también se elimina la figura del gobernador provincial, de confianza exclusiva del Presidente de la República. Además, se incorpora la figura del delegado presidencial, regional y provincial, que ejerce matizadamente las atribuciones del antiguo intendente y gobernador, respectivamente. Por su parte, se dicta la Ley n.º 20990 de 2017, que modifica la Carta Fundamental, disponiendo la elección popular del órgano ejecutivo del gobierno regional.

Un aspecto relevante de toda esta normativa es el establecimiento de la posibilidad (por mandato legal) de efectuar transferencias de competencias desde el nivel central a los gobiernos regionales. Derivado de lo anterior, el

governador regional puede solicitar al Presidente de la República que le traspase potestades para ejercerlas en la región respectiva.

III. MODELO DE DESCENTRALIZACIÓN Y DESCONCENTRACIÓN TERRITORIAL EN EL ANTEPROYECTO CONSTITUCIONAL

La adopción del Estado unitario y los mecanismos de descentralización y desconcentración territoriales establecidos por la Constitución y el legislador chileno:

- 1) deben ser contrastados con el anteproyecto.
- 2) el texto normativo permite remarcar las virtudes y amenazas que aparecen en esta parte de la propuesta preliminar de la Comisión Externa.

1. Contenido del anteproyecto constitucional

En el anteproyecto se mantiene el modelo de Estado unitario y descentralizado, pues así lo establece uno de los límites del actual proceso constitucional. A diferencia del proceso del año 2022, en la Constitución de 1980 se estableció una “base institucional[1] y fundamental[1]” que condiciona el contenido de la propuesta que deberá ser plebiscitada. Esta base señala que “el Estado de Chile es unitario y descentralizado” (artículo 154 n.º 2 de la Constitución de 1980), consecuencia de lo cual la propuesta preliminar mantiene el carácter “unitario y descentralizado” del Estado de Chile (artículo 6.1 del capítulo I³³).

Para materializar la descentralización territorial de la Administración del Estado se distinguen dos niveles: “regional” y el “local”, los cuales deben actuar de forma coordinada (artículo 6.1 del capítulo I). De igual modo, no se altera la organización territorial en regiones, provincias, comunas y territorios especiales (artículo 123.1 del capítulo VI).

El anteproyecto se ocupa de resguardar el carácter unitario del Estado al condicionar que los territorios especiales se rigen por un “estatuto especial” que determinará su ley institucional, sin que se mencione que estos cuentan con alguna clase de autonomía (artículo 139.1 del capítulo VI); aún más, aclara que “la Constitución reconoce a los pueblos indígenas como parte de la Nación chilena, que es una e indivisible” (artículo 8.1 del capítulo I).

³³ Esta referencia estaba contenida en el artículo 113.1 del capítulo VI, pero fue eliminada.

En el mismo sentido, el anteproyecto dispone que existirán “representantes” del Presidente de la República que, en las regiones y provincias, coordinarán, supervigilarán y fiscalizarán a los organismos administrativos dependientes o relacionados con aquel, a través de un ministerio (artículo 140 del capítulo VI)³⁴.

Sin perjuicio de ello, se reconoce la heterogeneidad de las regiones y comunas, por lo que se establece el deber de considerar aquella realidad en las políticas públicas y al transferir competencias y recursos, y al obligarse al legislador a prescribir mecanismos que promuevan los derechos de los pueblos indígenas (artículo 125 del capítulo VI).

Existen algunos cambios a las normas constitucionales que acogen a esta parte de la conformación orgánica de la Administración del Estado. En lo formal, la Constitución de 1980 dedica solo un capítulo a la forma en que el Estado administrador se organiza en el territorio nacional, denominado “gobierno y administración interior del Estado”; en cambio, la propuesta preliminar escinde el mismo tratamiento en dos capítulos llamados “Gobierno y Administración del Estado” (capítulo V) y “Gobierno y Administración Regional y Local” (capítulo VI).

Ahora bien, algunas de las novedades que instan a la descentralización territorial se relacionan con las competencias, la creación de áreas metropolitanas, el control y las finanzas de los niveles regional y comunal.

En materia competencial, se establece una regla de prevalencia de las “funciones públicas” en el ámbito regional y local (artículo 126 del capítulo VI). De igual modo, se innova al constitucionalizarse la potestad normativa de los gobiernos regionales y locales; con la precaución de que esta (y la propia del nivel regional), de acuerdo con el texto normativo, es de rango “infralegal” y de aplicación en el territorio respectivo (artículo 148.1 del capítulo VI). Especialmente relevante parece la regla relativa a que

“las competencias transferidas de forma definitiva a un gobierno regional o a una municipalidad no podrán ser revocadas, salvo las excepciones legales” (artículo 128 del capítulo VI).

En cuanto a las áreas metropolitanas, en el trabajo de la Comisión Externa se escuchó a los gobiernos regionales y locales. Así, se oyó la propuesta de la gobernadora de la Región del Maule³⁵, quien instó a la Subcomisión de Sistema Político, Reforma Constitucional y Forma de Estado a considerar:

³⁴ El artículo está situado bajo el epígrafe llamado “desconcentración de la Administración del Estado” lo que podría dar la impresión de que el contenido del artículo 140 es el único para lograr tal finalidad, existiendo muchos otros.

³⁵ Vicepresidenta de la Asociación de Gobernadores y Gobernadoras de Chile (AGORECHI).

“la implementación real de un Estado descentralizado y no descentralizado, lograr regulación similar para gobiernos regionales y municipalidades, [que] los gobernadores administren áreas metropolitanas, [la] creación de empresas regionales, [y la] autonomía administrativa y financiera”³⁶.

Con todo, lo anterior se planteó sin el ánimo de modificar al Estado unitario descentralizado; a este respecto, el gobernador de la Región del Ñuble señaló:

“ninguno de los que está aquí presente ha planteado ni federalismo ni nada por el estilo, al contrario, nosotros creemos en el Estado unitario descentralizado”.

La demanda por una norma que estableciera áreas metropolitanas fue acogida, pues el anteproyecto dispuso:

“en cada región, dos o más comunas podrán constituir un área metropolitana conforme a los requisitos y criterios que determine la ley. Ésta determinará la autoridad a cargo de la administración de las áreas metropolitanas, sus atribuciones y forma de coordinación con el gobierno regional y las municipalidades que la conformen” (artículo 123.6 del capítulo VI).

Respecto al control jurídico, se propone una norma que especifica el sometimiento de los gobiernos regionales y las municipalidades al “control y supervisión” de la Contraloría (artículos 131.5 y 135.3 del capítulo VI). A su vez, se prescribe:

“la Contraloría General de la República ejercerá sus atribuciones en cada una de las regiones del país, de acuerdo a lo establecido en la ley [...] las contralorías regionales tienen por función principal el control de la administración regional y local del Estado” (artículo 188.3 del capítulo XI);

lo que se complementa con la novel atribución de la Corte Constitucional, la cual resolverá las contiendas de competencia entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales (artículo 147 del capítulo VI).

³⁶ A propósito de las áreas metropolitanas, se presentó una enmienda que señala: “en cada región, dos o más comunas podrán constituir un área metropolitana conforme a los requisitos y criterios que determine la ley. Esta establecerá la autoridad que estará a cargo de la administración de cada área metropolitana, así como sus atribuciones y su forma de coordinación con el gobierno regional y las municipalidades que la conformen”. Esto es distinto de lo actualmente prescrito en la Constitución, la que señala en el artículo 123, inciso segundo, el cual establece: “las áreas metropolitanas, y establecerá las condiciones y formalidades que permitan conferir dicha calidad a determinados territorios”.

En materia financiera, se profundiza la descentralización a partir del contenido del epígrafe “descentralización fiscal”, cuyo sentido es propender a la igualdad en los organismos que forman parte de la administración regional y local.

En este contexto, la descentralización fiscal es connotada a través de distintas dimensiones. La propuesta preliminar establece un mecanismo de “compensación económica interterritorial”, fruto del cual se mandata al legislador a considerar los siguientes mecanismos: de financiamiento basal, de solidaridad basados en la equidad territorial y compensatorios por externalidades negativas (artículo 141.2 del capítulo VI). De acuerdo con la propuesta, el legislador también puede autorizar el establecimiento de sobretasas a tributos generados en el ámbito regional o local, y se determina que el destino de los fondos recaudados será financiar “obras de desarrollo e inversión” (artículo 144 del capítulo VI). Además, se prevé una norma que insta al legislador, a través de la Ley de Presupuestos, a que una “parte significativa” del gasto público sea ejecutado a través de “los gobiernos regionales y locales”, lo que se compensa con el deber de “fijar metas anuales para su efectivo cumplimiento” (artículo 142 del capítulo VI).

Por último, se faculta a los gobiernos regionales y locales para contratar empréstitos con dos condiciones: que se respeten los requisitos y límites que establece la Constitución y la ley, y que el destino de los recursos obtenidos sea utilizado para “financiar proyectos específicos” y en ningún caso costear gastos corrientes (artículo 145 del capítulo VI).

2. Diagnóstico del anteproyecto

Es valorable que se mantenga el modelo de Estado unitario y descentralizado, y que se le intente perfeccionar³⁷. Sin embargo, la falta de nuevos controles externos a la descentralización fiscal debe ser observada con recaudos³⁸.

³⁷ Uno de nosotros había propuesto la mantención del modelo vigente, antes del proceso constitucional de 2022. En aquella oportunidad señaló: “en esta línea, la declaración del actual artículo 3º, respecto del carácter unitario del Estado y su administración descentralizada, debería mantenerse. Ciertos aspectos que deberían mejorarse siguiendo este esquema, debido a que actualmente no están bien definidos, tienen que ver con los conflictos de competencia que puedan surgir entre el gobernador regional y el delegado presidencial regional, así como con las formas de financiamiento y decisiones de gasto regional principalmente”, HELFMANN e IRARRÁZVAL *et al.* (2021) p. 7.

³⁸ Nos enfocaremos en este punto, sin perjuicio de que existan otros aspectos que puedan ser criticados, pero que corresponden a un examen desde las ciencias económicas, como la posibilidad de contratar empréstitos. Tampoco nos centraremos en la técnica jurídica empleada en materia de transferencia de competencias, fruto de la cual el criterio que tendría que primar es

Una forma de entender a la descentralización territorial la distingue en tres clases: la administrativa, la política y la fiscal. Habiéndose conservado, en lo grueso, la descentralización administrativa y política; se incorpora al anteproyecto constitucional la descentralización fiscal.

El eje del anteproyecto constitucional es conservar la tradición de la organización administrativa chilena respecto de la descentralización administrativa. No se altera, sustancialmente, el esquema de “competencias entre niveles de gobierno”³⁹, por lo cual aún los modelos normativos establecidos en la Ley n.º 19175 y en la Ley n.º 18695 podrían permanecer sin grandes cambios. Otro punto del anteproyecto que persiste en el diseño actual es el relativo a la descentralización política. La distribución del poder político de las autoridades electas y los habitantes de los territorios descentralizados en el proceso de toma de decisiones públicas⁴⁰ se aumenta, pero no se exagera desmesuradamente, lo que es consistente con la forma de Estado unitario a la cual se adhiere.

La innovación tiene lugar en cuanto a “la distribución de competencias entre niveles de gobierno y/o administraciones territoriales sobre ingreso y gasto público”⁴¹. Esto se debe a la incorporación expresa de la descentralización fiscal, como un epígrafe dentro del capítulo VI de Gobierno y Administración Regional y Local.

Si bien el concepto de descentralización fiscal⁴² y los mecanismos que la materializan también tuvieron recepción en la propuesta de la Convención de 2022, el anteproyecto se distingue de aquel. Ello se explica por la opción de relevar al Estado unitario, y en la ausencia de normas que permitan interpretar que las entidades territoriales se pueden superponer a la Administración central o al legislador.

Esto queda reflejado en el mecanismo de “compensación económica interterritorial”. En el proyecto de Constitución de 2022 se establecía que era necesaria una ley de acuerdo regional para dar lugar a los mecanismos de compensación económica, y se entregaba al Consejo de Gobernadores, un órgano formado por el Presidente de la República y los gobernadores regionales, la

que, salvo que el legislador haya dispuesto que alguna cesión de competencia puede ser dejada sin efecto, el traspaso es un mecanismo que se perpetúa en el haber de los gobiernos territoriales las potestades cedidas desde el nivel central.

³⁹ SUBDERE (2009) p. 7.

⁴⁰ *Op. cit.* pp. 7-8.

⁴¹ *Op. cit.* p. 7.

⁴² En la disposición vigésimo tercera transitoria del proyecto de Constitución de 2022 se establecía: “1. En el término no mayor de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Constitución, el Poder Legislativo aprobará progresivamente las normas legales que regulen los distintos aspectos de la autonomía financiera y la descentralización fiscal de las entidades territoriales”.

competencia de “velar por la correcta aplicación” de algunos principios respecto de estos mecanismos⁴³. Súmase a lo anterior que, sin perjuicio que la ley era la encargada de establecer dos de estos fondos, existía la atribución del “órgano competente” de sugerir al legislador los recursos que debían ser incorporados a uno de ellos y se obligaba a “realizar transferencias directas” en virtud de la “solidaridad interterritorial”⁴⁴. Por lo anterior, existían normas que ponían en duda que los mecanismos de compensación económica estuviesen completamente entregados al legislador.

Al contrario, en el anteproyecto estos mecanismos tienen un desarrollo diverso. Se prescribe la creación de distintos fondos y se regulan a nivel constitucional los principios y reglas que determinan su contenido, sin que se permita la intervención de algún órgano administrativo en esta materia; tampoco se obliga a través de la Carta Fundamental a que la Administración central transfiera directamente recursos a las entidades territoriales⁴⁵. Ahora, los mecanismos de com-

⁴³ En el artículo 268 del Proyecto de Constitución de 2022 se señalaba que correspondían a leyes de acuerdo regional “k) Las que establezcan los mecanismos de distribución fiscal y presupuestaria y otros mecanismos de compensación económica entre las distintas entidades territoriales”. A su vez, en el artículo 230 se disponía: “1. El Consejo de Gobernaciones, presidido por el Presidente de la República y conformado por las gobernadoras y los gobernadores de cada región, coordinará las relaciones entre la Administración central y las entidades territoriales, velando por el bienestar social y económico equilibrado de la república en su conjunto. 2. Son facultades del Consejo de Gobernaciones: [...] d) Velar por la correcta aplicación de los principios de equidad, solidaridad y justicia territorial y de los mecanismos de compensación económica interterritorial, en conformidad con la Constitución y la ley”.

⁴⁴ En el artículo 249 del Proyecto de Constitución de 2022 se prescribía: “2. La ley establecerá fondos de compensación para las entidades territoriales con una menor capacidad fiscal. El órgano competente, sobre la base de criterios objetivos, sugerirá al legislador los recursos que deberán ser integrados a estos fondos.

3. La ley establecerá un fondo de contingencia y estabilización macroeconómica para garantizar los recursos de las entidades territoriales ante fluctuaciones de ingresos ordinarios.

4. En virtud de la solidaridad interterritorial, la Administración central deberá realizar transferencias directas in-condicionales a las entidades territoriales que cuenten con ingresos fiscales inferiores a la mitad del promedio ponderado de estas”.

⁴⁵ Expresa el artículo 134 de la propuesta preliminar: “2. Existirán mecanismos, instrumentos y fondos que aseguren la compensación económica interterritorial en las transferencias fiscales a gobiernos subnacionales. La ley contemplará, entre otros:

a) Mecanismos de financiamiento basal para entidades regionales, municipales y territorios especiales;

b) Mecanismos de solidaridad basados en la equidad territorial, y

c) Mecanismos compensatorios por externalidades negativas, destinado a regiones y comunas que sufran consecuencias ambientales o sociales producto del desarrollo de determinadas actividades”. Se agrega a esto lo prescrito por el artículo 136.2, el cual señala: “2. Las transferencias y asignaciones de recursos deberán efectuarse en base a criterios objetivos y predefinidos. Sin embargo, la ley podrá establecer transferencias especiales por razones de aislamiento o

pensación económica interterritorial están sometidos a dos condiciones: que no desborden al Estado unitario y que el legislador los configure y disponga su puesta en marcha para que sean otorgados a los organismos territoriales^{46, 47}.

Con todo, el cambio que plantea la propuesta preliminar en materia de descentralización fiscal debe ser observado con cautela, por las consecuencias que podría conllevar de cara al “principio de responsabilidad fiscal” (artículo 154 n.º 5 de la Constitución de 1980). Este principio se asocia explícitamente con la descentralización fiscal, al prescribirse por el anteproyecto que “las autoridades del gobierno nacional, regional y comunal son responsables del buen uso de los recursos públicos” y que la ley “regulará los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad fiscal” (artículo 146.1 del capítulo VI).

El inequívoco potenciamiento a los gobiernos regionales y locales aparece depositar en ellos una confianza inusitada, evidencia de lo cual es que el anteproyecto transforme en regla general lo que para la Constitución de 1980 es una excepción.

La regulación constitucional actual relativa a la “igual repartición de los tributos” señala que estos “no podrán estar afectados a un destino determinado”; sin embargo, a modo de excepción, la Constitución dispone que la ley puede autorizar tributos con un destino regional o comunal, “para el financiamiento de obras de desarrollo” (artículo 19 n.º 20, incisos tercero y cuarto). El anteproyecto establece la regla general opuesta, pues el legislador, lejos de estar desarrollando una excepción, está mandado para concretar diversos mecanismos que materializan la descentralización fiscal, cuya esencia es la destinación de recursos a los gobiernos territoriales.

emergencia, las que en ningún caso podrán establecer discriminaciones arbitrarias entre las distintas regiones y territorios del país”.

⁴⁶ Este modelo se aviene con lo establecido en España, donde la Constitución expresa, en su artículo 158.2: “con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso”. Ello es materializado por la Ley 22/2001, la cual regula estos “fondos de compensación interterritorial”.

⁴⁷ Es favorable “establecer compensaciones por el agenciamiento local de políticas nacionales”, a través del mecanismo de la descentralización fiscal; y es positivo que el legislador sea –sin ambages–, quien disponga su puesta en práctica, HELFMANN e IRARRÁZVAL *et al.* (2021) p. 7. En el citado documento, además, se planteó: “se presenta una oportunidad para definir con claridad los criterios generales sobre la transferencia efectiva de poder a los gobiernos regionales mediante los recursos que permitan su ejecución. En este sentido, para fortalecer el funcionamiento de los gobiernos regionales es necesario plasmar en la Constitución ciertas directrices referidas a la descentralización fiscal y específicamente, a la existencia de financiamiento no condicionado y efectivo de las regiones”, HELFMANN e IRARRÁZVAL *et al.* (2021) p. 9.

La regla general propuesta por el anteproyecto, no viene acompañada de normas que materialicen un mayor control del gasto de estos recursos. Cabe recordar que el proyecto de Constitución de 2022, al referirse al principio de responsabilidad fiscal, contenía el mandato al legislador de “establecer mecanismos para un resarcimiento efectivo del patrimonio público”, ante el “incumplimiento de las obligaciones financieras” por el Estado (artículo 183.4 del proyecto de Constitución de 2022). Por su parte, el anteproyecto expresa que “la ley regulará los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad fiscal”, sin que se asocie este desarrollo con alguna consecuencia ante su incumplimiento (artículo 146.1 del capítulo VI).

Tampoco bastaría con relevar que los gobiernos locales son fiscalizados por sus órganos internos de control ni por otros organismos que tengan esa función (artículo 135.3 del capítulo VI); pues, al no ponerse en práctica dichas metas en la Constitución no se estaría disponiendo un efectivo contrapeso a la descentralización fiscal que se propone.

Súmase a lo anterior que el anteproyecto no potencia a la Contraloría General de la República respecto de los gobiernos territoriales. El proyecto avanza en el fortalecimiento de la Contraloría, al constitucionalizar algunas de sus atribuciones de rango legal (como la potestad dictaminante o la de auditoría); y al excluir la competencia de juzgar las cuentas, atribución de carácter jurisdiccional que ralentiza el ejercicio de las antes reseñadas facultades. Sin perjuicio de aquellos avances, no se ahonda en las competencias de la Contraloría en las regiones ni en las comunas.

El anteproyecto no le otorga alguna competencia de control a las contralorías regionales ni obliga explícitamente al legislador a regular ese asunto. Así, los poderes de las contralorías regionales seguirán dependiendo de la decisión del Contralor General de la República (artículo 24, inciso primero de la Ley n.º 10336)⁴⁸. Actualmente, la resolución n.º 1002 de 2011 prevé la organización y atribuciones de las contralorías regionales⁴⁹ y plasma las potestades

⁴⁸ Señala el artículo 24, inciso primero, de la Ley n.º 10336: “el Contralor General podrá constituir dependencias de la Contraloría en las zonas del país que él determine, con el objeto de facilitar y hacer más eficaz el control que la ley le encomienda, fijando por resolución la jurisdicción territorial de dichas oficinas, sus atribuciones y el personal de este organismo que las atenderá dentro de la competencia general de la Contraloría”.

⁴⁹ El acto del Contralor expresa: “la Contraloría General de la República cuenta con Contralorías Regionales en cada una de las regiones del país, las que se encuentran a cargo de un Contralor Regional, quien desarrolla tareas que le han sido delegadas por el Contralor General. Que se ha estimado necesario actualizar las normas que regulan la organización y atribuciones de las Contralorías Regionales, puesto que existen diversos instrumentos que contienen delegaciones de facultades en los Contralores Regionales, situación que podría generar confusiones en esta importante materia”, resolución n.º 1002 de 2011, considerando.

existentes, vinculándolas con la función jurídica, de control externo y de contabilidad del órgano contralor. Lo anterior es favorable para mantener la unidad de la Contraloría General de la República y del ordenamiento jurídico; pero no incentiva que las autoridades territoriales, al ejercer sus competencias, se desliguen de su dependencia central.

Tampoco se hace procedente el control preventivo de juridicidad de la Contraloría General de la República respecto de los actos municipales. La toma de razón, en la actualidad, no opera respecto de las actuaciones de los gobiernos locales, pues las municipalidades están exentas de someter sus actos al control preventivo de constitucionalidad y legalidad⁵⁰. El anteproyecto no cambiaría esta realidad, pues omite pronunciarse acerca de este punto⁵¹.

La exención de la toma de razón de todos los actos municipales se distingue de la regla aplicable a la Administración regional y central, cuyos decretos o resoluciones no están excluidos *in genere* del trámite de control preventivo de juridicidad. La diferencia no tiene justificación más que en el gran número de actos de los que tendría que conocer la Contraloría, argumento que cede ante la importancia de controlar a los gobiernos municipales.

Más allá de la desigualdad injustificada entre los actos controlados en razón de su emisor, el potenciamiento de los gobiernos regionales y municipales a través de la descentralización fiscal es el principal motivo para innovar en esta materia⁵². La Contraloría General de la República, de acuerdo con el proyecto preliminar, es el órgano constitucional encargado del control de “constitucionalidad y legalidad” de los actos de la Administración y de “la probidad en el ejercicio de la función administrativa”. En este contexto, al subsistir el cercenamiento de la toma de razón de los actos municipales en el anteproyecto, se limita una clase de control asentada en la tradición constitucional chilena, en una realidad que clama por su procedencia en materia local.

⁵⁰ El artículo 53, inciso primero, de la Ley n.º 18695 señala: “las resoluciones que dicten las municipalidades estarán exentas del trámite de toma de razón, pero deberán registrarse en la Contraloría General de la República cuando afecten a funcionarios municipales”.

⁵¹ Si bien podría argumentarse que el artículo 188.3, el cual señala: “la Contraloría General de la República ejercerá sus atribuciones en cada una de las regiones del país, de acuerdo a lo establecido en la ley [...] las contralorías regionales tienen por función principal el control de la administración regional y local del Estado”, podría provocar que se declare la inconstitucionalidad del artículo 53 de la Ley n.º 18695, al no ser clara la norma constitucional también podría interpretarse lo contrario.

⁵² Otro criterio es el sostenido por Benoit Deloof, quien afirma que no hay justificación para incluir a la toma de razón de los actos administrativos regionales. Señala que este control “refuerza la ‘infantilización’ de las regiones, además de ser antidemocrático. Parece insólito y anormal que un órgano administrativo unipersonal pueda bloquear la acción de un colegio de representantes elegidos democráticamente, y que los eventuales conflictos no se resuelvan, primero ante una auténtica jurisdicción”, DELOOF (2015) p. 118.

CONCLUSIÓN

El anteproyecto de la Comisión Experta es un insumo que, en materia de descentralización territorial, respeta la tradición constitucional chilena, que ha optado por el Estado unitario. De igual modo es valorable que se haya potenciado a los gobiernos regionales y locales, a fin de lograr una mayor descentralización territorial.

La descentralización fiscal destaca entre las herramientas concebidas por el anteproyecto para potenciar la autonomía financiera de los gobiernos regionales y locales. A través de los mecanismos propuestos se permite otorgar mayores recursos, siempre que exista una decisión previa del legislador.

Lo anterior significa dar un salto cualitativo en los medios otorgados para lograr la ansiada descentralización. Sin embargo, surge un riesgo, la falta de reforzamiento de los mecanismos de control de los recursos públicos allegados por los gobiernos locales a propósito de la descentralización fiscal.

Virtudes y amenazas deben ser analizadas y, en su caso, mejoradas, para que, de proceder, las reformas constitucionales futuras conjuguen debidamente la existencia del Estado unitario, el propósito de la descentralización y el control del uso de los recursos públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho administrativo general* (Santiago, Thomson Reuters, tercera edición actualizada).
- CEA, José Luis (2017): *Derecho constitucional chileno*, tomo I (Santiago, Ediciones UC).
- CORDERO VEGA, Luis (2015): "Lecciones de derecho administrativo" (Santiago, Thomson Reuters, primera edición).
- DELOOZ, Benoit (2015): "El dilema de la regionalización chilena: ¿más desconcentralización o "auténtica" autonomía regional?", en Bocksang, Gabriel y Lara, José Luis, *Administración territorial de Chile. Estudios sobre descentralización y desconcentración administrativas* (Santiago: Thomson Reuters) pp. 107-118.
- ENTEICHE, Nicolás (2012): "De la potestad constitucional discrecional del presidente de la república (comentario con ocasión de la sentencia del tribunal constitucional rol N° 1849 del 12 de mayo de 2011)", *Revista de Derecho Público Iberoamericano* n.º 1: pp. 283-288. Disponible en <https://mail.revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/17/305> [fecha de consulta: 4 de mayo de 2023].
- HELFMANN, Carolina e IRARRÁZAVAL, Ignacio *et al.* (2021): "Contribuciones a la discusión constitucional: descentralización", *Temas de la Agenda Pública* año 16 n.º 139. Disponible en <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/content/uploads/2021/05/Arti>

%CC%81cu-lo-Descentra lizacio%CC%81n-y-Constitucio%CC%81n-2.pdf [fecha de consulta: 14 de julio de 2023].

- ORTIZ, Edison y VALENZUELA, Esteban (2018): "Chile, un siglo de pugna por la democratización de las regiones. Representación minimizada y centralismo transversal", *Estudios Políticos* n.º 52: pp. 1-13. Disponible en <http://ezproxy.puc.cl/scholarly-journals/chile-un-siglo-de-pugna-por-lademocratización/docview/1992172033/se-2?accountid=16788> [fecha de consulta: 4 de mayo de 2023].
- PRADO, Santiago (1859): *Principios elementales de derecho administrativo chileno* (Santiago, Imprenta Nacional).
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro (2004): *Tratado de derecho constitucional*, tomo v: La Constitución de 1980, Gobierno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas fundamentales* (Santiago, Thomson Reuters).
- SUBDERE (2009): "Descentralización en América Latina: un análisis comparado de los casos de Colombia, Bolivia, Perú, Brasil y Argentina". Disponible en https://proactiva.subdere.gov.cl/bitstream/handle/123456789/344/Descentralizacion_America_Latina.pdf?sequence=1&isAllowed=y [fecha de consulta: 4 de mayo de 2023].
- VALLE, Javier (2021): *El Estado unitario chileno. Reconstrucción crítica de su ethos* (Santiago, LOM Ediciones).
- VIVANCO, Ángela (2006): *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980* (Santiago, Ediciones UC).

Normas

- Constitución española (1978), 29 de diciembre de 1978.
- Constitución Política de la República de Chile (1980), 11 de agosto de 1980.
- Leyes federales (1826), Proyecto de un Reglamento Provisorio para la Administración de las Provincias, presentado al Consejo Directorial por el Ministro del Interior, en 30 de noviembre de 1825, 27 de julio de 1826.
- Ley española 22/2001 (2001), reguladora de los fondos de compensación interterritorial, 27 de diciembre de 2001.
- Ley n.º 10336 (1952), Ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, 29 de mayo de 1952.
- Ley n.º 18575 (1986), Ley orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.
- Ley n.º 18695 (1988), Ley orgánica constitucional de municipalidades, 31 de marzo de 1988.
- Ley n.º 19175 (1992), Ley orgánica constitucional sobre gobierno y administración regional, 11 de noviembre de 1992.

Resolución n.º 1002 de la Contraloría General de la República (2011), establece organización y atribuciones de las contralorías regionales y deja sin efecto la resolución que indica, 23 de septiembre de 2011.

Otros documentos

Proyecto de Constitución de 2022, Constitución Política de la República de Chile. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2022].

Anteproyecto constitucional de 2023, propuesta de texto de nueva Constitución. Disponible en www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/04/Texto_aprobado_en-general_12.04.23.pdf [fecha de consulta: 4 de mayo de 2023].

Bío-Bío (2023): "Diputados oficialistas plantean que anteproyecto de Comisión Experta entre como reforma al Congreso". Disponible en www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/09/25/diputados-oficialistas-plantean-que-anteproyecto-de-comision-experta-entre-como-reforma-al-congreso.shtml [fecha de consulta: 18 de enero de 2024].

La Tercera (2024): "Derecha reabre debate de reformas políticas a un mes del fracaso de la última propuesta constitucional". Disponible en www.latercera.com/politica/noticia/derecha-reabre-debate-de-reformas-politicas-a-un-mes-del-fracaso-de-la-ultima-propuesta-constitucional/5B2AV2L7Z5DGPLUPYJO3OMSIZY/ [fecha de consulta: 18 de enero de 2024].

LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA

CONSTITUTIONAL COURT'S JURISPRUDENCE ON ANTITRUST MATTERS

*Catalina Salem Gesell**

RESUMEN: Se describe la última jurisprudencia contenida en las sentencias de inaplicabilidad del Tribunal Constitucional chileno, recaídas sobre requerimientos que impugnan preceptos contenidos en el decreto ley n.º 211, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia, o que se aplican con ocasión de tal cuerpo normativo. De los fallos se extraen criterios que permiten a los distintos operadores del derecho tener un panorama general y actualizado sobre esta materia.

PALABRAS CLAVE: jurisprudencia constitucional, inaplicabilidad, libre competencia.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to describe the latest jurisprudence contained in the judgments of the Chilean Constitutional Court. Specifically, we have selected those judgments of inapplicability that have been handed down on injunctions challenging precepts contained in Decree Law No. 211, which sets rules for antitrust matters, or that are applied on the occasion of such normative body. The rulings are analyzed by extracting criteria that allow the different operators of the law to have a general and updated overview on this matter.

KEYWORDS: constitutional jurisprudence, inapplicability, antitrust matters.

* Doctoranda en Derecho (PUC). Magíster en Derecho LLM-UC, mención en Derecho Constitucional y Magister en Ciencia Jurídica (PUC). Investigadora del Centro de Justicia Constitucional, UDD. Becaria Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, CONICYT-PFCHA/Doctorado Nacional/2018-21180819. Correo electrónico: c.salem@udd.cl

INTRODUCCIÓN

La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad contenida en el artículo 93 n.º 6 de la Constitución Política de la República, tiene por objetivo que el Tribunal Constitucional ordene al juez de una gestión judicial pendiente que no aplique un precepto legal por producir efectos contrarios a la Carta Fundamental.

La litigación en esta sede abarca variadas materias, tantas como leyes existen en el ordenamiento jurídico chileno. La sola posibilidad de aplicación de un precepto legal decisivo en la resolución de un asunto judicial, habilita a cualquiera de las partes, o al juez que conoce del litigio, para presentar un requerimiento ante el Tribunal Constitucional.

Por este motivo, la acción de inaplicabilidad se ha convertido en una herramienta procesal, su uso ha devenido en habitual para los litigantes, y el conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en una ventaja que permite apreciar de manera integral el proceso de constitucionalización del derecho.

Dentro de este marco, se sintetizan y analizan, de forma descriptiva, seis sentencias recientes, en las cuales se han impugnado normas del decreto ley n.º 211, que fija normas sobre Defensa de la Libre Competencia; o en las que se impugnan preceptos legales aplicables con ocasión de dicho cuerpo normativo. Todas las sentencias seleccionadas recayeron en gestiones judiciales pendientes ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), o que tuvieron su inicio ante dicho órgano jurisdiccional y se encuentran en revisión por la Corte Suprema.

La exposición se divide en dos partes. La primera aborda dos sentencias de inadmisibilidad. Se trata de los casos *Brink's* (STC rol n.º 12.745-22) y *Mastercard* (STC rol n.º 13.949-23). Ambas acciones no lograron sortear el requisito de admisibilidad de contar con fundamento plausible. En el análisis se describe por qué. La segunda trata sobre la jurisprudencia de fondo, y aborda dos ejes centrales: el concepto de sanción y el derecho al recurso. Específicamente, las materias desarrolladas fueron:

- i) la responsabilidad solidaria del pago de multas aplicadas a personas jurídicas (STC rol n.º 9097-20);
- ii) el derecho al recurso (STC rol n.º 10.246-21);
- iii) la aplicación de apremios y la facultad de imperio del TDLC (STC rol n.º 13.047-22) y
- iv) la proporcionalidad en la aplicación de multas (STC rol n.º 13.054-22).

Al final, se termina con una conclusión.

I. INADMISIBILIDAD:

EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INAPLICABILIDAD

*Caso Brink's, STC rol n.º 12745-22, Primera Sala¹:
La inaplicabilidad como control concreto*

El expediente rol n.º 12745-22, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Brink's Chile S.A., respecto de la expresión “que tenga relación directa con la cuestión debatida”, contenida en el artículo 349, inciso primero, del *Código de Procedimiento Civil*, en el proceso rol C.430-2021, seguido ante el TDLC, resulta ser un caso paradigmático de la obligación de fundamentar razonablemente la acción sobre la base de su carácter concreto y no abstracto de control de constitucionalidad de la ley.

La pretensión de la requirente en la gestión judicial pendiente era conocer y acceder al expediente investigativo y demás antecedentes pertinentes, en poder de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), antes de tener que contestar el requerimiento interpuesto por esta última ante el TDLC. Múltiples piezas del expediente tenían el carácter de reservado o confidencial. El libelo acusatorio se fundaba en que, durante los años 2017 y 2018, tres compañías y seis personas naturales habrían cometido un ilícito de colusión, al haber, supuestamente, acordado la fijación de precios para algunos servicios relativos al transporte de valores. Por estos hechos, la FNE solicitaba la aplicación de una multa ascendente a 39 325 UTA.

La requirente de inaplicabilidad alegó, en lo sustantivo, que la falta de acceso al expediente investigativo le impedía ejercer diversos elementos que componen el derecho al debido proceso, tales como: la defensa jurídica, la igualdad de armas o el examen y la discusión oportuna de la prueba al momento de contestar el requerimiento acusatorio. Esto, por cuanto solo podría acceder a los antecedentes en él contenidos si de forma voluntaria lo decidía la propia FNE o, bien, si lo ordenaba el TDLC una vez terminada la fase de discusión. Este último tribunal entendía en su jurisprudencia que el artículo 349 del *Código de Procedimiento Civil* permite la exhibición de documentos después de haber contestado el requerimiento, o habiéndose vencido el plazo para hacerlo, una vez que esté determinada la cuestión debatida, y siempre que tales documentos tengan una relación directa con aquella.

La Primera Sala del Tribunal Constitucional decidió que el requerimiento no contaba con un fundamento plausible debido a que efectuaba un repro-

¹ Integrada por los ministros: Juan José Romero, Iván Aróstica, Cristián Letelier, Nelson Pozo y el suplente de ministro Armando Jaramillo.

che abstracto y especulativo de inconstitucionalidad, al no especificar de qué modo se vulneraban los derechos constitucionales invocados (considerando 14.º). Esto último exige una exposición circunstanciada, razonada y delimitada de la forma en que el precepto legal contraría la Constitución (considerando 16.º).

Para arribar a esta conclusión, en los alegatos de admisibilidad, los ministros integrantes de la Sala le pidieron señalar a la requirente qué era aquello que desconocía de la acusación de la FNE, que le impidiera conocer los hechos que se le imputaban para poder negarlos o controvertirlos en su contestación, pues revisado el libelo acusatorio estaban claramente señalados (considerandos 18.º y 19.º).

Asimismo, la Sala razonó que la abstracción del requerimiento también estaba dada por el hecho de que, en su argumentación, el requirente invocaba el precepto legal de forma aislada en el procedimiento al cual resultaba aplicable. Así, en la etapa probatoria, sí podría solicitar el acceso al expediente investigativo, no agotándose su derecho a defensa en la etapa de discusión (considerandos 21.º a 23.º). También, la Sala sostuvo que el requirente confundía los hechos y la prueba sobre los mismos. Mientras los primeros estaban descritos en el libelo acusatorio de la FNE, a los segundos podría acceder en etapas posteriores del proceso.

De esta forma, la requirente no logró demostrar, en los hechos concretos de la causa, la falta de elementos fácticos que le impidieran contestar la acusación de la FNE (considerandos 24.º a 27.º). En consecuencia, la Sala concluye:

“La inaplicabilidad tiene una naturaleza esencialmente concreta, de modo que para esta Magistratura es relevante poder apreciar con mayor precisión que la expresada por quienes se sienten afectados en su derecho a defensa el agravio que se supone provocará la aplicación del precepto legal” (considerando 27.º)².

En consecuencia, esta sentencia de inadmisibilidad permite demostrar la necesaria correlación que debe existir entre los argumentos de derecho que se esgrimen para configurar el vicio de constitucionalidad, y los elementos fácticos³ que obran en la gestión judicial pendiente. Tanto así, que se espera que

² La sentencia contó con una única prevención del ministro Nelson Pozo, quien estuvo por declarar la inadmisibilidad invocando la causal del n.º 5 del artículo 84, dado que a su juicio el precepto legal no produciría los efectos alegados por la actora, debiendo haber impugnado el artículo 22 del decreto ley n.º 211, que en su inciso noveno dispone la facultad del TDLC de decretar reserva o confidencialidad de determinados antecedentes.

³ Para este caso, se trataba de las piezas del proceso, pero también, aquellas otras normas legales que reglamentaban el proceso que estaba siendo sustanciado por el TDLC y cuyos efectos debían ser considerados en la configuración del supuesto vicio de constitucionalidad.

exista una relación de causalidad directa entre los hechos del proceso *a quo*, la aplicación del precepto legal y la vulneración a la Constitución, no bastando un mero contraste entre la ley y la norma constitucional.

*Caso Mastercard, STC rol n.º 13.949-23, Primera Sala⁴:
la falta de configuración de un conflicto de constitucionalidad*

Con fecha 11 de enero de 2023, Mastercard International Incorporated presentó un requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 18 n.º 3 del decreto ley n.º 211, precepto que dispone lo siguiente:

“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 3) Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella”.

A juicio de la actora, este precepto vulneraba el artículo 19 n.ºs 2, 21, 24 y 26, y los artículos 60, 76, 108 y 109, todos de la Constitución Política, alegando la existencia de una vulneración a la distribución de competencias que establece la Constitución, la igualdad ante la ley, la libertad económica y el derecho de propiedad.

La gestión judicial pendiente era un recurso de reclamación seguido ante la Corte Suprema, rol n.º 105.997-2022, caratulado “Servicios Visa Internacional Limitada/Tribunal de Defensa de la Libre Competencia”. En este requerimiento, Mastercard impugnó la Instrucción de Carácter General n.º 5, de 16 de agosto de 2022, del TDLC que, en virtud del precepto legal impugnado, estableció condiciones de competencia en el mercado de los medios de pago con tarjetas de crédito, tarjetas de débito y tarjetas de pago con provisión de fondos.

En el requerimiento se sostuvo que el precepto legal impugnado tenía una “exagerada amplitud” al habilitar al TDLC para regular una industria completa, imponiendo cargas significativas a sus actores e imputando a Mastercard y a Visa una posición dominante en el mercado, estableciendo regulaciones *ad hoc* y específicas para afectarlas. Por este motivo, la actora estimó que el TDLC “ha actuado como una Comisión Especial y sin limitaciones, más allá de toda habilitación constitucional” (considerando 9.º).

Las partes requeridas invocaron tres causales de inadmisibilidad, a saber, las contenidas en los numerales 2, 5 y 6 del artículo 84 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

⁴ Integrada por la ministra Nancy Yáñez y los ministros Nelson Pozo, José Ignacio Vásquez, Miguel Ángel Fernández y Rodrigo Pica.

La primera causal invocada se refiere a cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva. Esta última era la sentencia rol n.º 391, de 2003, que recayó en el control preventivo obligatorio de la ley que creó el TDLC. Las requeridas alegaron que en dicha sentencia se abordó y se descartó el mismo vicio alegado por Mastercard, declarando el Tribunal Constitucional ajustado a la Carta Fundamental el artículo 18 n.º 3 del decreto ley n.º 211. Agregaron que debía descartarse distinguir entre control abstracto y control concreto, toda vez que el artículo 84 n.º 2 no hace esa distinción, “siendo relevante para configurar la causal el que se haya discutido “el mismo vicio”, como ocurre en el caso de autos” (considerando 16.º).

En cuanto a la causal del número 5 del artículo 84, esto es, cuando de los antecedentes de la gestión pendiente en que se promueve la cuestión, aparezca que el precepto legal impugnado no ha de tener aplicación, o ella no resultará decisiva en la resolución del asunto, las requirentes alegaron que la norma ya fue aplicada al momento de dictarse la Instrucción de Carácter General por parte del TDLC. Asimismo, se estimó que el precepto legal no era decisivo, por cuanto no se impugnó el inciso final del artículo 31 y el artículo 27, ambos del decreto ley n.º 211, que permiten a la Corte Suprema resolver de igual modo la reclamación deducida y revisar los aspectos de hecho, derecho y económicos de la referida instrucción (considerando 17.º).

Finalmente, respecto de la causal contenida en el artículo 84 n.º 6 de la Ley Orgánica, las partes requeridas arguyeron que el requerimiento carecía de fundamento plausible por plantear un conflicto de legalidad. Este consistiría en cuestionar que el TDLC habría excedido el marco de sus competencias.

La Sala declaró, sin votos particulares, la inadmisibilidad teniendo por fundamento esta última causal. En efecto, afirmó que, al ser un conflicto de legalidad, “puede y debe resolverse en la sede de reclamación en que precisamente pende la gestión judicial, ante la Corte Suprema” (considerando 26.º). En específico, el conflicto de legalidad estaría circunscrito a la alegación de la requirente acerca de la extralimitación de las competencias o la arbitrariedad en su ejercicio por parte del TDLC, siendo dicha actuación a la cual le resultan imputables los vicios de inconstitucionalidad alegados, no al precepto legal. La debida aplicación e interpretación de la ley deben ser resueltas por la Corte Suprema (considerando 27.º).

Asimismo, se tuvo en consideración que, de inaplicarse el precepto legal, la parte requirente quedaría en una situación más gravosa que la alegada, puesto que no tendría cómo impugnar la actuación del TDLC; de igual modo, la Sala invocó la jurisprudencia que descarta que la inaplicabilidad sea la vía

para “inhibir o derechamente eliminar potestades, atribuciones o competencias de órganos concretos” (considerando 29.º).

Como argumento adicional, también invocó la sentencia rol n.º 391-2003 que declaró constitucional la atribución contenida en el precepto legal. En consecuencia, al ser constitucional la atribución, le corresponde al juez del fondo determinar si el TDLC ha extralimitado sus competencias o actuado de modo abusivo, vulnerando derechos (considerando 32.º). También, citó la sentencia de inadmisibilidad rol n.º 7064-19 que recayó sobre el número 2 del artículo 18 del decreto ley n.º 211, en la cual también se tuvo como consideración que el asunto planteado era uno de mera legalidad (considerando 33.º).

Como se aprecia en este tipo de casos, la impugnación de preceptos legales que contienen atribuciones de un determinado órgano tiene como desafío de fundamentación construir el caso de inaplicabilidad sin dirigir la impugnación al acto resultante del ejercicio de dicha facultad. En este último asunto se le pide al Tribunal Constitucional confrontar directamente el acto impugnado en la gestión judicial pendiente con la Constitución, invocando la ley como una mera pantalla entre ambos parámetros de comparación.

Para que este grupo de casos pueda erigirse como un control al legislador, el requerimiento debe ser elaborado argumentando que lo impugnado es el diseño legislativo de la atribución. Por cierto, la dificultad está en no mezclar tal análisis con la impugnación que se alega en la gestión judicial pendiente. Esto presenta un desafío no menor si se tiene en cuenta que la inaplicabilidad requiere un examen concreto, y tal análisis no debe prescindir de las manifestaciones inconstitucionales apreciables en los antecedentes fácticos del caso sobre el cual recae.

Para salvar esta dificultad de argumentación, bien puede servir responder a la pregunta de si el vicio alegado es subsanable solo mediante la declaración de inaplicabilidad o, bien, puede ser subsanado por el juez del fondo. Cuando la respuesta a tal pregunta es que sí puede ser remediado por el juez de la gestión, entonces se tratará de un conflicto de legalidad y la acción de inaplicabilidad presentada se erigirá como un mero instrumento para remover un obstáculo a fin de facilitar una decisión de fondo favorable, mediante la modificación del derecho sustantivo en favor de una determinada pretensión procesal. Pero, como lo ha dicho invariablemente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es tal el objeto de la inaplicabilidad.

Por último, es muy poco frecuente que las salas del Tribunal Constitucional utilicen la causal del número 2 del artículo 84 para declarar una inadmisibilidad. La razón de su poco uso se debe al carácter concreto de la acción de inaplicabilidad, que no se condice con la naturaleza abstracta que caracteriza a los otros tipos de controles a la ley. De esta forma, en la inaplicabilidad se tienen en consideración las circunstancias concretas que rodean la aplicación

del precepto legal, de modo tal que, si en un caso tal aplicación puede resultar conforme a la Constitución, en otro caso no, debido a las peculiaridades que presenta.

En el expediente analizado, la Sala no invocó esta causal, sino como un argumento para reafirmar la falta de fundamento plausible al configurarse un conflicto de legalidad. Podría estimarse que la única posibilidad de que la causal del n.º 2 del artículo 84 de la Ley Orgánica pueda ser invocada es cuando el requerimiento plantea una impugnación abstracta y no concreta de la ley; pero en estos casos, la jurisprudencia uniforme de las salas ha sido encasillar estas impugnaciones en la causal de “falta de fundamento plausible”.

II. PRONUNCIAMIENTOS DE FONDO:

CUMPLIMIENTO DE MULTAS Y DERECHO AL RECURSO

Responsabilidad solidaria del pago de multas aplicadas a personas jurídicas.

STC rol n.º 9097-20, de 21 de abril de 2022

El 10 de agosto de 2020, Rodrigo Lizasoáin Videla presentó un requerimiento de inaplicabilidad impugnando el artículo 26, letra c), párrafo primero, oración final, del decreto ley n.º 211, norma que dispone lo siguiente:

“En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieren participado en la realización del mismo”.

La oración se inserta en la disposición que regula las medidas que puede adoptar el TDLC en su sentencia definitiva, dentro de las cuales se encuentra la aplicación de multas a beneficio fiscal.

La gestión pendiente sobre la cual recaía la acción de inaplicabilidad se inició mediante un requerimiento de la FNE en contra de las empresas Pegasus South America Servicios Integrales de Aviación SpA e Inaer Helicopter Chile S.A.; además de dos personas naturales, entre las cuales se encontraba Rodrigo Lizasoáin Videla, quien ejerció como gerente general de Inaer entre los años 2006 y 2013.

El contencioso se encontraba en conocimiento del TDLC, rol C-393-20. En este conflicto, la FNE imputó a ambas empresas haber infringido el artículo 3.º, incisos primero y segundo, letra a), del decreto ley n.º 211, por haber celebrado y ejecutado un acuerdo consistente en afectar el resultado de diversos procesos de licitación en el mercado nacional para la contratación planificada

de servicios de combate y extinción de incendios forestales mediante helicópteros, entre los años 2006 y 2013. A su vez, la participación de los ejecutivos denunciados de ambas empresas habría permitido la coordinación necesaria para llegar a los acuerdos imputados, interviniendo en la ejecución de los actos necesarios para su materialización.

En el expediente de fondo, la FNE solicitó la aplicación de multas a beneficio fiscal para todos los actores denunciados: 5 200 UTA para la empresa Pegasus; 3 000 UTA para Inaer; 65 UTA para Ricardo Pacheco Campusano y 60 UTA para Rodrigo Lizasoain Videla. Además, solicitó la responsabilidad solidaria de estos últimos respecto de las multas aplicadas a las personas jurídicas en las cuales ejercieron labores directivas, tal como lo permite el precepto que había sido impugnado en el expediente constitucional.

Al momento de presentar el requerimiento de inaplicabilidad, el TDLC ya había rechazado una excepción dilatoria que buscaba corregir el procedimiento a fin de que solo se persiguiera la responsabilidad personal del director en las multas aplicadas.

El requirente de inaplicabilidad fundó su impugnación en la vulneración de los principios de *ne bis in idem* y de proporcionalidad, a partir del derecho a un debido proceso y la garantía de un racional y justo procedimiento (artículo 19 n.º 3.º, inciso sexto, de la Constitución). A su juicio, el precepto legal permite una sanción doble a un mismo sujeto, por un mismo hecho y bajo un mismo fundamento.

Para resolver el conflicto de constitucionalidad planteado, el Tribunal Constitucional constató el nexo causal que existe entre el principio de proporcionalidad y el principio del *ne bis in idem*, señalando:

- a) primero debía comprobarse la existencia de una doble sanción,
- b) de forma previa a pronunciarse sobre la proporcionalidad.

Y que para ello debía, en primer lugar, delimitar la naturaleza jurídica de la institución de la solidaridad pasiva en materia de libre competencia, a fin de comprobar si tenía una naturaleza sancionatoria (considerandos 7.º y 9.º).

El Tribunal Constitucional rechazó la acción, al comprobar que la responsabilidad solidaria instituida en el precepto impugnado no reviste la calidad de una sanción; el razonamiento consecuente es que no existe una vulneración al principio *ne bis in idem* y, por lo mismo, no resulta pertinente invocar al principio de proporcionalidad.

Para el tribunal, la solidaridad pasiva que instituye el precepto legal impugnado es un instrumento de garantía y de responsabilización por las deudas. Su origen es la ley. No puede ser concebida como una sanción, pues esta se agota en la multa impuesta a la persona jurídica. El hecho que la norma cuestionada exija que los directores, administradores y las personas naturales hubieran participado en el acto denunciado y que, además, hayan reportado un

beneficio de él, solo cumple una función delimitadora del círculo de codeudores solidarios. De esta manera:

“el pago de la multa por la persona natural no se estructura en base al principio de culpabilidad, siendo irrelevantes los argumentos que podrían exonerarla de responsabilidad infraccional” (considerando 17.º).

Entendida de esa forma la solidaridad pasiva, el tribunal declara que no tiene la posibilidad de vulnerar el principio *ne bis in idem*, al no existir triple identidad de repetir lo mismo respecto de personas, hechos y fundamentos: la solidaridad pasiva exige la existencia de personas distintas, por una parte la sociedad acreedora de la multa y, por la otra, el director, administrador o persona natural que responden por los actos de la persona jurídica; no existe doble sanción por unos mismos hechos, solo una institución que busca el aseguramiento del cumplimiento de una única sanción, pudiendo el deudor solidario repetir en contra del deudor principal; y tampoco hay identidad de fundamentos, toda vez que mientras la sociedad responde por sus propios actos, la persona natural se obliga en razón de un título diferente, que es su participación y beneficio en el acto ejecutado (considerandos 20.º a 23.º).

Al no existir una doble sanción, queda excluido el análisis de vulneración del principio de proporcionalidad.

La sentencia en comento contó con el voto en contra del ministro Juan José Romero, quien estuvo por acoger el requerimiento. Su argumentación giró en torno al concepto de sanción, afirmando que más allá de verificarse su existencia:

“lo concreto y relevante es que la disposición impugnada representa una respuesta del Estado que irroga un gravamen o consecuencia negativa a quien ha cometido un acto censurable y que importa un beneficio pecuniario para el fisco” (considerando 6.º de la disidencia).

De esta forma:

“la respuesta punitiva del Estado no difiere sustancialmente de la multa o consecuencia pecuniaria negativa directa impuesta para beneficio del Estado que ha de soportar el administrador que ha intervenido o participado en la realización de un acto colusorio. En este caso, la responsabilidad solidaria se encuentra atada a la absolución o condena del imputado por la responsabilidad infraccional. En ambas respuestas punitivas o sanciones está presente una finalidad retributiva y, aunque se discuta esto último, parece indiscutible la existencia –aun en grados distintos– de una función disuasiva” (considerando 7.º de la disidencia).

En síntesis, el ministro Juan Romero acusa que el factor disuasivo que lleva implícito el precepto legal impugnado tiene como efecto un cúmulo de responsabilidades en una misma persona, ya que de existir condena, la multa individual impuesta al requirente incorpora en plenitud las consideraciones que justificarían la imposición de una responsabilidad solidaria; el resultado es una respuesta punitiva estatal excesiva, que afecta la racionalidad y justicia procedimental, aun cuando ambos tipos de responsabilidades –la personal y la solidaria– no sean idénticas (considerandos 10.º y 11.º de la disidencia).

Por último, el ministro Iván Aróstica previno que concurría al rechazo por cuanto la cuestión planteada por el requirente no se avenía con la jurisprudencia previa del Tribunal Constitucional. A su juicio, el conflicto de constitucionalidad debió haber sido planteado en términos de la posibilidad de controvertir el abuso o exceso en la aplicación de la solidaridad, además de su desproporción en consideración de la capacidad económica del infractor. En otros términos, para el ministro Iván Aróstica no se trata de una responsabilidad solidaria civil, sino que se ubica dentro del campo sancionador o penal, donde rige el principio de responsabilidad personal.

Es posible apreciar de los tres razonamientos contenidos en la sentencia, el meollo del conflicto estuvo en delimitar si la responsabilidad solidaria contenida en el precepto legal impugnado conserva incólume su naturaleza civil cuando es aplicada al derecho punitivo. Mientras la sentencia afirma que sí conserva dicha naturaleza, el voto disidente y la prevención no comparten esa conclusión. Tal como se expuso, para la sentencia el elemento subjetivo contenido en el precepto legal impugnado, a saber, que el deudor solidario haya participado en la ejecución del acto infraccional, y que además se haya beneficiado de él, opera como un delimitador que permite identificar a los sujetos obligados solidariamente al pago de la multa impuesta a la persona jurídica.

Sin embargo, se extraña en la sentencia un análisis concreto del caso en que se compruebe que operó de esta manera la aplicación del precepto legal impugnado. La sentencia se limita a citar un informe en derecho acompañado al expediente de inaplicabilidad, pero omite constatar que ese fue el efecto aplicativo del precepto legal en la gestión judicial pendiente.

De esta forma, la sentencia presenta un razonamiento abstracto, que no logra distinguir las particularidades concretas del caso decidido, para facilitar su diferenciación de otros casos futuros subsumibles bajo el mismo precepto legal impugnado.

Derecho al recurso.

STC rol n.º 10.246-21, de 3 de junio de 2022

El 22 de octubre de 2020, Comunidad de Aguas Subterráneas Sector Dos Embalse Lautaro – La Puerta; SCM Minera Lumina Copper Chile y Agrícola

Las Juntas S.A., presentaron un requerimiento de inaplicabilidad impugnando el artículo 31, inciso final, del decreto ley n.º 211, precepto que dispone lo siguiente:

“Las resoluciones o informes que dicte o emita el Tribunal en las materias a que se refiere este artículo, podrán ser objeto del recurso de reposición. Las resoluciones de término, sea que fijen o no condiciones, sólo podrán ser objeto del recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27. Dicho recurso deberá ser fundado y podrán interponerlo el o los consultantes, el Fiscal Nacional Económico y cualquiera de los terceros que hubieren aportado antecedentes de conformidad con lo dispuesto en el número 1”.

El inciso se inserta en la disposición que regula el procedimiento que debe seguir el TDLC, en el ejercicio de las atribuciones a que se refieren los números 2), 3) y 4) del artículo 18 del mismo cuerpo normativo, así como al emitir los informes que le sean encomendados en virtud de disposiciones legales especiales.

La gestión pendiente sobre la cual recaía la acción de inaplicabilidad era un recurso de hecho presentado en conformidad con los artículos 200 y 203 del *Código de Procedimiento Civil*, en conocimiento de la Corte Suprema bajo el rol n.º 58.555-2020. Este proceso se configuró luego de la declaración de improcedencia de un recurso de reclamación en contra de un informe n.º 16/2020, de 20 de abril de 2020, emitido por el TDLC en el procedimiento no contencioso rol n.º 455-2019. En el informe se concluía que la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que administra y distribuye la requirente, impide, restringe o entorpece la libre competencia en el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas y sus mercados conexos, no dando lugar a la exención del pago de la patente por no uso de aguas establecido en el artículo 129 bis 9.º del *Código de Aguas*.

Los requirentes de inaplicabilidad fundaron su impugnación en la vulneración del derecho al recurso, comprendido en el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 19 n.º 3.º, inciso sexto, de la Constitución, y en los artículos 8.1, 8.2 letra h) y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en vinculación con el artículo 5.º, inciso segundo, de la Constitución.

Asimismo, alegaron la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, ambos reconocidos en el artículo 19 n.º 2 y n.º 3 inciso primero, respectivamente, de la Constitución. A su juicio, el precepto impugnado establece diferencias arbitrarias en la posibilidad de impugnación de las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento no contencioso en comparación con aquellas que se adoptan en un proceso contencioso; asimismo, argumenta que si se compara la norma con el artículo 822 del *Código de Procedimiento Civil*, en este último caso sí se per-

mite la doble instancia en los procedimientos no contenciosos, dejando en evidencia una falta de razonabilidad en la diferenciación entre ambos cuerpos normativos.

A este requerimiento le siguió otro planteado en idénticos términos y resuelto por el Tribunal Constitucional con iguales fundamentos, a saber, la STC rol n.º 9847-2020, de 3 de junio de 2022.

Conociendo del fondo, el Tribunal Constitucional confirmó su competencia para conocer del asunto planteado en estrados, declarando que se trataba de un conflicto de constitucionalidad y no de mera interpretación legal. A juicio de la magistratura la improcedencia del recurso de reclamación “es clara” (considerando 4.º), es decir, se desprende del propio texto legal, por lo que la discusión a decidir es “si la aplicación del precepto impugnado provoca o no un efecto contrario al texto constitucional” (considerando 5.º).

El requerimiento fue acogido sobre la base de dos vulneraciones distintas: el artículo 19 n.º 2, inciso segundo y el artículo 19 n.º 3, inciso sexto, de la Constitución. El eje argumental fue la comparación del caso en cuestión con otros que sí contemplan la posibilidad de revisión judicial; y, al mismo tiempo, que por consideraciones de racionalidad y justicia procedimental, en el caso concreto sí resulta necesaria la posibilidad de revisión judicial del informe del TDLC, por cuanto:

“Lo que está en juego, desde esta última perspectiva, es el alcance que ha de tener la facultad de dicho tribunal de informar casos como los descritos, en los que se ha producido un cambio jurisprudencial radical que amerita ser zanjado por una alta corte de justicia” (considerando 6.º).

En cuanto a la igualdad ante la ley, el Tribunal Constitucional efectuó un juicio de comparación para determinar la racionalidad y justicia de la exclusión del recurso de reclamación del específico proceso no contencioso sobre la base del cual se originó la gestión judicial pendiente. El resultado de tal comparación fue que el decreto ley n.º 211 contempla tanto procedimientos contenciosos como no contenciosos, sin embargo, esta diferenciación no es determinante en dicho cuerpo legal para la configuración legal del derecho al recurso:

“En las causas contenciosas siempre procede el recurso de reclamación en contra de las sentencias definitivas. Y en algunas materias agrupadas bajo la segunda categoría (no contenciosas) también se contempla el recurso de reclamación” (considerando 7.º).

El tribunal identifica que el único elemento diferenciador entre aquellos procesos no contenciosos en los que sí procede el recurso de reclamación y aquellos que en que no procede tal recurso, es su regulación diferenciada en el artículo 18

del decreto ley n.º 211, ubicándose en numerales distintos (n.º 2 y n.º 7, respectivamente). De esta forma, si bien todos los procesos de consulta de que conoce el TDLC cumplen una similar función, solo aquellos contemplados en leyes especiales –como el *Código de Aguas*– quedan excluidos del recurso de reclamación ante la Corte Suprema.

Para el Tribunal Constitucional no resultaron atendibles las argumentaciones de la FNE que apuntaban a relevar aquellos elementos diferenciadores de la atribución consultiva del TDLC bajo examen. Por el contrario, el tribunal destacó las circunstancias concretas del caso para afirmar que este último demuestra que el informe del TDLC no tiene una naturaleza meramente descriptiva, sino que va más allá:

“Lo que ha hecho (y no estamos afirmando que su proceder haya sido adecuado o inadecuado) es un análisis prospectivo que implica una valoración de riesgos para la libre competencia en los mercados relevantes” (considerando 11.º).

La sentencia resalta que así lo consignó el voto disidente del informe en cuestión. Añade que lo resuelto por el TDLC “no es un simple antecedente o insumo para la Dirección de Aguas, sino que zanja de forma definitiva un tema” (considerando 12.º), en forma similar a aquella atribución que le confiere el artículo 18 n.º 2 del decreto ley n.º 211.

Lo anterior lleva al tribunal a concluir:

“el que se trate de consultas en virtud de leyes especiales y que se enmarquen en procesos más amplios con participación decisoria de autoridades sectoriales no altera la igualdad sustancial de ambas hipótesis, las cuales, por lo mismo, debieran tener posibilidades recursivas equivalentes” (considerando 13.º).

Respecto de la vulneración del derecho de la igualdad ante la ley la sentencia concluye que “la racionalidad de las clasificaciones establecidas por el Decreto Ley N° 211 es limitada” (considerando 14.º). Pues, además, el artículo 18 n.º 7, dado su carácter residual, comprende asuntos de diversa naturaleza. Tanto así que en algunas leyes especiales sí procede la reclamación ante la Corte Suprema; y en otras se alude de forma expresa a la equivalencia con el numeral 2.º del artículo 18, lo que permite constatar, nuevamente, “que situaciones esencialmente similares reciben un tratamiento legal diferente” (considerando 14.º).

Por último, el tribunal también concluye que se vulnera la racionalidad y la justicia procedimental (artículo 19 n.º 3, inciso sexto, de la Constitución), dado que, en el caso concreto, la resolución del TDLC amerita ser revisada por la Corte Suprema. Las circunstancias particulares que identifica el tribunal

son que el TDLC ha cambiado su jurisprudencia sobre esta materia, correspondiéndole a la Corte Suprema determinar:

“cuál es la manera jurídicamente correcta de entender el cometido que el Código de Aguas le encarga al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La racionalidad y justicia procedimental sugiere que la mencionada alta Corte pueda conocer y resolver el asunto” (considerando 18.º).

Por estas argumentaciones, el tribunal concluye que el diseño legislativo resulta defectuoso, produciendo la aplicación concreta de la norma un resultado contrario a la Constitución.

En consecuencia, el juicio de comparación con otros regímenes legales atingentes y el cambio de jurisprudencia del TDLC en esta materia, fueron elementos determinantes del caso concreto para terminar acogiendo la acción.

La disidencia fue suscrita por los ministros Gonzalo García, Nelson Pozo, María Pía Silva y Rodrigo Pica, quienes, en síntesis, negaron la naturaleza jurisdiccional de la potestad de informar desplegada por el TDLC, por lo que –señalaron– el sistema recursivo diseñado por el legislador resulta adecuado a objeto de regular actos no jurisdiccionales. Asimismo, la disidencia calificó de abstractas las alegaciones del requirente, afirmando que no le corresponde a la magistratura constitucional configurar un nuevo medio impugnativo, sino que, en conformidad con el artículo 93 n.º 6 de la Constitución, su labor tiene una impronta de legislador negativo, que impide crear nuevos recursos.

“En otras palabras, el Tribunal Constitucional no está llamado a suplir lo que el legislador no ha hecho, sino que sólo a anular o dejar sin efecto el producto de la obra legislativa que resulte contraria a la Constitución en su aplicación a un caso concreto” (considerando 31.º, disidencia).

*Aplicación de apremios y facultad de imperio del TDLC.
STC rol n.º 13.047-22, de 22 de noviembre de 2022*

El 17 de marzo de 2022, la Asociación Nacional de Fútbol Profesional (ANFP), presentó un requerimiento de inaplicabilidad que contenía dos impugnaciones diferentes, ambas declaradas admisibles. La primera de ellas, en contra del inciso tercero del artículo 28 del decreto ley n.º 211 y la segunda, dirigida en contra de la totalidad del artículo, el cual dispone lo siguiente:

“La ejecución de las resoluciones pronunciadas en virtud de este procedimiento, corresponderá directamente al Tribunal de Defensa de la

Libre Competencia el que contará para tales efectos, con todas las facultades propias de un Tribunal de Justicia.

Las multas impuestas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia deberán pagarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que quede ejecutoriada la respectiva resolución.

Si cumplido el plazo el afectado no acreditare el pago de la multa, el Tribunal deberá, de oficio o a petición de parte, y sin forma de juicio, apremiarlo del modo establecido en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil”.

La gestión pendiente sobre la cual recaía la acción de inaplicabilidad era el proceso rol n.º C-343-2018, sustanciado ante el TDLC. Este tenía por objetivo la ejecución de la sentencia rol n.º 173/2020, por el cual el mismo tribunal acogió un requerimiento interpuesto por la FNE, condenando a la ANFP al pago de una multa a beneficio fiscal por la suma de 3 145 UTA. Esto, por haber infringido el artículo 3.º del decreto ley n.º 211, al exigir el pago, desde fines del año 2011, de una cuota de incorporación a los clubes deportivos que ascienden desde la segunda a la primera división del fútbol profesional chileno. Al solicitar la FNE el cumplimiento de la sentencia, la ANFP alegó no contar con el patrimonio suficiente para su pago, y pidió que se oficiara a la Tesorería General de la República a fin de que pudiera celebrar un convenio de pago. Este órgano negó tener atribuciones para ello, por lo cual el TDLC ordenó el pago, bajo apercibimiento de aplicar los apremios contemplados en la disposición legal impugnada. La ANFP repuso tal resolución, configurando la gestión en la cual había de tener aplicación el precepto legal.

La requirente de inaplicabilidad fundó su impugnación en que el apremio de multa proporcional o arresto hasta por quince días que el TDLC puede resolver “sin forma de juicio”, para el caso de no pago de la multa impuesta en la sentencia, atenta contra el derecho al debido proceso, el principio de proporcionalidad, la proscripción de apremios ilegítimos, el principio de culpabilidad y responsabilidad personal y el principio de igualdad ante la ley (artículo 19 de la Constitución, n.ºs 1, 2, 3 y 7).

El Tribunal Constitucional rechazó la acción sobre la base de dos consideraciones generales. La primera, su asentada doctrina sobre los apremios, señalando que los arrestos no aparejan apremios ilegítimos cuando son establecidos para el cumplimiento de una obligación legal; tampoco constituyen una forma de prisión por deudas (considerandos 6.º y 7.º). La segunda, que el requerimiento ponía en jaque la facultad de imperio del TDLC, que emana directamente del artículo 76 de la Constitución (considerando 9.º).

En un análisis más específico, el Tribunal Constitucional descartó que las multas y los arrestos tuvieran una naturaleza sancionatoria:

“sino más bien constituyen una medida que tiene por objeto obtener el pago de la multa impuesta por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en protección del bien común en virtud de la motivación del orden económico, y en ejercicio de su facultad de imperio, luego de un procedimiento previo racional y justo; apremios que cesan una vez cumplida la obligación a que ha sido compelido el sentenciado” (considerando 10.º).

De esta forma, busca dar cumplimiento a un objetivo constitucionalmente válido:

“cual es, dar protección a la libre competencia en los mercados, parte integrante del orden público económico, y de disuadir que esas prácticas vuelvan a ocurrir en el futuro, en promoción del bienestar general de la sociedad en el orden económico” (considerando 10.º).

El arresto al representante de la persona jurídica tiene por finalidad que esta última cumpla con la sanción que le fue impuesta.

Respecto a la expresión “sin forma de juicio” del precepto legal impugnado, el tribunal razonó que no es una expresión equiparable a “de plano y sin más trámite”, que da cuenta de que no existe un procedimiento establecido que debe observar el juez para resolver (considerando 11.º). Asimismo, el Tribunal Constitucional tuvo en especial consideración en este análisis las circunstancias concretas del caso, en las cuales pudo comprobar que el TDLC no resolvió “de plano”, sino que dio traslado a las partes; ofició a la Tesorería General de la República a solicitud de la ANFP; esta última pudo impugnar la orden de pago de la multa por la cual fue apercibida; y tenía posibilidades de recurrir de la eventual resolución que le aplicara el apremio (considerando 12.º). En consecuencia, no estimó vulnerado el debido proceso.

Por último, en cuanto al principio de culpabilidad, la sentencia negó el carácter de sanción del apremio y, además, tuvo en consideración que un eventual análisis sobre la capacidad de pago de la requirente para determinar la proporcionalidad de la multa escapaba a su competencia, por ser un conflicto de legalidad (considerando 20.º).

La sentencia no contó con votos disidentes.

Aplicación de multas y proporcionalidad.
STC rol n.º 13.054-22, de 25 de abril de 2023

El 18 de marzo de 2022, Correos de Chile presentó un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 26 letra c) del decreto ley n.º 211. Dicho artículo permite al TDLC, en su sentencia definitiva, adoptar la siguiente medida:

“c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales. Las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo. Las multas aplicadas a personas naturales no podrán pagarse por la persona jurídica en la que ejercieron funciones ni por los accionistas o socios de la misma. Asimismo, tampoco podrán ser pagadas por cualquiera otra entidad perteneciente al mismo grupo empresarial en los términos señalados por el artículo 96 de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, ni por los accionistas o socios de éstas. En el caso de las multas aplicadas a personas jurídicas, responderán solidariamente del pago de las mismas sus directores, administradores y aquellas personas que se hayan beneficiado del acto respectivo, siempre que hubieran participado en la realización del mismo.

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”.

La gestión judicial pendiente era un recurso de reclamación, sustentado por la Corte Suprema, rol n.º 95.523-2021. En el conflicto en comento, se impugnaba una serie de vicios formales y sustantivos respecto de la sentencia dictada por el TDLC, rol n.º 178-2021, de 15 de noviembre de 2021, en contra de Correos de Chile. Este último fallo acogió la demanda interpuesta por Servicios de Correspondencia Envía Limitada, por infracciones a lo dispuesto en las letras b) y c) del artículo 3.º del decreto ley n.º 211, condenando a la Empresa Correos de Chile por abuso de su posición dominante mediante el otorgamiento de descuentos exclusorios en el mercado nacional de distribución de correspondencia, y por efectuar prácticas de competencia desleal con el objetivo de mantener o incrementar su posición de dominio en ese mercado. Asimismo, se le aplicó una multa de 6000 UTA.

Entre otras alegaciones efectuadas por Correos de Chile en la gestión judicial pendiente, impugnaba la desproporción de la multa aplicada por el

TDLC. En sede de inaplicabilidad, su alegación se fundaba en que la interpretación efectuada por el TDLC de la norma impugnada vulneraba el artículo 19 de la Constitución, en sus numerales 2, 3, 24 y 26; ya que, sobre la base de sus criterios de determinación, la multa impuesta resultaba ser desproporcionada y carente de razonabilidad.

El Tribunal Constitucional rechazó la acción. Para ello, tuvo en consideración que el precepto legal había sido impugnado de forma previa en otro requerimiento (STC rol n.º 2658), y que la jurisprudencia emanada de ese caso era igualmente aplicable a este. En concreto, los argumentos para desestimar la inaplicabilidad en aquella ocasión fueron los siguientes: la disposición legal permite abordar diversas circunstancias para proteger el bien jurídico de la libre competencia, que la determinación de la multa la efectúa un órgano jurisdiccional especializado y la decisión es revisable por la Corte Suprema (considerando 10.º).

La sentencia complementa su análisis aplicando tales criterios al caso concreto. No obstante, como cuestión preliminar, anota que el requerimiento se orienta a cuestionar el proceso de interpretación de la norma legal y de la subsunción realizada por el TDLC, todo lo cual, debe ser conocido y resuelto por la Corte Suprema en el recurso de reclamación pendiente (considerando 13.º). Para probar este aserto, la sentencia copia pasajes literales del requerimiento que demuestran que su argumentación controvierte la interpretación y aplicación del precepto legal por el juez del fondo y no el precepto en sí mismo considerado en su aplicación concreta:

“Que, así las cosas, el requirente, traslada la falta de motivación y la desproporción que atribuye al sentenciador de fondo, por las que ha reclamado ante la Excelentísima Corte Suprema, al precepto legal que regula la multa, transformándola en un requerimiento de inaplicabilidad, lo que ya es motivo suficiente para desestimarlo porque sigue siendo, al fin y al cabo, un cuestionamiento a la decisión adoptada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que debe ser revisada por la Corte Suprema y no por esta Magistratura” (considerando 18.º).

No obstante aquello, el tribunal estimó que era posible encontrar dos argumentaciones en el requerimiento que podrían, en principio, estimarse materias propias de inaplicabilidad, razón por la cual entró al análisis de fondo (considerando 19.º). En dicho examen concluyó que el precepto legal impugnado no producía como efecto una desproporción ni lesionaba el debido proceso en relación con las circunstancias modificatorias de responsabilidad que él mismo contempla (considerando 23.º). En particular, el tribunal tuvo en cuenta las últimas modificaciones legales que había experimentado la norma para establecer parámetros en la aplicación de la multa (considerando 24.º).

En cuanto a la segunda objeción de constitucionalidad, a saber, la vulneración a la igualdad ante la ley, el tribunal estimó que no era una impugnación al precepto, sino que a la decisión del TDLC, toda vez que lo cuestionado era la forma en cómo se habían aplicado los parámetros legales de determinación de la sanción (considerando 27.º).

En síntesis, la sentencia verificó que el conflicto traído ante la magistratura constitucional fue uno de naturaleza legal y no constitucional. Respecto al único pronunciamiento de fondo contenido en la sentencia, el requerimiento no logró demostrar, en el caso concreto, que la configuración del diseño legal de determinación de la multa producía un vicio de inconstitucionalidad remediable por la declaración de inaplicabilidad. En efecto, los vicios alegados podían ser todos reconducidos a las alegaciones del recurso de reclamación pendiente ante la Corte Suprema y, por lo mismo, enderezados en esa instancia judicial.

Finalmente, la sentencia contó con el voto disidente del ministro Rodrigo Pica Flores quien cuestionó la aplicación mecánica y analógica de normas de libre competencia a un servicio público como Correos de Chile; por lo mismo, a su juicio, se vulneraba el artículo 19 n.º 2 de la Constitución al tratar como igual lo que es diferente y por afectar el principio de servicialidad del Estado contenido en el artículo 1.º, inciso cuarto, de la Constitución.

CONCLUSIÓN

La última jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de libre competencia ha recaído sobre normas sustantivas y procedimentales del decreto ley n.º 211. Respecto de las primeras, los casos más recurrentes traídos a la decisión del Tribunal Constitucional han sido aquellos que impugnan normas que permiten aplicar multas al TDLC. La mayor dificultad para los litigantes en este tipo de casos consiste en configurar un conflicto de constitucionalidad y no de legalidad. Para ello, resulta fundamental desplegar una argumentación que tenga por objetivo el diseño legislativo del régimen sancionatorio y no la forma particular en la cual ha sido aplicado por el juez del fondo.

En cuanto a la impugnación de normas *ordenatoria litis*, la jurisprudencia muestra que resulta necesario analizar el caso teniendo una mirada general y no aislada del proceso en el cual se encuentra inserto el precepto legal impugnado. En este contexto, se enjuicia su razonabilidad. Pero también, el tribunal examina la forma en cómo el requirente ha ejercido o puede ejercer sus derechos en el caso concreto, para evaluar si la cuestión planteada responde a una materia propia de la acción de inaplicabilidad o, más bien, se trata de una impugnación abstracta que no se condice con los supuestos fácticos de aplicación del precepto legal.

BIBLIOGRAFÍA

Normas

Código de Procedimiento Civil (1902), 30 de agosto de 1902.

Constitución Política de la República de Chile (1980), 11 de agosto de 1980.

Decreto ley n.º 211 (1973), fija normas para la defensa de la libre competencia, 22 de diciembre de 1973.

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2022): rol 9097-2020, 21 de abril de 2022.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2022): rol 9847-2020, 3 de junio de 2022.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2022): rol 10.246-2021, 3 de junio de 2022.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2022): rol 12.745-2022, 25 de marzo de 2022.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2022): rol 13.047-2022, 22 de noviembre de 2022.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2023): rol 13.054-2022, 25 de abril de 2023.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2023): rol 13.949-2023, 25 de abril de 2023.

CONSTITUCIONALISMO CHILENO Y PODER CONSTITUYENTE: UNA RECTIFICACIÓN AL USO DEL PENSAMIENTO DE EMMANUEL SIEYÈS

CHILEAN CONSTITUTIONALISM AND CONSTITUENT POWER: A RECTIFICATION TO THE USE OF EMMANUEL SIEYÈS THOUGHT

*Sergio Verdugo Ramírez**

RESUMEN: Muchos le atribuyen a Emmanuel Sieyès la primera teorización explícita de la idea del poder constituyente. Su distinción entre poder constituyente y poder constituido, su idea sobre la igualdad política, su influencia durante los debates intelectuales de la Revolución francesa y su aproximación democrática a los procesos constituyentes, han influido en buena parte de Latinoamérica, y Chile no es la excepción. Lamentablemente, y pese a ser muy citado, muchos constitucionalistas chilenos no han sido leales con su pensamiento. La errónea, incompleta o selectiva interpretación de su teoría, ha afectado el modo como hemos conceptualizado y teorizado respecto de los procesos constituyentes que han tenido lugar en los últimos años. Una rectificación se vuelve necesaria. Pese a que la teoría del poder constituyente tiene problemas, probablemente insalvables, la versión genuina de Emmanuel Sieyès es menos problemática que otras que se han ofrecido. Los constitucionalistas que insisten en utilizarla debieran prestar más atención a los modos cómo Sieyès intentó (no siempre con éxito) eludir o enfrentar dichos problemas.

PALABRAS CLAVE: Emmanuel Sieyès, poder constituyente, Chile, proceso constituyente

* Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Escuela de Derecho, IE University, España. Profesor visitante, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Investigador asociado del Centro de Justicia Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho, Universidad de Nueva York. Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl

ABSTRACT: Many attribute to Sieyès the first explicit theorization on the idea of constituent power. Sieyès' distinction between constituent and constituted powers, his idea on political equality, his influence during the intellectual debates of the French Revolution, and his democratic approach to constitution-making, have influenced many Latin American scholars, and Chile is no exception. Unfortunately, and despite the wide reach of Sieyès' ideas, many Chilean constitutional scholars have not been loyal to his theory. The incomplete, wrong of selective interpretation of Sieyès' theory has affected the way we have conceptualized and theorized about contingent constitution-making processes. Correcting the way we have interpreted Sieyès' ideas becomes necessary. Even though the constituent power theory probably has insolvable problems, the genuine version of Sieyès' theory is less problematic than others. Chilean constitutional scholars who insist on using the theory should pay more attention to how Sieyès tried (though not always with success) to circumvent or face those challenges.

KEYWORDS: Sieyès, constituent power, Chile, constitution-making process.

INTRODUCCIÓN

La teoría política desarrollada por Emmanuel Sieyès es, para muchos, una de las elaboraciones intelectuales más influyentes y útiles del constitucionalismo moderno. De este modo, por ejemplo, Dieter Grimm ha sostenido que, sin la dicotomía entre ambas categorías, el constitucionalismo no podría cumplir su función debido a que solo con ellas podría explicarse la necesidad de que las normas inferiores se puedan subordinar a la Constitución¹. Asimismo, Javier Tajadura ha argumentado que la distinción (atribuida a Emmanuel Sieyès) entre poder constituyente y constituido, es parte del “fundamento sobre el que reposa el Estado constitucional del siglo XXI”². Autores como Javier Tajadura y Dieter Grimm no exageran en resaltar la importancia y la utilidad teórica de la teoría de Emmanuel Sieyès. Ella ha sido utilizada para justificar la supremacía de la Constitución, la importancia de la representación política, la defensa de la igualdad del sufragio y el control constitucional de la ley³. También, ella ha sido esgrimida para comprender la fuente del poder de dictar o reemplazar una Constitución, justificar el desmantelamiento del régimen constitucional previo y establecer las bases de un régimen nuevo al que todo el orden jurídico debiera someterse.

Sin perjuicio de que la teoría política de Emmanuel Sieyès no está exenta de problemas⁴, no puede desconocerse que ella forma parte del canon moder-

¹ GRIMM (2010) p. 9.

² TAJADURA (2023) p. 26.

³ Véase, por ejemplo, GOLDONI (2012); TAJADURA (2023) pp. 173-220.

⁴ Sobre las críticas a la teoría del poder constituyente, iniciada por Emmanuel Sieyès, véase, por ejemplo, DYZENHAUS (2012); HASEBE (2009); BERNAL (2019); VERDUGO (2023).

no del constitucionalismo. Por ello, no debe llamar la atención que la influencia que este autor ha tenido en Europa⁵, también se observe en Latinoamérica. En efecto, muchos autores y jueces latinoamericanos han utilizado su trabajo de manera explícita o implícita, en especial cuando tratan de explicar y justificar un cambio constitucional o comprender el papel de los jueces durante procesos constituyentes⁶. No obstante, no todos los autores y jueces citan directamente el trabajo de Emmanuel Sieyès. Muchos lo conocen debido a la interpretación que otro autor ofreció: Carl Schmitt⁷, quien fue un teórico político y jurídico que colaboró con la elaboración de los fundamentos jurídicos de la Alemania nazi (que había sido útil para dismantelar los pilares liberales de la Constitución de Weimar)⁸; era un enemigo del liberalismo, de la democracia parlamentaria, de la función de los jueces en el control de la política, y promovió el fortalecimiento del Poder Ejecutivo bajo una teoría de la soberanía, la dictadura y los regímenes de excepción que fueron funcionales al ascenso del totalitarismo.

Por estos motivos, los escritos de Carl Schmitt también fueron funcionales a la justificación de la dictadura franquista en España. Algunos autores de esa época creían estar también usando la teoría de Emmanuel Sieyès cuando en realidad estaban estudiando su versión schmittiana⁹. Esto no debe sorprendernos. En sus escritos, Schmitt invocó el trabajo de Sieyès de manera selectiva y, a través de la divulgación del pensamiento constitucional de Schmitt, muchos en Latinoamérica se familiarizaron con la importancia del pensamiento de Sieyès. La traducción al español del trabajo de Schmitt en 1930 parece como especialmente útil para comprender la influencia de la teoría del poder constituyente en América Latina¹⁰.

Existen muchas versiones de la teoría del poder constituyente (en adelante, PC)¹¹, incluyendo las de John Locke¹² y Jean-Jacques Rousseau¹³, pero ha sido la versión de Emmanuel Sieyès (a través de Carl Schmitt) la que parece

⁵ Véase, entre otros, HOOGERS (2008).

⁶ FASEL (2022) p. 1111.

⁷ Este problema se le atribuiría, incluso, a Hannah Arendt, quien no habría distinguido correctamente las teorías de Carl Schmitt y de Emmanuel Sieyès. Véase ARATO (2017) p. 54. El problema parece más común de lo que parece. Véase, por ejemplo, el modo cómo DUKE (2020) compara (y combina) las teorías de ambos autores.

⁸ Sobre los peligros del pensamiento de Carl Schmitt y su influencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, véase MÜLLER (2003).

⁹ PÉREZ (2023b)

¹⁰ COLÓN-RÍOS (2011) p. 366.

¹¹ COLÓN-RÍOS (2014b) identifica cinco “concepciones” diferentes.

¹² LOUGHLIN (2022) pp. 77-78, 84.

¹³ DALY (2021); COLÓN-RÍOS (2016).

ser más influyente, al menos en Latinoamérica¹⁴. Esta es la versión que se ha invocado en procesos constituyentes y cortes constitucionales en la región¹⁵, y la que ha sido fuertemente cuestionada en países como Colombia¹⁶. No obstante, la versión explícita o implícitamente schmittiana dista de aspectos importantes de la teoría de Emmanuel Sieyès¹⁷. Así, por ejemplo, Carl Schmitt había argumentado que el PC se conectaría con la idea de soberanía, y estaría en manos de un actor permanente que no puede disolverse, el que podría actuar de modo ilimitado probablemente mediante un poder ejecutivo que se identifica con la voluntad del pueblo. No obstante, y como explicaré, la teoría de Emmanuel Sieyès matizaba o rechazaba todos estos aspectos de la teoría del PC. La idea del PC se usó para moderar el concepto de soberanía, el actor constituyente debía desaparecer una vez dictada la Constitución, existían límites sustantivos y permanentes al PC, y el mismo solamente podía manifestarse de forma adecuada con un órgano colegiado y representativo compuesto por representantes de instancias locales.

En este ensayo, argumento que el constitucionalismo chileno ha sido víctima de un malentendido. Leer a Emmanuel Sieyès a través del trabajo de Carl Schmitt (aunque no sea de forma explícita), o interpretar a Sieyès luego de leer su famoso panfleto titulado *¿Qué es el Tercer Estado?*, sin considerar sus otros escritos y discursos, es un error al menos por tres razones. Primero, se pueden reproducir los problemas de instrumentalización y selectividad que Schmitt tenía en su interpretación del trabajo de Sieyès. Segundo, se podría hacer más visible una versión de la teoría del PC (la de Schmitt) más vulnerable a la crítica democrática, impidiendo que una mejor versión de la teoría pueda ser reconocida. Tercero, ello influye en el modo como los constitucionalistas y políticos chilenos se aproximaron a la idea del PC desde el proceso constituyente que tuvo lugar a partir de las protestas iniciadas en octubre del año 2019. Como el constitucionalismo chileno no ha sido capaz de identificar los mejores elementos de la teoría del PC, los actores relevantes no estaban equipados con los elementos conceptuales necesarios para teorizar sobre el proceso político iniciado en el año 2019. Una mejor comprensión de la teoría del PC en Sieyès habría dado más herramientas teóricas para comprender lo que estaba sucediendo y justificar el establecimiento de límites y procedimientos indispensables para el éxito del proceso.

El argumento de este ensayo no debe interpretarse como una defensa al trabajo de Emmanuel Sieyès ni como una advertencia sobre los problemas

¹⁴ Véase una útil comparación entre la teoría de Jean-Jacques Rousseau y la de Emmanuel Sieyès en COLÓN-RÍOS (2020).

¹⁵ COLÓN-RÍOS (2011); LANDAU (2019); HUGHES (2019). También BRAVER (2016).

¹⁶ Véase, entre otros, BERNAL (2013); GONZÁLEZ-BERTOMEU (2019); BENÍTEZ-R. (2022).

¹⁷ Véase RUBINELLI (2020) pp. 109-140; ARATO (2017) pp. 88-105.

del proceso constituyente. El punto de este trabajo es más modesto. Si bien hay buenas razones para rechazar la teoría del PC en su conjunto, de ello no se sigue que no existan versiones mejores para explicar y justificar el tipo de cambio constitucional que se desea perseguir. La versión de Sieyès habría permitido justificar caminos institucionales alternativos que los constituyentes chilenos ignoraron o rechazaron. De ello no puede inferirse que Sieyès poseía la receta adecuada para el contexto chileno y latinoamericano contemporáneo, pero sí puede decirse que su teoría estaba equipada con mejores elementos conceptuales para justificar alternativas que tenían sentido en ese momento.

La siguiente sección reconstruirá brevemente el trabajo de Emmanuel Sieyès. Se trata de una síntesis fundada, en parte, en una lectura directa de los textos y discursos de Sieyès y, en parte, en fuentes secundarias autorizadas que han ofrecido una perspectiva sistémica al pensamiento de Sieyès. Uno de los problemas posibles del constitucionalismo chileno en la interpretación del trabajo de Sieyès, es que los autores suelen basarse en el panfleto sobre el *Estado Llano*, en circunstancias de que la obra y actividad política de Sieyès es mucho más rica. Como ese panfleto tuvo un objetivo político contingente al momento en que fue escrito, y debía ser acompañado de proyectos, otros panfletos y discursos, el mismo no es suficiente para comprender el pensamiento de Sieyès de manera coherente. La sección siguiente revisará el trabajo de un grupo seleccionado de constitucionalistas chilenos que han citado a Sieyès o usado sus categorías sobre PC y constituido. Junto con identificar los vacíos, el énfasis de elementos parciales y el uso selectivo del pensamiento de Sieyès, también explicaré el modo como dichas conceptualizaciones insuficientes o incompletas han afectado y empobrecido el debate constituyente que ha experimentado el país.

I. COMPRENDIENDO A EMMANUEL SIEYÈS

Emmanuel-Joseph Sieyès fue un político francés que contribuyó en los debates de la Revolución francesa, participó en los Estados Generales, promovió su transformación en una asamblea constituyente y participó en las discusiones constitucionales que le siguieron. Publicó varios textos relevantes y dio varios discursos. Entre sus textos, se encuentran *Consideraciones sobre los medios de actuación de los cuales podrán disponer los representantes de Francia en 1789*, *Ensayo sobre los privilegios*, y su famoso *¿Qué es el Tercer Estado?* Además, hay discursos importantes entregados a la Asamblea Nacional, hizo varias propuestas constitucionales y fue redactor de textos oficiales importantes. Entre ellos, se encuentra su participación en la redacción de la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” de 1789 y de la Constitución del año III.

Entre todas sus ideas políticas que defendió, se encontraba la idea del PC. Normalmente, su teoría se describe sobre la base de las siguientes ideas: en principio, el PC le pertenecía al pueblo (él utilizó la expresión “nación” en un sentido natural y también político, lejano a las proposiciones abstractas¹⁸ y cercano a las relaciones comerciales y laborales¹⁹) y debía ser ejercido por sus representantes (transformando parte de los Estados Generales en una asamblea constituyente) luego de que asambleas locales mandataran a sus representantes²⁰. De forma retórica, indicó que la “nación existe antes que todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal. Es el Derecho mismo”. No obstante, y aunque la nación no tenía la obligación de vincularse con el derecho vigente²¹, debía actuar a través de formas institucionales, incluyendo la representación. La asamblea representaba un papel esencial. Ella debía dictar una constitución luego de actuar sobre la base del principio de la igualdad política (una “cabeza, un voto”) que respetara ciertos límites elementales²². Luego, al dar a luz a un sistema constitucional nuevo (el que debía incluir una declaración de derechos) y haber desmantelado al régimen monárquico, el PC debía desaparecer. El marco constitucional creado debía ser republicano, y tenía una serie de elementos que permitirían al mismo mantenerse y reducir o anular la posibilidad de que ocurriera una nueva manifestación al PC. Los órganos constituidos por la Constitución debían someterse a la autoridad de un PC desaparecido, cuyas normas ahora aparecían positivizadas en la Constitución. Dichos órganos tendrían un poder limitado que no podría exceder el mandato entregado por la Constitución, y existiría un guardián de la Constitución (un jurado constitucional) encargado de hacer respetar su supremacía y de proponer reformas que perfeccionaran el marco constitucional para evitar una nueva manifestación del PC.

Para el político francés, la soberanía se debía expresar a través del PC²³. No obstante, también creía que la idea de PC era un modo de domesticar o moderar la idea radical de soberanía que predominaba en esa época. En efecto, la expresión *soberanía*, que no usó más de veinte veces²⁴, era utilizada de manera

¹⁸ TAJADURA (2023) pp. 99-112.

¹⁹ DALY (2021) p. 1284.

²⁰ Algunos autores han hecho equivalente la idea de nación en Emmanuel Sieyès con la de la ciudadanía. Véase, entre otros, PREUSS (1992) pp. 645-646.

²¹ Véase, por ejemplo, la explicación de LOUGHLIN (2010) p. 225.

²² Luego de la experiencia revolucionaria del Terror, Emmanuel Sieyès dijo: “los poderes ilimitados son un monstruo en política y un inmenso error por parte del pueblo francés, que no debe volver a cometer en lo sucesivo”. Citado por TAJADURA (2023) p. 115.

²³ GRIMM (2009) p. 73.

²⁴ RUBINELLI (2019).

negativa y crítica²⁵, en un intento tal vez por disociarse del pensamiento de Jean-Jacques Rousseau y de líderes como Maximilien Robespierre. La idea de PC terminaba independizándose de la idea de soberanía, especialmente luego de que la asamblea comenzaba a discutir los contenidos de la nueva Constitución²⁶, para lo cual era importante luchar contra la concepción histórica o tradicional de la Constitución²⁷. Promovió utilizar la idea de PC para sustituir a la idea de soberanía²⁸, idea que luego sería utilizada para contener la concepción jacobina, que promovía una aproximación radical bajo la cual la asamblea se identificaba con el sector movilizad del pueblo²⁹. En realidad, fue enemigo tanto de los jacobinos como de los monárquicos. Los primeros lo acusaron de conciliar con el Rey y los segundos de no aceptar el poder colegislador del Rey³⁰. Esto era consistente con la idea de que el PC poseía características más específicas que la idea de la soberanía en sí, cuestión que, aparentemente fue aceptada en la Constitución del año VIII, la que omite referirse a la soberanía³¹. Para el francés, el PC era temporal y debía desaparecer una vez que los poderes constituidos entraran en acción, los que eran esencialmente limitados³².

Durante la revolución, fue escéptico de los plebiscitos e insistió en la utilización de canales representativos³³. Algunos han sostenido que sus posiciones sobre la soberanía también habrían servido para contrarrestar la lógica roussoniana, que favorecía los canales de la democracia directa³⁴. Para Emmanuel Sieyès, en contraste con Jean-Jacques Rousseau, mezclar la idea de la democracia pura con la idea de la representación, podría llevar a un “caos de contradicciones”³⁵. La representación era indispensable porque la población era muy numerosa y estaba muy dispersa³⁶, y era deseable debido a la necesidad de establecer una división de trabajo entre ciudadanos y representantes que les permitiera a los primeros poder dedicarse a alcanzar sus propios fines. Así, por ejemplo, en su discurso en Thermidor (1794), se refirió a la relación entre

²⁵ PASQUINO (1998); RUBINELLI (2019).

²⁶ Para Javier Tajadura, la soberanía de la nación existe solamente “hasta el momento en que actúa como poder constituyente. A partir de entonces, esa soberanía permanece en letargo [...]”. TAJADURA (2023) p. 106.

²⁷ *Op. cit.* p. 41.

²⁸ RUBINELLI (2019).

²⁹ TAJADURA (2023) p. 95.

³⁰ *Op. cit.* p. 49.

³¹ TUCK (2016) p. 180.

³² GRIMM (2009) pp. 10-41; KOUROUTAKIS (2020) pp. 16-17.

³³ TUCK (2016) pp. 164-165, 168.

³⁴ Véase una discusión en RUBINELLI (2019).

³⁵ Citado en SONENSCHER (2003) p. xix.

³⁶ SIEYES (2003) p. 134.

la representación y la división del trabajo en distintas áreas y, de acuerdo con un comentarista, dicha representación se transformaría en uno de los pilares de su teoría política, sin la cual no es posible de entender la fuente del poder político³⁷. El canal representativo más evidente en esa época era la transformación de los estados generales en una asamblea constituyente³⁸, la que operaría con un objetivo especializado: ejercer el PC³⁹.

También propuso mecanismos representativos concretos para institucionalizar su idea, incluyendo asambleas primarias locales encargadas de elegir los representantes que formarían parte de un órgano colectivo y extraordinario que redactaría la Constitución⁴⁰. Este cuerpo extraordinario no estaría vinculado por una Constitución previa, sino que estaría encargado de dictar una Carta Fundamental. No obstante, de esta idea no se sigue que sus procedimientos y propuestas pudieran ser el objeto del ejercicio de un poder absoluto e ilimitado. Es más, creía en una forma deliberativa de la democracia representativa⁴¹. Ellos solamente pueden ejercer un PC que no les pertenece (le pertenece a la nación)⁴². De este modo los representantes no reciben un mandato absoluto. El mandato (comisión) está limitado a aquellos aspectos delegados por la nación⁴³, el que no puede ser modificado por los mandatarios⁴⁴. Lo anterior no era una manifestación del mandato imperativo (mediante el cual el representado puede dar órdenes directas al representante e, incluso, revocar el mandato)⁴⁵, que rechazaba, en principio, porque la práctica del mandato imperativo dañaría las razones que aconsejaban establecer un sistema representativo en primer lugar (incluyendo un daño a la deliberación⁴⁶) y podrían alejar a los representantes de la tarea de identificar una voluntad común que no se vea afectada por intereses particulares⁴⁷. Solamente cuando los mandatarios mantienen independencia y pueden actuar con libertad, entonces sería posible identificar la voluntad de la nación⁴⁸.

³⁷ GOLDONI (2012) p. 214.

³⁸ SIÈYES (2014) p. 34.

³⁹ TUCK (2016) p. 167.

⁴⁰ TAJADURA (2023).

⁴¹ Véase una discusión, por ejemplo, en ARATO (2017) p. 91.

⁴² SIÈYES (2003) p. 134.

⁴³ *Op. cit.* p. 139.

⁴⁴ Véase una explicación en FASEL (2022) p. 1117.

⁴⁵ RUBINELLI (2019).

⁴⁶ TAJADURA (2023) p. 147.

⁴⁷ Véase FASEL (2022) p. 1118. Para Javier Tajadura, el tipo de representación que Emmanuel Sieyès defendía requería de una relación de confianza investida en los más capaces. Los representados no renuncian a su facultad de vigilancia e, incluso, en ocasiones, a la revocación del mandato. TAJADURA (2023) pp. 139-141.

⁴⁸ HOOGERS (2008) p. 170.

La existencia de mandatos acotados y asambleas constituyentes con misiones particulares no es contradictoria con el pensamiento de Emmanuel Sieyès⁴⁹. Así, por ejemplo, si se estima que la redacción de una nueva Constitución solamente debe focalizar su atención en resolver los problemas del proceso político (en otro trabajo he argumentado que el problema constitucional chileno consiste en la existencia de un proceso político que no promueve la cooperación en sus procesos decisorios⁵⁰), e ignorar otras cuestiones que están funcionando relativamente bien (por ejemplo, la institucionalidad del Banco Central), entonces es posible argumentar, sin contradecir a Sieyès, que un mandato particular compatible con un proceso constituyente limitado estaría en tensión con la existencia de una asamblea constituyente capaz de decidir su propia agenda.

Como ya lo adelanté, Sieyès también propuso la creación de un guardián de la Constitución, equivalente a un moderno tribunal constitucional. Aunque su diseño original se parecía más al de un jurado, y a que autores como Michel Troper han argumentado que este tribunal sería, en realidad, un órgano legislativo⁵¹, hay buenas razones para pensar que su propuesta implicaba el diseño de una institución mixta o híbrida (ni puramente judicial ni legislativa)⁵² que anticipó el control de constitucionalidad. Otros, como Hans Kelsen (quien también argumentaba que el control constitucional era parte de la función legislativa⁵³), desarrollarían ideas similares con posterioridad, aunque con diseños institucionales distintos. En realidad, habría intentado ofrecer este jurado constitucional como parte de una estrategia para domesticar (o, incluso, remover) la idea de PC una vez que la Constitución fuera implementada⁵⁴, el que también tendría una función representativa y estado parcialmente justificado en la división del poder que Sieyès promovía⁵⁵.

El jurado constitucional no solamente ejercería el control de constitucionalidad de las leyes, sino que, también, debería velar por la mejoría del sistema constitucional en su conjunto y publicar proyectos de mejora cada diez años, que luego podrían ser tramitados por el Poder Legislativo y las asambleas primarias. Sieyès promovió esta medida para desincentivar la existencia de momentos revolucionarios. Marco Goldoni ha argumentado que esta idea refleja la idea de que Sieyès estaría preocupado por la imposibilidad de gober-

⁴⁹ FASEL (2022) p. 1119.

⁵⁰ VERDUGO (2019); DIXON y VERDUGO (2021).

⁵¹ Citado por GOLDONI (2012) p. 227.

⁵² Véase *op. cit.*

⁵³ KELSEN (1928).

⁵⁴ VERDUGO (2023) p. 11.

⁵⁵ GOLDONI (2012) pp. 230-232.

nar bajo un marco constitucional frecuentemente vulnerable a amenazas revolucionarias⁵⁶. Esto es una muestra de la necesidad que veía en no mantener vivo, como un actor externo al sistema político, al PC. Pese a que compartía con autores como Thomas Jefferson la idea básica de que las generaciones precedentes no deberían gobernar a las generaciones futuras⁵⁷, él mismo parecía coincidir con la preocupación de James Madison en torno a la necesidad de evitar que transformaciones permanentes puedan terminar dañando el valor de la Constitución⁵⁸. Temía la posibilidad de desatar un PC permanente, y la idea de establecer una institución deliberativa, como el jurado era funcional a la necesidad de apaciguar dicho temor⁵⁹. Esta propuesta suya no fue aceptada por la Convención que dio lugar a la Constitución del año III, la que fue aprobada mediante un referéndum sin seguir sus ideas⁶⁰.

Estas ideas también lo diferencian de Carl Schmitt, en tanto para Schmitt el PC nunca desaparece y difícilmente puede ser domesticado. La idea de Sieyès sobre el tribunal constitucional también era incompatible con la versión posterior promovida por Schmitt por al menos dos razones: primero, para Schmitt el PC nunca desaparecía, sino que permanecía como un actor externo al sistema jurídico que podría manifestarse e irrumpir en el orden jurídico. Con razón, autores como Hans Kelsen y Hannah Arendt criticaron esta parte de la teoría de Schmitt debido a los problemas de identificar una voluntad unificada y a la inestabilidad y posible arbitrariedad que generaba la idea del PC permanente⁶¹. Segundo, la posición de Schmitt en torno al guardián de la Constitución era incompatible con la existencia de este órgano híbrido, ya que la naturaleza política de la Constitución y el papel asignado a quien ejercería la soberanía (decidiendo sobre la “excepción”) terminaban por asignar un papel especialmente fuerte al Poder Ejecutivo, restringiendo el papel constitucional de los jueces⁶².

Hay otras aproximaciones alternativas que exploran el trabajo de Emmanuel Sieyès de forma directa, y que evitan leerlo con la perspectiva schmittiana. Un ejemplo es el trabajo de Rafael Fasel, quien sugiere que la tesis del francés se parece más a una teoría secularizada del derecho natural que ha limitado el PC

⁵⁶ GOLDONI (2012) p. 220.

⁵⁷ Véase una descripción del debate entre Thomas Jefferson y James Madison en ELKINS, GINSBURG & MELTON (2009).

⁵⁸ También, véase GOLDONI (2012) p. 220.

⁵⁹ *Op. cit.* p. 234.

⁶⁰ TUCK (2016) p. 177.

⁶¹ KELSEN (2000) pp. 89-90; ARENDT (2006). También, véase SCHEUERMAN (1997).

⁶² Además de proponer un jurado constitucional, Emmanuel Sieyès también propuso la existencia de un “gran elector”, quien actuaría como un representante individual de la nación, lo que para algunos daría lugar a la idea del presidente constitucional o del monarca constitucional. Véase TUCK (2016) p. 178. Otras interpretaciones sugieren que esta idea era compatible e, incluso, requería la existencia de un monarca. Véase, entre otros, PÉREZ (2023a)

⁶³. Los límites del derecho natural en la teoría de Sieyès no han sido elaborados con profundidad por otros académicos (los que parecen no considerarlos realmente importantes)⁶⁴. No obstante, para Rafael Fasel, la tesis del derecho natural de Sieyès no tendría una conexión con el pensamiento tomista, pero ella sería crucial para comprender que el poder no solamente estaría radicado en el pueblo, sino que, también, habría exigido que el mismo reflejara intereses comunes asociados a los derechos humanos. Todas las personas tendrían derechos naturales necesarios para promover su bienestar, y la utilización de los caminos institucionales representativos serían una forma de maximizar la libertad a través de la división del trabajo entre los ciudadanos y los representantes⁶⁵. Así, los ciudadanos tendrían más tiempo para dedicarse a avanzar en sus propios intereses, lo que justificaría la existencia de la sociedad civil a que el PC está llamado a dar forma.

En definitiva, el propósito de la Constitución sería dar protección a los derechos humanos al positivizarlos y dar certeza respecto de ellos junto con principios elementales para la organización política como la separación de poderes, junto con poner término al periodo revolucionario, el que debería ser evitado en el futuro⁶⁶. El derecho positivo no se desconecta del derecho natural, y el PC sería un modo de conectar ambos. El PC, de esta forma, tendría el objetivo de crear una Constitución que represente la voluntad de la nación y proteja las libertades e igualdad de los individuos⁶⁷. Invocar el PC se justificaba en las condiciones sociales que el sistema del *Ancient Régimen* había producido, convirtiendo a los miembros del tercer estado (los individuos que no eran parte de la nobleza ni del clero) en “nada”. La idea, entonces, era rechazar el poder de los otros estamentos y permitir al tercer estado reconocer y proteger sus libertades contra la opresión que vivían. La teoría del PC, entonces, no puede desconectarse de los contenidos constitucionales que deberían ser aceptados para que dicho poder pueda cumplir su propósito, un objetivo que Carl Schmitt habría vaciado de contenido muchos años después.

II. EL CONSTITUCIONALISMO CHILENO

Los constitucionalistas chilenos se han aproximado a la idea del PC desde diferentes perspectivas. Algunos, como Renato Cristi y Fernando Atria, lo han

⁶³ FASEL (2022).

⁶⁴ Véase, por ejemplo, ROZNAI (2021) p. 1391. También COLÓN-RÍOS (2014b).

⁶⁵ FASEL (2022) pp. 1112-1113.

⁶⁶ Emmanuel Sieyès habría defendido la idea de que “más vale un freno que una insurrección permanente”. Citado por TAJADURA (2023) p. 47.

⁶⁷ FASEL (2022) p. 1115.

hecho examinando directamente la versión de Carl Schmitt⁶⁸. No obstante, la mayoría de los autores examinados citan a Emmanuel Sieyès. A veces se refieren a su teoría de manera autónoma (sin considerar otros autores), a veces usan sus ideas sin citarlo de forma explícita, y otras veces lo citan junto con otros autores. En este último caso, normalmente atribuyen la autoría original de la idea del PC y de la distinción del poder constituido, a Emmanuel Sieyès, por lo que es común que comiencen el análisis haciendo una referencia al famoso panfleto. Para ilustrar estas afirmaciones y explorar el modo cómo su trabajo ha sido usado por el constitucionalismo chileno, analizaré conocidos trabajos de cuatro constitucionalistas especialmente influyentes en la última parte del siglo XX: Alejandro Silva Bascuñán, José Luis Cea Egaña, Humberto Nogueira y Francisco Zúñiga Urbina. Todos estos constitucionalistas que vivieron el proceso constituyente de la dictadura, participaron en los debates relativos a la Constitución de 1980 y de la transición a la democracia, y fueron (al menos) observadores (y en algunos casos actores) de las reformas constitucionales. Todos publicaron trabajos donde se refirieron a la idea del PC.

Alejandro Silva Bascuñán se refirió a la idea de PC en su conocido tratado sobre derecho constitucional. Aunque no se trata de un trabajo especializado, contiene tomos con pretensiones de profundidad, y es probablemente uno de los textos de estudio más difundidos e influyentes en Chile. En dicho tratado, en su primer tomo, citó el texto de Emmanuel Sieyès sobre *¿Qué es el Tercer Estado?* (también traducido como *¿Qué es el Estado Llano?*), en una versión traducida del año 1950. En su texto, se refiere a la noción de PC, vinculado a la de la soberanía en la que descansa el Estado, y distinguiendo la existencia de órganos constituidos que nacerían “de acuerdo con la voluntad manifestada por el constituyente”⁶⁹. Alejandro Silva le atribuye ser el primero en teorizar sobre PC, reprodujo un párrafo de su famoso panfleto, y no se refirió a otros de sus textos o discursos. Destacó el concepto relacionado con una voluntad colectiva para imponer “los rasgos principales y prevalecientes en la sociedad política”⁷⁰. También indicó que este poder opera de manera implícita en los sistemas consuetudinarios y de forma explícita en el caso de las constituciones escritas, que suponen un “momento de reflexión colectiva” que establece las bases del “ordenamiento del poder político”⁷¹.

Para Alejandro Silva, sin la noción de PC, sería difícil distinguir la “ley fundamental de la ley ordinaria”, y se vincula a la “realidad del Estado” y a la titularidad de la soberanía, que no se distingue realmente de la noción de PC, ya que

⁶⁸ Véase, entre otros, CRISTI (2000, 2014, 2011, 1997); ATRIA (2006).

⁶⁹ SILVA (1997).

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

el PC sería una suerte de “principal atributo de aquélla”⁷². Aunque reconoce que Sieyès se apartó de la idea de la soberanía popular, le atribuyó la defensa de un tipo de soberanía con “rasgos de ilimitación y absolutismo”⁷³. Consistente con ello, y respecto de los límites del PC originario, no identificó ninguno, al menos en lo procedimental y formal:

“Ha de reconocerse siempre libre al Poder Constituyente Originario para imponer, sin cortapisas de ningún género, el estatuto político básico, en forma que satisfaga del modo más fiel y eficaz la idea de derecho dominante en el grupo. Esta idea se revela a través de los acontecimientos vinculados a la vida política interna del país o a la lucha internacional, determinantes de la coyuntura colectiva que se quiere encauzar mediante la dictación del documento constitucional”⁷⁴.

De este modo, para Alejandro Silva, los requerimientos de la representación y la manera institucional en que el PC debiera manifestarse no parecen relevantes. No obstante, en cuanto a los límites sustantivos, argumentó que el PC no puede ser arbitrario y debe dictar una constitución “que responda mejor al sentido del momento colectivo” y ella debe:

“respetar las exigencias permanentes del fin propio de la sociedad política, los derechos de la persona humana y de los cuerpos intermedios que expresan su vida dentro del Estado, y los imperativos de justa ordenación que resultan de confrontar tales exigencias con las modalidades configurantes del momento histórico y del futuro que se desea regir mediante la ley fundamental que se dicta”⁷⁵.

No respalda esta noción con el trabajo de Emmanuel Sieyès, aunque tal vez de forma intuitiva ella puede conectarse con el mismo. La virtud de su trabajo es que no interpreta a Sieyès a través de Carl Schmitt (el que aparece tratado en otra parte del *Tratado*), aunque no es muy precisa con la descripción de este y la identificación de los límites materiales al ejercicio del PC parecen, de acuerdo con la redacción, una idea que se conecta más con las ideas del propio Alejandro Silva que con las ideas de Emmanuel Sieyès.

José Luis Cea Egaña es uno de los constitucionalistas chilenos más influyentes, siendo uno de los primeros comentaristas de la Constitución de 1980⁷⁶ y educando una amplia generación de discípulos⁷⁷. Su obra definitiva consis-

⁷² SILVA (1997).

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Véase, por ejemplo, CEA (1978).

⁷⁷ Véase entre otros, GARCÍA (2017).

te en los tomos de *Derecho constitucional chileno* que ha publicado siguiendo una estrategia similar a la de los tratados de Alejandro Silva Bascuñán. En su primer tomo, utiliza las categorías de PC “instituido” y “originario”⁷⁸ y luego usa la expresión “poder constituyente” para referirse a aquellos que dictaron las Constituciones de 1925 y 1980 y a quienes reformaron la Constitución con posterioridad⁷⁹. Las referencias a Sieyès se conectan con el tratamiento de la soberanía, luego de explicar brevemente el pensamiento de Jean Bodin y de Jean-Jacques Rousseau. En su análisis de *¿Qué es el Tercer Estado?* (o “El Tercer Estado”, en palabras de José Luis Cea), Sieyès habría sustituido el concepto rousseano de soberanía popular por la de soberanía nacional, “entendiendo a esta como una unión de carácter abstracto y permanente de todos los miembros de una sociedad política, es decir, tanto de las generaciones pasadas como las presentes y futuras. Con ello, Emmanuel Sieyès pretendió sustraer el poder a los ciudadanos y depositarlo en la nación, con características de poder absoluto, inalienable, imprescriptible e ilimitado, además de permanente y de índole espiritual más que biológica y material”⁸⁰. Esta interpretación de Sieyès es algo limitada, ya que la utilización del término ‘nación’, en su trabajo, si bien se usó en contraposición a la perspectiva rousseana, no se asoció a una idea abstracta como la presentada por José Luis Cea. En esto, autores como Javier Tajadura han sido claros en identificar usos concretos del término, unido a una posición intermedia que era escéptica tanto del mandato imperativo (normalmente vinculado a la idea de la soberanía popular) como del mandato representativo (normalmente conectado a la idea de la soberanía nacional)⁸¹. En este contexto, resulta particularmente problemático que José Luis Cea establezca que el concepto de Sieyès es el que debe ser utilizado para comprender el artículo 5 de la Constitución vigente⁸². Sin perjuicio de ello, José Luis Cea también argumenta que el artículo 5 habría modificado parte de la teoría de Emmanuel Sieyès al establecer un límite en la dignidad y en los derechos esenciales⁸³.

No obstante, la idea de que el PC es “absoluto, inalienable, imprescriptible e ilimitado, además de permanente [...]”, dista bastante de la teorización original de Sieyès. Como expliqué anteriormente, el PC no era ilimitado para Sieyès, ni tampoco podía ser imprescriptible ni permanente, ya que el mismo se disolvía luego de la creación de la Constitución. La descripción que José Luis

⁷⁸ Véase, por ejemplo, CEA (2015) p. 60.

⁷⁹ *Op. cit.* pp. 68, 74, 82, 107, 111.

⁸⁰ *Op. cit.* p. 259.

⁸¹ TAJADURA (2023).

⁸² CEA (2015) p. 260.

⁸³ *Ibid.*

Cea hace del trabajo de Sieyès parece vincularse más a la lectura schmittiana. Para Carl Schmitt, el PC siempre permanecía como un actor externo al sistema jurídico, nunca podía extinguirse, y tenía la posibilidad de manifestarse en cualquier momento. Sin perjuicio de lo anterior, y ya en el contexto del proceso constituyente impulsado por la expresidenta Michelle Bachelet, José Luis Cea identificaría al derecho natural como un límite interior a la teoría del PC de Sieyès⁸⁴, aunque no parecería asignarle mayor importancia⁸⁵. Ello se debe, en parte, a que para José Luis Cea el ejercicio del PC obraría siempre luego de una ruptura violenta que se impone con una fuerza fáctica. El objetivo de esta descripción de la teoría de Sieyès, para José Luis Cea, es argumentar que el PC entendido en su versión radical (identificada con Emmanuel Sieyès) tiene más sentido en un contexto histórico distinto al de Chile⁸⁶.

Humberto Nogueira Alcalá es, sin duda, uno de los constitucionalistas chilenos más influyentes en la última parte del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Coautor de un conocido manual de derecho constitucional, expresidente de la Asociación de Derecho Constitucional y asesor constitucional relevante del Partido Demócrata Cristiano, ha publicado numerosos trabajos en diversos temas de derecho constitucional chileno. El año 2009 publicó un trabajo sobre el PC cuyo objetivo fue diferenciar al PC del poder de reforma constitucional para legitimar el control de las reformas constitucionales, en particular, en la importancia de proteger las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado⁸⁷. No es el primero ni el último en utilizar la teoría del PC para justificar los límites a la reforma constitucional, tanto en Chile⁸⁸ como en el extranjero⁸⁹.

Comienza su artículo rechazando el uso de la tesis de Jean-Jacques Rousseau y rápidamente cita una traducción de *¿Qué es el Tercer Estado?* (en la traducción usada por Humberto Nogueira, *¿Qué es el Estado Llano?*) publicada el año 1988. No cita otros textos o discursos de Emmanuel Sieyès, pero identifica correctamente la idea de representación política en su trabajo. Sin perjuicio de ello, hace equivalente la idea de PC con “el poder soberano”, haciendo énfasis en la imposibilidad de restringirlo mediante normas jurídicas previamente establecidas. De este modo, concibe al PC como un poder “pre-jurídico

⁸⁴ CEA (2016) p. 21.

⁸⁵ “Antes de la Nación y por encima de ella, Sieyès dijo que se hallaba solo el derecho natural”. *Ibid.*

⁸⁶ *Op. cit.* p. 21.

⁸⁷ NOGUEIRA (2009).

⁸⁸ Véanse algunas discusiones al respecto en los trabajos de DÍAZ DE VALDÉS (2007); HENRÍQUEZ (2011); POEHLIS Y VERDUGO (2022); PARDO (2023).

⁸⁹ El trabajo más influyente es probablemente el de ROZNAI (2013; 2017), quien utiliza una versión de la teoría del poder constituyente cercana a las ideas de Emmanuel Sieyès.

que actúa libre de toda forma y control”⁹⁰. El PC sería “supremo”, permitiría al sistema jurídico obtener su legitimidad y validez, y a él debieran subordinarse los poderes “constituidos”⁹¹. Pese a ello, reconocería que el PC puede limitarse sobre la base de los derechos individuales, aunque no ofrece una referencia al trabajo de Sieyès para sostener lo anterior⁹². Luego, analiza el trabajo de otros autores citados por la conocida obra de Raymond Carré de Malberg⁹³ y terminaría afirmando que la idea del PC:

“posibilita a la Asamblea ejercer un poder tal como le plazca a la nación dárselo, confiando a los representantes extraordinarios los poderes necesarios en tales ocasiones, los cuales, puestos en lugar de la nación, ejercen la potestad de establecer la Constitución; la voluntad común de los representantes extraordinarios vale por la voluntad de la nación misma. Una vez terminada dicha obra cuyo producto es la Constitución, el poder constituyente cesa y surgen los poderes constituidos que sustentan su actuación en su previsión constitucional”⁹⁴.

De este modo, acierta al afirmar que el PC “cesa”, aunque dicha afirmación no aparece, en su texto, conectada con la obra de Emmanuel Sieyès; y luego volvería a caracterizar al PC como un poder “supremo”. Dicho poder: “permanece siempre como un poder plenamente autónomo y libre [...] cuando así lo decida autónomamente el cuerpo político de la sociedad”⁹⁵. Dicho “poder supremo se encuentra siempre latente mientras opera la Constitución [...]”⁹⁶.

Entonces, ofrece una caracterización que se aparta de los modos como Emmanuel Sieyès intentó moderar la radicalidad de la teoría del PC. Aunque su obra aporta otros elementos derivados de autores como Hermann Heller y Costantino Mortati (y es valiosa en tanto ofrece un mapa conceptual de diferentes aportaciones a la teoría), su simplificación de la obra de Sieyès, probablemente debido a la exclusiva cita a *¿Qué es el Tercer Estado?*, no permite construir una versión muy sofisticada de la doctrina clásica del PC.

Francisco Zúñiga Urbina, un conocido e influyente constitucionalista, asesor del Partido Socialista y actual presidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional, ha utilizado la teoría del PC de modo más reciente

⁹⁰ NOGUEIRA (2009) p. 231.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

⁹³ Cabe hacer presente que la manera en que Raymond Carré de Malberg asoció a Emmanuel Sieyès con la teoría de la soberanía nacional ha sido fuertemente cuestionada. Véase RUBINELLI (2019); TAJADURA (2023).

⁹⁴ NOGUEIRA (2009) p. 231.

⁹⁵ *Op. cit.* p. 233.

⁹⁶ *Ibid.*

en el contexto de la demanda por reemplazar la Constitución actualmente vigente. En un trabajo del año 2013, utilizó la teoría para defender la legitimidad de una posible asamblea constituyente. En dicho trabajo, usó el trabajo de Sieyès para sostener que de acuerdo con “la doctrina clásica del poder constituyente” el titular sería la nación o el pueblo (en la versión de Jean-Jacques Rousseau), y adoptaría características “propias de la soberanía”. Debido a lo anterior, el PC sería:

“radical al estar residenciado en la nación o pueblo sin intermediarios, poder extraordinario al actuar en momentos fundacionales o de cambio político; poder permanente, del sujeto titular (nación o pueblo); poder inalienable [...]”⁹⁷.

Junto con ello, también atribuiría a Emmanuel Sieyès la distinción entre PC y poder constituido, vinculando la misma a la necesidad de abandonar el principio monárquico durante la Revolución francesa⁹⁸. Antes de afirmar todo lo anterior, y utilizando una curiosa cita a la “grundnorm” (una creación de Hans Kelsen incompatible con la teoría del PC), argumentó que buscar una conexión jurídica entre dos sistemas constitucionales sucesivos y diversos es “un verdadero sofisma”⁹⁹, lo que refuerza la idea de que el PC implica un acto refundacional que no mantiene (o no necesita mantener) una conexión institucional con el régimen previo, ni en lo procedimental ni en lo sustantivo. Reiteró todas estas ideas en otro trabajo publicado el año 2014¹⁰⁰.

La simplificación que hace de la teoría de Emmanuel Sieyès la hace prácticamente irreconocible. Es cierto que hay elementos de su planteamiento que estuvieron presentes en la obra de Sieyès (las asambleas constituyentes utilizan la representación que Sieyès defendía), pero el modo selectivo como se utilizan los elementos más radicales (por ejemplo, al desconocer la necesidad de los “intermediarios” y al ignorar que el PC no es “permanente”) e ignorando aquellos que moderan el proceso de creación de una constitución y su vínculo inexacto con la soberanía, hacen del trabajo de Francisco Zúñiga un buen ejemplo del modo como (al menos una parte) del constitucionalismo ha malentendido la teoría del PC de Sieyès. En su defensa, podría argumentar que él sí reconoce la conveniencia de establecer ciertos límites al PC. No obstante, los mismos aparecen desconectados de Emmanuel Sieyès y de su teoría del PC, que es “en principio, dado que es expresión prístina de la soberanía, ilimitado”¹⁰¹.

⁹⁷ ZÚÑIGA (2013) p. 528.

⁹⁸ *Op. cit.* p. 522.

⁹⁹ *Op. cit.* p. 521.

¹⁰⁰ ZÚÑIGA (2014).

¹⁰¹ ZÚÑIGA (2013) p. 529.

Todos los autores revisados (Alejandro Silva, José Luis Cea, Humberto Nogueira y Francisco Zúñiga) han ofrecido caracterizaciones simplificadas de la tesis de Emmanuel Sieyès, omitiendo aspectos elementales de su teoría. En todos ellos se observa una escasa o poco fundada referencia a los límites sustantivos del PC, se asume explícita o implícitamente su carácter permanente (el PC no se disolvería una vez dictada la Constitución), una breve o inexistente referencia a la idea de la representación política, una nula o equivocada noción de del mandato representativo/imperativo en el pensamiento de Emmanuel Sieyès, y una equívoca relación entre la idea de PC y la idea de soberanía. Como he explicado, la teoría de Sieyès fue hecha como un modo de moderar la tesis de la soberanía, establece límites sustantivos relevantes, abre un espacio para que el órgano constituyente vea restringido su actuar a una agenda establecida previamente, rechaza la idea del mandato imperativo sin aceptar la idea abstracta de nación, ofreciendo arreglos institucionales concretos que no se agotan con la existencia de una asamblea constituyente, y reafirma la idea de que el PC es temporal. En otras palabras, el mismo desaparece una vez dictada la Constitución. Todas estas ideas deben ser consideradas para corregir o, al menos, matizar la idea de que el PC opera de forma ilimitada y absoluta, y que posee un carácter prejurídico que le impide vincularse con el régimen constitucional previo. La caracterización que estos cuatro autores le han dado a la teoría del PC de Sieyès es más compatible con la tesis de Carl Schmitt. Pese a que Schmitt aparece desconectado (o no lo citan, o lo citan en otras partes), la versión de Emmanuel Sieyès que estos autores usan coincide con varios de los elementos que Schmitt propuso: el PC nunca desaparece, opera de manera absoluta e ilimitada, y tiene un fuerte vínculo con la idea de soberanía.

Aunque estos autores son buenos ejemplos de la literatura chilena, en tanto influyentes y escritores de obras ampliamente difundidas, es importante tener presente que la mayoría no han publicado trabajos especializados en la teoría del PC (salvo por Humberto Nogueira). Por eso, podría argumentarse que sus trabajos son superficiales y no obedecen a una investigación profunda. Aunque esto puede ser probablemente cierto, es relevante tener también presente que otros autores chilenos más jóvenes han continuado cometiendo errores similares al citar a Emmanuel Sieyès en trabajos especializados, lo que reafirma que las ideas más extendidas en la literatura chilena se basan en una mala comprensión del trabajo de Sieyès (pueden haber excepciones en ciertos casos, por cierto¹⁰²). Ejemplos de vinculaciones entre las ideas de Sieyès y la caracteri-

¹⁰² Véase, entre otros, y pese a posibles matices, los trabajos de MARSHALL (2010) y de SALGADO (2020). Este último utiliza una teorización que, si bien se aleja de Emmanuel Sieyès, puede ser útil para justificar o explicar la existencia de límites procedimentales e institucionales previamente establecidos.

zación de Carl Schmitt (aunque no se indique explícitamente), pueden encontrarse, también, en artículos de autores tan diversos como: Jaime Bassa, Arturo Fermandois, Lautaro Ríos, Gabriel Negretto, Domingo Lovera, Constanza Salgado y Pablo Contreras.

Jaime Bassa ofrece una caracterización de Emmanuel Sieyès cercana a la promoción de la idea del mandato imperativo con un PC exento de límites (aunque ofrece una caracterización menos equívoca de la idea de nación)¹⁰³, independientemente que luego logra identificar limitaciones conceptuales para comprender la legitimidad del mismo, separadas del pensamiento de Sieyès¹⁰⁴. Sin perjuicio de ello, utilizó la teoría del PC para buscar empoderar al pueblo soberano, lo que requiere eludir la utilización de poderes constituidos como el Congreso¹⁰⁵. Lautaro Ríos acierta al identificar la necesidad de la representación política (el pueblo no actúa por sí mismo), pero luego cita literatura secundaria para comprender la idea del PC (incluyendo a Carl Schmitt) vinculada a la soberanía (es “una manifestación esencial de la soberanía”), cuyo ejercicio correspondería al pueblo de manera exclusiva¹⁰⁶. Gabriel Negretto se refirió a Sieyès y a Schmitt de manera simultánea, afirmando que ambos autores resaltarían el carácter prejurídico del PC, luego, indicando que la teoría confunde la atribución del poder al pueblo con su expresión efectiva, la que depende de canales institucionales (pese a que Sieyès propuso canales institucionales preexistentes, como vimos)¹⁰⁷.

En el contexto del proceso constituyente que tuvo lugar a partir de las manifestaciones de octubre del año 2019, un debate se inició entre académicos que utilizaban las categorías de Emmanuel Sieyès para intentar explicar o justificar la existencia de límites a las facultades de la Convención Constitucional. Así, por ejemplo, Arturo Fermandois argumentó que dicha Convención tendría un mero poder constituido o derivado, por lo que tendría menos posibilidades de determinar sus propios procedimientos y de modificar los límites asignados por la reforma constitucional que la reguló previamente¹⁰⁸. De este modo, y contrario a lo que habría planteado Francisco Zúñiga años atrás, la tesis del PC derivado establecería un vínculo institucional y jurídico ne-

¹⁰³ BASSA (2008) p. 46.

¹⁰⁴ *Op. cit.* p. 49. Véanse algunos matices importantes en la opinión que BASSA, CONTRERAS, LOVERA y MUÑOZ (2020) darían en relación con la Convención Constitucional que finalizó sus funciones el año 2022, donde argumentan, entre otras cosas, que el proceso constituyente tendría un fin único y limitado, cuestión que los acerca un poco más a una interpretación fiel del pensamiento de Emmanuel Sieyès. También, Véase CARRASCO (2020); MUÑOZ (2015).

¹⁰⁵ BASSA (2019).

¹⁰⁶ RÍOS (2017).

¹⁰⁷ NEGRETTO (2016) p. 809.

¹⁰⁸ FERMANDOIS (2021). También, véase SEREY (2021).

cesario entre el orden constitucional previo a la Convención, y la propuesta constitucional que la Convención aprobaría en el futuro. En la otra vereda, se encontraban posiciones como las expresadas por el artículo de Constanza Salgado, Domingo Lovera y Pablo Contreras. Para ellos, la noción de PC debe ser utilizada para debilitar uno de los límites sustantivos que tenía la Convención (el respeto por los tratados internacionales). En otras palabras, para estos autores los tratados internacionales deben servir como guía para la Convención, pero no como una restricción fuerte al ejercicio de sus facultades. Para afirmar aquello, recurrieron a la teoría del PC citando a autores como Emmanuel Sieyès, Carl Schmitt y Ernst-Wolfgang Böckenförde para argumentar en favor de la:

“naturaleza jurídicamente ilimitada del poder constituyente, es decir, de un poder que trasciende las formas jurídicas existentes, y que por eso mismo es capaz de transformarlas”¹⁰⁹.

Para afirmar lo anterior, los autores no distinguieron los matices de la teoría de Emmanuel Sieyès ni las diferencias del mismo con el trabajo de los otros autores.

Los ejemplos de Arturo Fermandois y de Constanza Salgado y sus coautores son ilustrativos del modo como la noción simplificada e inexacta que el constitucionalismo chileno ha tenido sobre el trabajo de Sieyès, ha contribuido a utilizar sus categorías sin considerar los principales matices que el propio Sieyès habría adicionado para moderar el carácter radical de la misma. De este modo, la utilización de las categorías de PC y de poder constituido invitaría a elegir entre alternativas de *todo o nada*, como ocurrió en Ecuador, cuando la Corte Constitucional de dicho país tuvo que decidir si la asamblea constituyente poseía o no el poder de atacar a la asamblea legislativa declarando que la primera ejercía el PC¹¹⁰. O se acepta un poder de ruptura casi total o se acepta un poder derivado con límites que lo pueden hacer incapaz de establecer un cambio genuino. Esto es un problema importante porque impide el desarrollo de un marco conceptual y teórico que permita reconciliar la necesidad de ruptura con la de la estabilidad institucional. Francisco Zúñiga pensaba que esto no era posible porque solamente observaba un elemento radical de la teoría de Sieyès de manera selectiva. Pero este problema no se limita a Francisco Zúñiga porque, autores como él, han determinado el curso del debate constituyente con categorías que no se adaptan fácilmente a las genuinas necesidades procedimentales de la demanda por un cambio constitucional. Tal vez por eso, algunos autores rechazaron la utilización de las categorías asociadas al PC¹¹¹

¹⁰⁹ SALGADO, LOVERA y CONTRERAS (2021) p. 1355.

¹¹⁰ VENEGAS y HERNÁNDEZ (2019).

¹¹¹ NUÑEZ (2021) p. 11.

o sugirieron la adopción de enfoques postsoberanos basados en el paradigma de Andrew Arato¹¹².

Si se acepta la idea de que Chile solamente debiera reemplazar aquellos aspectos problemáticos de su marco constitucional, entonces no debe invocarse una teoría que es presentada como independiente del contenido. El pensamiento de Emmanuel Sieyès puede contribuir a esto porque, para Sieyès, el PC no era absoluto, ni permanente, ni daba discreción ilimitada para que el órgano representativo decidiera su agenda. Usar la teoría distorsionada de Sieyès, más cercana al trabajo de Carl Schmitt, solamente contribuye a alejar las posiciones del conflicto. Por ello, no debe llamar la atención que un grupo de constituyentes haya intentado (sin éxito) declarar “soberana” a la Convención Constitucional¹¹³, que hayan utilizado la plataforma de la Convención para presionar por la adopción de políticas que le correspondía a otros órganos constituidos¹¹⁴, que intelectuales relevantes e influyentes usen las categorías polarizadas de la mala interpretación de Sieyès¹¹⁵, que la propia Convención haya utilizado la regla de mayoría simple para confirmar las reglas previamente establecidas (con la polémica señal de inestabilidad que esto significa) y que se haya intentado utilizar (sin éxito) el criticado mecanismo de los plebiscitos dirimientes. La narrativa del PC, basado en las categorías no matizadas que se le atribuyen a Sieyès, sirvió para desestabilizar los acuerdos políticos que permitieron la apertura del proceso constituyente¹¹⁶ e, incluso, para argumentar que la comisión técnica encargada del diseño del proceso constituyente no debía establecer límites al mismo¹¹⁷.

CONCLUSIONES

En este ensayo, he reconstruido brevemente el pensamiento de Emmanuel Sieyès para mostrar el modo como dicho pensamiento es más complejo de lo que han sugerido los constitucionalistas chilenos. A diferencia de otras versiones conocidas

¹¹² TSCHORNE (2020); VERDUGO (2020).

¹¹³ VOCERÍA DE LOS PUEBLOS (2021).

¹¹⁴ Recuérdese, por ejemplo, cuando grupos de convencionales exigieron la liberación de “presos políticos”, llamaron a no aprobar el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, cuando intentaron reemplazar a un constituyente que renunció o cuando requirieron al Congreso la regulación de plebiscitos dirimientes. El hecho de que estas acciones se frustraron no anula el punto: las categorías del poder constituyente fueron funcionales a las demandas que impulsaron estas acciones.

¹¹⁵ Véase, por ejemplo, PALMA y ELGUETA (2020).

¹¹⁶ PRIETO y VERDUGO (2021).

¹¹⁷ *Ibid.*

sobre la teoría del PC, la teoría de Sieyès utilizaba la idea para domesticar o moderar la idea de soberanía que parecía prevalecer en ese momento. Asimismo, el PC debía ser canalizado mediante instrumentos representativos colectivos que no se basaban ni en las órdenes directas de los ciudadanos (mandato imperativo) ni en una independencia completa de los representantes respecto de sus representados (mandato representativo). De esta forma, el mandato de los representantes no podía revocarse, había menos espacio (o ninguno) para el establecimiento de mecanismos plebiscitarios, y los representantes en el órgano constituyente colectivo no podían invocar un poder absoluto e ilimitado para independizarse de la voluntad de los ciudadanos. Los representantes tenían límites importantes, algunos de los cuales provenían del derecho natural y otros del mandato que los ciudadanos les entregaban. Ello podría permitir la justificación de procesos constituyente cuya agenda no controlan los representantes, pudiendo restringir el tipo de materias a discutir y estableciendo el respeto por los derechos como un límite que podría, incluso, ser controlado. Además, para Sieyès, el PC debía desaparecer una vez que se dictaba la Constitución. Ello lo diferenciaba de otras teorías, como la de Carl Schmitt, que permitían la existencia de un PC externo que podía manifestarse en cualquier momento. En consecuencia, el PC era temporal, y debían establecerse mecanismos para evitar el surgimiento futuro de otra manifestación del PC. No era deseable (ni siquiera con la perspectiva democrática) que el PC continuara manifestándose. Así, por ejemplo, Sieyès propuso la creación de un jurado constitucional que permitiera ofrecer perfeccionamientos de manera periódica al sistema constitucional justamente para reducir la posibilidad de que se produjeran momentos revolucionarios.

Este tipo de matices que ofrecía el pensamiento de Emmanuel Sieyès no han sido suficientemente tratados por los constitucionalistas chilenos. En parte, esto ha permitido que los debates constitucionales y académicos en torno a los procesos constituyentes que hemos visto en los últimos años (comenzando por el de Michelle Bachelet) operen bajo un marco teórico que ofrece categorías rígidas que invitan a diferenciar entre ruptura y estabilidad. Los procesos constituyentes experimentados en sistemas democráticos contemporáneos (como el de Chile y el de Islandia, por citar algunos ejemplos) son esencialmente difíciles, en parte, porque ellos requieren encontrar un equilibrio entre ruptura y continuidad institucional en un contexto de polarización política donde las diferencias sociales se agudizan. Lamentablemente, las rígidas categorías sobre el PC y el poder constituido (atribuidas a Sieyès, pero sin sus matices) no han sido útiles para encontrar dicho equilibrio y, tal vez, han contribuido a exacerbar las posiciones más radicales de los distintos sectores. En otro trabajo, he argumentado que sería deseable abandonar la teoría del PC. No obstante, si se va a insistir en su utilización, el debate constituyente chileno haría bien en adaptar la teoría genuina de Sieyès y no aquellas versiones que la han malinterpretado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARATO, Andrew (2017): *The Adventures of the Constituent Power. Beyond Revolutions?* (New York, Cambridge University Press).
- ARENDRT, Hannah (2006): *On Revolution* (New York, Penguin Books).
- ATRIA, Fernando (2006): "Sobre la soberanía y lo político", *Derecho y Humanidades* n.º 12: pp. 47-93.
- BASSA, Jaime; CONTRERAS, Pablo; LOVERA, Domingo y MUÑOZ, Fernando (2020): "Definiendo las reglas de lo constituyente", en Bassa Mercado, Jaime (ed.), *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 263- 266.
- BASSA MERCADO, Jaime (2008): "Notas para una teoría democrática del poder constituyente", *Nomos-Universidad de Viña del Mar* vol. 1: pp. 41-70.
- BASSA MERCADO, Jaime (2019): "Cómo constituir. asamblea constituyente y nueva Constitución", en Bassa Mercado, Jaime; Ferrada Bórquez, Juan Carlos; Viera Álvarez, Christian, *La Constitución que queremos. Propuestas para un momento constituyente* (Santiago, LOM Ediciones) pp. 13-42.
- BENÍTEZ-R., Vicente F. (2022): "Petrificando la rama judicial En Colombia: autointerés judicial y control de constitucionalidad inapropiado de reformas constitucionales a la justicia", *International Journal of Constitutional Law* vol. 20 No. 4: pp. 1618-1646.
- BERNAL, Carlos (2013): "Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine", *International Journal of Constitutional Law* vol. 11 No. 2: pp. 339-357.
- BERNAL, Carlos (2019): "Constitution-Making (without Constituent) Power: On the Conceptual Limits of the Power to Replace or Revise the Constitution", in Albert, Richard; Bernal, Carlos and Zaiden Benvindo, Juliano (eds.), *Constitutional Change and Transformation in Latin America* (Oxford, Hart Publishing) pp. 21-49.
- BRAVER, Joshua (2016): "Hannah Arendt in Venezuela: The Supreme Court Battles Hugo Chávez over the Creation of the 1999 Constitution", *International Journal of Constitutional Law* vol. 14 No. 3: pp. 555-583.
- CARRASCO JIMÉNEZ, Edison (2020): *Nueva constitución en Chile o el desmantelamiento político-jurídico del modelo* (Santiago, Tirant lo Blanch).
- CEA EGAÑA, José Luis (1978): "Puntos significativos del anteproyecto constitucional", *Revista de Derecho Público* n.º 24: pp. 155-176.
- CEA EGAÑA, José Luis (2015): *Derecho constitucional chileno*, tomo I (Santiago, Ediciones UC, tercera edición).
- CEA EGAÑA, José Luis (2016): "Nueva Constitución o reforma constitucional ¿Refundación del Estado o progreso institucional?", *Aportes para una Reforma Constitu-*

- cional (Centro Latinoamericano de Políticas Económicas y Sociales CLAPES UC) vol. 3.
- COLÓN-RÍOS, Joel I. (2011): "Carl Schmitt and Constituent Power in Latin American Courts: The Cases of Venezuela and Colombia", *Constellations* vol. 18 No. 3: pp. 365-388.
- COLÓN-RÍOS, Joel I. (2014a): "Constituent Power, the Rights of Nature, and Universal Jurisdiction", *McGill Law Journal* vol. 60 No. 1: pp. 127-172.
- COLÓN-RÍOS, Joel I. (2014b): "Five Conceptions of Constituent Power", *Law Quarterly Review* vol. 130: pp. 306-336.
- COLÓN-RÍOS, Joel I. (2016): "Rousseau, Theorist of Constituent Power", *Oxford Journal of Legal Studies* vol. 36 No. 4: pp. 885-908.
- COLÓN-RÍOS, Joel I. (2020): *Constituent Power and the Law* (New York, Oxford University Press).
- CRISTI, Renato (1997): "Carl Schmitt on Sovereignty and Constituent Power", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* vol. 10 No. 1: pp. 189-202.
- CRISTI, Renato (2000): "The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Constitution", *Cardozo Law Review* vol. 21: pp. 1749-1775.
- CRISTI, Renato (2011): *El pensamiento político de Jaime Guzmán. Una biografía intelectual* (Santiago, LOM Ediciones, segunda edición).
- CRISTI, Renato (2014): "Precisiones en torno a la noción de poder constituyente", en Cristi, Renato y Ruiz-Tagle, Pablo; *El constitucionalismo del miedo* (Santiago, LOM Ediciones) pp. 163-175.
- DALY, Eoin (2021): "Alchemising Peoplehood: Rousseau's Lawgiver as a Model of Constituent Power", *History of European Ideas* vol. 47 No. 8: pp. 1278-1291.
- DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel (2007): "Algunas preguntas pendientes acerca del control de constitucionalidad de los proyectos de reforma constitucional", *Sentencias Destacadas 2006*: pp. 145-176.
- DIXON, Rosalind y VERDUGO, Sergio (2021): "Los derechos sociales y la reforma constitucional en Chile: hacia una implementación híbrida, legislativa y judicial", *Estudios Públicos* n.º 162: pp. 31-73.
- DUKE, George (2020): "Inherent Constraints on Constituent Power", *Oxford Journal of Legal Studies* vol. 40 No. 4: pp. 795-818.
- DYZENHAUS, David (2012): "Constitutionalism in an Old Key: Legality and Constituent Power", *Global Constitutionalism* vol. 1 No. 2: pp. 229-260.
- ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom & MELTON, James (2009): *The Endurance of National Constitutions* (New York, Cambridge University Press).
- FASEL, Raffael (2022): "Constraining Constituent Conventions: Emmanuel-Joseph Sieyès and the Limits of Pouvoir Constituant", *International Journal of Constitutional Law* vol. 20 No. 3: pp. 1103-1129.

- FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo (2021): "Un proceso constituyente civilizado: las limitaciones del artículo 135 inciso final de la Constitución a la Convención Constitucional", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (coord.), *Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 709-734.
- GARCÍA, José Francisco (2017): *La tradición constitucional de la P. Universidad Católica de Chile. 1889-1967. Orígenes, evolución, consolidación* (Santiago, Ediciones UC).
- GOLDONI, Marco (2012): "At the Origins of Constitutional Review: Sieyès' Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power", *Oxford Journal of Legal Studies* vol. 32 No. 2: pp. 211-234.
- GONZÁLEZ-BERTOMEU, Juan F. (2019): "The Colombian Constitutional Court's Doctrine on the Substitution of the Constitution", in Albert, Richard; Bernal, Carlos and Zaiden Benvindo, Juliano (eds.), *Constitutional Change and Transformation in Latin America* (Oxford, Hart Publishing) 119-141.
- GRIMM, Dieter (2009): *Sovereignty. The Origin and Future of a Political and Legal Concept* (New York, Columbia University Press).
- GRIMM, Dieter (2010): "The Achievement of Constitutionalism and Its Prospects in a Changed World", in Dobner, Petra and Loughlin, Martin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford University Press).
- HASEBE, Yasuo (2009): "On the Dispensability of the Concept of Constituent Power", *Indian Journal of Constitutional Law* vol. 3: pp. 39-51.
- HENRÍQUEZ, Miriam (2011): "El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en el ordenamiento jurídico chileno", *Anuario de Derecho Público*: pp. 461-477.
- HOOGERS, Gerhard (2008): "The Paradox of Politics from a Constitutional Perspective. The Constituent Power of the People and the Representation of the General Will", *Rechtsphilosophie En Rechtslehre* vol. 37 No. 2: pp. 163-74.
- HUGHES, Carys (2019): "The Transformative Potential of Constituent Power: A Revised Approach to the New Latin American Constitutionalism", *Latin American Perspectives* vol. 46 No. 6.
- KELSEN, Hans (1928): "La garantía jurisdiccional de la Constitución", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* 10 (2008): pp. 3-46.
- KELSEN, Hans (2000): "On the Essence and Value of Democracy [1927]", in Jacobson, Arthur and Schlink, Bernhard, *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Berkeley, University of California Press).
- KOUROUTAKIS, Antonios (2020): "The Virtues of Sunset Clauses in Relation to Constitutional Authority", *Statute Law Review* vol. 41 No. 1.
- LANDAU, David (2019): "Constituent Power and Constitution-Making in Latin America", in Lerner, Hanna and Landau, David (eds.), *Comparative Constitution-Making* (Northampton, Edward Elgar Press) pp. 567-588.

- LOUGHLIN, Martin (2010): *Foundations of Public Law* (New York, Oxford University Press).
- LOUGHLIN, Martin (2022): *Against Constitutionalism* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press).
- MARSHALL BARBERÁN, Pablo (2010): "La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional", *Revista de Derecho (Valparaíso)* vol. 35: pp. 245-286.
- MÜLLER, Jan-Werner (2003): *A Dangerous Mind Carl Schmitt in Post-War European Thought* (New Haven/London, Yale University Press).
- MUÑOZ, Fernando (2015): *Hegemonía y nueva Constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente* (Colección Austral Universitaria de Ciencias Sociales, Artes y Humanidades, Valdivia, Ediciones UACH).
- NEGRETTO, Gabriel L. (2016): "El poder constituyente en la tradición constitucional americana. El legado problemático de los escritos federalistas", *Revista Chilena de Derecho* vol. 43 n.º 3: pp. 787-812.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009): "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la Constitución en la teoría y la práctica constitucional", *Ius et Praxis* vol. 15 n.º 1: pp. 229-262.
- NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio (2021): "Todos y todas somos constituyentes", en Núñez Leiva, José Ignacio (ed.) y Risi, Paulina (coord.), *Ideas centrales para la nueva Constitución* (Valencia, Tirant lo Blanch/Universidad Central).
- PALMA, Eric Eduardo y ELGUETA, María Francisca (2020): *¿Quiere usted una nueva Constitución?* (Santiago, RIL Editores).
- PARDO ÁLVAREZ, Diego (2023): "Los límites de la potestad de reforma constitucional en el derecho constitucional chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)* vol. XXXVI n.º 1: pp. 113-135.
- PASQUINO, Pasquale (1998): *Sieyès et l'invention de la Constitution en France* (Paris, Odile Jacob).
- PÉREZ CRESPO, Carlos (2023a): *Popular Autocracy*. Thesis Dr Phil Hamburg.
- PÉREZ-CRESPO, Carlos (2023b). "Anti-Liberalism, Civil War and Dictatorship: Carl Schmitt and His Intellectual Influence on the Francoist Ideologists (1939-1942)", *Intellectual History Review*.
- POEHL, Marianne y VERDUGO, Sergio (2022): "Auge y caída de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021", *Anuario de Derecho Público*: pp. 263-288.
- PREUSS, Ulrich K. (1992): "Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution", *Cardozo Law Review* vol. 14 No. 3-4: pp. 639-660.

- PRIETO, Marcela y VERDUGO, Sergio (2021): "How Political Narratives Affect the Self-Enforcing Nature of Interim Constitutions", *Hague Journal on the Rule of Law* vol. 13: pp. 265-293.
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (2017): "La soberanía, el poder constituyente y una nueva Constitución para Chile", *Estudios Constitucionales* vol. 15 n.º 2.
- ROZNAI, Yaniv (2013): "Unconstitutional Constitutional Amendments. The Migration and Success of a Constitutional Idea", *The American Journal of Comparative Law* vol. 61: pp. 657-720.
- ROZNAI, Yaniv (2017): *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (New York, Oxford University Press).
- ROZNAI, Yaniv (2021): "The Boundaries of Constituent Authority", *Connecticut Law Review* vol. 52 No. 5: pp. 1381-1408.
- RUBINELLI, Lucia (2019): "How to Think beyond Sovereignty: On Sieyès and Constituent Power", *European Journal of Political Theory* vol. 18 No. 1: pp. 47-67.
- RUBINELLI, Lucia (2020): *Constituent Power: A History* (Cambridge, UK, Cambridge University Press).
- SALGADO, Constanza; LOVERA, Domingo y CONTRERAS, Pablo (2021): "¿Límites de tratados internacionales al poder constituyente? Análisis del caso chileno", *International Journal of Constitutional Law* vol. 19 No. 4.
- SALGADO MUÑOZ, Constanza (2020): "El estallido social y el poder constituyente del pueblo de Chile", en Bassa Mercado, Jaime (ed.), *Proceso constituyente en Chile. Desafíos para una nueva Constitución* (Santiago, Thomson Reuters) pp. 53-74.
- SCHEUERMAN, William E. (1997): "Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* vol. 10 No. 1: pp. 141-162.
- SEREY TORRES, Gonzalo (2021): "¿Qué tipo de poder constituyente redactará la Constitución chilena? Hacia un concepto de poder constituyente en un proceso democrático", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional (coord.), *Tránsito constitucional. Camino hacia una nueva Constitución* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 693-708.
- SIÈYES, Emmanuel Joseph (2003): "What Is the Third State (1789)", in Sonenscher, Michael (ed.), *Sieyès. Political Writings. Including the Debate Between Sieyès and Tom Paine in 1791* (Indianapolis, IN, Hackett Publishing).
- SIÈYES, Emmanuel Joseph (2014). "Views of the Executive Means Available to the Representatives of France in 1789 (1789)", in Lembcke, Oliver W. & Weber, Florian (eds.), *The Essential Political Writings* (trad. Sonenscher, Michael, Leiden, Boston: Brill).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de derecho constitucional*, tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SONENSCHER, Michael (2003): "Introduction", in Sonenscher, Michael (ed.), *Sieyès. Political Writings. Including the Debate Between Sieyès and Tom Paine in 1791* (Indianapolis, IN, Hackett Publishing).

- TAJADURA TEJADA, Javier (2023): *Sieyès y la lengua de la Constitución* (Sevilla, Athenaica Ediciones).
- TSCHORNE, Samuel (2020): "Las claves conceptuales del debate constitucional chileno: poder constituyente, legitimidad de la Constitución y cambio constitucional", *Estudios Públicos* n.º 160: pp. 81-117.
- TUCK, Richard (2016): *The Sleeping Sovereign. The Invention of Modern Democracy* (Cambridge, UK, Cambridge University Press).
- VENEGAS MAINGÓN, Alejandro y HERNÁNDEZ MUÑOZ, Verónica (2019): "Análisis de los límites del poder constituyente", *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* vol. 5 n.º 13.
- VERDUGO, Sergio (2019): "On the Protests and Riots in Chile: Why Chile Should Modify Its Presidential System", *Int'l J. Const. L. Blog*. Disponible en www.iconnectblog.com/2019/10/on-the-protests-and-riots-in-chile-why-chile-should-modify-its-presidential-system/ [fecha de consulta: 21 de noviembre, 2023].
- VERDUGO, Sergio (2020): "Chile's New Constitutional Experiment", *Quaderni Costituzionali* vol. 4: pp. 842-845.
- VERDUGO, Sergio (2023): "Is It Time to Abandon the Theory of Constituent Power?", *International Journal of Constitutional Law* vol. 21 No. 1: pp. 14-79.
- VOCERÍA DE LOS PUEBLOS (2021): "Vocería de los pueblos de la revuelta popular a la constituyente". Disponible en <https://media.elmostrador.cl/2021/06/Declaracion-punto-de-Prensa-Voceria-de-los-Pueblos.pdf> [fecha de consulta: 21 de noviembre, 2023].
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2013): "Nueva Constitución y operación constituyente", *Estudios Constitucionales* vol. 11 n.º 1: pp. 511-540.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2014): "Nueva Constitución y Asamblea Constituyente en Chile", *Revista de Derecho Político, UNED* n.º 91: pp. 341-357.

INSTITUCIONES, CONSULTAS Y SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS AMBIENTALES EN EL CPTPP

INSTITUTIONS, CONSULTATIONS, AND ENVIRONMENTAL DISPUTE SETTLEMENT IN THE CPTPP

*Raúl F. Campusano Droguett**

RESUMEN: El artículo presenta el sistema de solución de controversias internacionales establecido en el capítulo xx del CPTPP y que es distinto y separado del sistema general de solución de controversias internacionales del CPTPP y que conforma la totalidad del capítulo xxviii del CPTPP. El texto se estructura considerando las siguientes secciones: a. Instituciones y funcionamiento, b. Sistema. Junto con explicar cada una de las partes del sistema y su funcionamiento y operatividad, se proponen algunas consideraciones que intentan explicar las razones por la opción de agregar este sistema específico de solución de disputas ambientales en forma adicional al sistema general. En términos globales, las razones detrás de esta decisión se encuentran en la especial naturaleza de los temas ambientales y la creciente relevancia de estos temas en su relación con el comercio internacional.

PALABRAS CLAVE: comercio internacional, ambiente, tratados de comercio, CPTPP. Sistema de solución de controversias ambientales.

ABSTRACT: These notes present the international dispute settlement system established in Chapter xx of the CPTPP, which is distinct and separate from the general international dispute settlement system of the CPTPP and which

*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. Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Director Posgrados Derecho UDD. Director académico del programa de Magister en Derecho Ambiental UDD. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl

makes up the entirety of Chapter XXVIII of the CPTPP. The text is structured considering the following sections: a. Institutions and operation. b. Consultation system. c. Dispute settlement system itself. Along with explaining each of the parts of the system and its functioning and operation, some considerations are raised that try to explain the reasons why it was decided to add this specific environmental dispute settlement system in addition to the general system. In global terms, it is argued that the reasons behind this decision are to be found in the special nature of environmental issues and the growing relevance of these issues in relation to international trade.

KEYWORDS: International trade, environment, trade agreements, CPTPP. Environmental dispute settlement system.

INTRODUCCIÓN

El capítulo veinte del Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) regula los temas ambientales respecto de las materias de este tratado. Dentro de las diversas materias que norma, incluye disposiciones sobre consultas y solución de diferencias. Sin embargo, el tratado contiene un capítulo completo, capítulo vigésimo octavo, sobre consultas y solución de diferencias entre las partes del tratado. Entonces, procede analizar las razones que llevaron a las partes a decidir agregar normas específicas de consultas y solución de diferencias en el contexto de los temas ambientales y la forma en que se relacionan las disposiciones de ambos capítulos.

El capítulo veintiocho consagra el principio general, válido para todos los temas y capítulos del tratado, al señalar en su artículo 28.2 el valor de la cooperación. La norma señala:

“Las partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación de este Tratado, y realizarán todos los esfuerzos, mediante cooperación y consultas, para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento o aplicación”¹.

En relación con las razones que se consideraron para establecer un sistema especial de solución de conflictos en el ámbito de los temas ambientales, estas se explican por la especial naturaleza de los temas ambientales y la creciente relevancia de ellos en su relación con el comercio internacional.

¹ Artículo 28.2 Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (2018) (2023 Chile).

En el artículo se describen los aspectos centrales del sistema de solución de controversias del capítulo xx del CPTPP de acuerdo con la siguiente estructura:

- a) Instituciones y funcionamiento.
- b) Sistema de consultas.
- c) Sistema de solución de controversias propiamente tal.
- d) Reflexiones finales en las que se argumenta sobre las razones que justifican la existencia de este sistema separado y especial de solución de controversias.

Como señalan Cristián Delpiano y Camilo Cornejo:

“La pregunta por los mecanismos de resolución de controversias es esencial para la eficiencia y efectividad del derecho internacional ambiental, así como para la aplicación del propio CPTPP, especialmente para resguardar el equilibrio entre la política comercial y la política ambiental, y garantizar de esta forma que se generen sinergias positivas entre el medio ambiente y la regulación y promoción del comercio internacional”².

Desde esta reflexión es posible comenzar a explorar las razones de la existencia de un sistema separado y específico para resolver las disputas ambientales en el contexto del CPTPP.

I. INSTITUCIONES Y FUNCIONAMIENTO

El artículo 20.19 establece la constitución de un comité de medio ambiente y puntos de contacto. La idea de conformar un comité y puntos de contacto tiene por finalidad facilitar la comunicación entre los Estados partes, generando instancias de encuentro periódico en que se generan los acercamientos y confianzas que luego podrán ser relevantes al momento de abordar una diferencia o tema de interpretación del tratado. Desde diversas perspectivas es positiva la decisión de generar esta sencilla institucionalidad de relaciones y discusión.

Punto de contacto

Cada parte debe designar y notificar un punto de contacto de sus autoridades relevantes dentro de los noventa días siguientes a partir de la entrada en vigor

² DELPIANO & CORNEJO (2023).

del tratado para esa parte. La finalidad de esta nominación es facilitar la comunicación entre las partes para la implementación del capítulo veinte sobre medio ambiente. “Cada Parte notificará con prontitud a las otras Partes en caso de que haya cualquier cambio a su punto de contacto”³.

Comité de medio ambiente (Comité)

El artículo 20.19.2 dispone que las:

“Partes establecen un Comité de Medio Ambiente (Comité) compuesto por representantes gubernamentales de alto nivel, o sus designados, de las autoridades nacionales relevantes de comercio y medio ambiente de cada Parte, responsables de la implementación”

del capítulo sobre medio ambiente.⁴

El objetivo del Comité es supervisar la implementación del capítulo sobre medio ambiente y sus funciones son:

- a) “proporcionar un foro para discutir y revisar la aplicación de este Capítulo;
- b) proporcionar informes periódicos a la Comisión respecto a la implementación del Capítulo;
- c) proporcionar un foro para discutir y revisar las actividades de cooperación del Capítulo;
- d) considerar y procurar resolver los asuntos que le sean remitidos conforme al Artículo 20.21⁵;
- e) coordinarse con otros comités establecidos conforme a este Tratado, según sea apropiado;
- f) desempeñar cualquier otra función que las Partes puedan decidir”⁶.

Periodicidad y sede de reuniones

El tratado establece que el Comité:

“se reunirá dentro de un año a partir de la fecha de entrada en vigor de este Tratado. Posteriormente, el Comité se reunirá cada dos años a menos que el Comité acuerde algo diferente. El Presidente del Comité

³ Artículo 20.19.1 del CPTPP.

⁴ Artículo 20.19.2 del CPTPP.

⁵ Consultas de representantes de alto nivel.

⁶ Artículo 20.19.3 del CPTPP.

y la sede de sus reuniones se rotarán entre cada una de las Partes en orden alfabético en inglés, a menos que el Comité acuerde algo diferente”⁷.

Sistema de adopción de decisiones

El tratado indica que:

“todas las decisiones e informes del Comité serán tomadas por consenso, a menos que el Comité acuerde algo diferente o salvo se disponga lo contrario en este Capítulo”⁸.

Publicidad de las decisiones

El texto establece: “todas las decisiones e informes del Comité serán puestos a disposición del público, salvo que el Comité acuerde algo diferente”⁹.

Obligaciones especiales al quinto año de vigencia

El texto instituye que:

“durante el quinto año después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, el Comité:

- a) revisará la implementación y operación de este Capítulo.
- b) reportará sus conclusiones, pudiendo incluir recomendaciones, a las Partes y a la Comisión.
- c) realizará revisiones posteriores en intervalos que serán decididos por las Partes”¹⁰.

Participación ciudadana

El tratado mandata que el Comité:

“dispondrá que el público pueda dar su opinión en asuntos pertinentes al trabajo del Comité, según sea apropiado, y sostendrá una sesión pública en cada reunión”¹¹.

⁷ Artículo 20.19.4 del CPTPP.

⁸ Artículo 20.19.5 del CPTPP.

⁹ Artículo 20.19.6 del CPTPP.

¹⁰ Artículo 20.19.7 del CPTPP.

¹¹ Artículo 20.19.8 del CPTPP.

Eficiencia en uso de recursos y aplicación de nuevas tecnologías

El texto declara que las partes:

“reconocen la importancia de la eficiencia de los recursos en la implementación de este Capítulo y la conveniencia de utilizar las nuevas tecnologías para facilitar la comunicación y la interacción entre las Partes y con el público”¹².

II. CONSULTAS

El artículo 20.20 consagra un sistema de consultas ambientales. Se trata de una herramienta propia y tradicional del derecho internacional y tiende a promover la solución informal de disputas germinales que normalmente no llegan a desarrollarse en toda su posible magnitud por acción del procedimiento de consultas. La experiencia en todos los ámbitos del derecho internacional muestra la conveniencia y beneficios de la existencia de sistemas de consultas entre los Estados partes.

Interpretación y aplicación

“Las Partes procurarán en todo momento acordar la interpretación y aplicación de este Capítulo, y harán todos los esfuerzos a través del diálogo, la consulta, el intercambio de información y, de ser apropiado, la cooperación, para abordar cualquier asunto que pudiera afectar el funcionamiento de este Capítulo”¹³.

Procedimiento de inicio de consultas

Una parte¹⁴ podrá solicitar consultas con cualquier otra parte¹⁵

“respecto de cualquier asunto que surja conforme a este Capítulo mediante la entrega de una solicitud escrita al punto de contacto de la Parte consultada. La Parte consultante incluirá información que sea específica y suficiente para permitir que la Parte consultada responda,

¹² Artículo 20.19.9 del CPTPP.

¹³ Artículo 20.20.1 del CPTPP.

¹⁴ La parte consultante.

¹⁵ La parte consultada.

incluyendo la identificación del asunto en cuestión y una indicación sobre la base legal de la solicitud. La Parte consultante circulará su solicitud de consultas a las otras Partes a través de sus respectivos puntos de contacto”¹⁶.

Parte participante

“Una Parte distinta a la Parte consultante o consultada que considere que tiene un interés sustancial en el asunto (una Parte participante) podrá participar en las consultas mediante la entrega de una notificación por escrito al punto de contacto de las Partes consultante y consultada, a más tardar a los siete días siguientes a la fecha de circulación de la solicitud de consultas. La Parte participante incluirá en su notificación una explicación sobre su interés sustancial en el asunto”¹⁷.

Tiempos para iniciar la consulta

A menos que las partes consultante y consultada (las partes consultantes) acuerden algo diferente, las partes consultantes entrarán en consultas con prontitud y a más tardar treinta días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud por la parte consultada¹⁸.

Esfuerzos para solución satisfactoria

Las partes consultantes harán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto, la cual podrá incluir actividades de cooperación apropiadas. Las Partes consultantes podrán buscar asesoramiento o asistencia de cualquier persona u órgano que consideren apropiado con el fin de examinar el asunto¹⁹.

El artículo 20.21 se refiere a las consultas de representantes de alto nivel.

Procedimiento ante la consulta infructuosa

Si las partes consultantes no logran resolver el asunto conforme al artículo 20.20 (consultas ambientales), una parte consultante podrá solicitar que los representantes del Comité de las Partes consultantes se reúnan para considerar el

¹⁶ Artículo 20.20.2 del CPTPP.

¹⁷ Artículo 20.20.3 del CPTPP.

¹⁸ Artículo 20.20.4 del CPTPP.

¹⁹ Artículo 20.20.5 del CPTPP.

asunto, mediante la entrega de una solicitud por escrito al punto de contacto de la otra u otras partes consultantes. Al mismo tiempo, la parte consultante que solicitó las consultas circulará la solicitud a los puntos de contacto de las otras partes²⁰.

Procedimiento

Los representantes del Comité de las Partes consultantes se reunirán con prontitud después de la entrega de la solicitud y buscarán resolver el asunto incluyendo, de ser apropiado, mediante la recolección de información científica y técnica pertinente de expertos gubernamentales o no gubernamentales. Los representantes del Comité de cualquier otra parte que consideren tener un interés sustancial en el asunto, podrán participar en las consultas²¹.

El artículo 20.22 se refiere a las consultas ministeriales.

Procedimiento ante la consulta infructuosa

Si las partes consultantes no logran resolver el asunto conforme al artículo 20.21 (consultas de representantes de alto nivel), una parte consultante podrá referir el asunto a los ministros relevantes de las partes consultantes, quienes buscarán resolver el asunto²².

Procedimiento

Las consultas de conformidad con el artículo 20.20 (Consultas Ambientales), el artículo 20.21 (Consultas de Representantes de Alto Nivel) y este artículo, podrán ser celebradas en persona o por cualquier medio tecnológico disponible, según sea acordado por las Partes consultantes. Si las consultas son en persona, se realizarán en la capital de la Parte consultada, a menos que las Partes consultantes acuerden algo diferente.²³ Las consultas serán confidenciales y sin perjuicio de los derechos de cualquier Parte en cualesquiera procedimientos futuros²⁴.

Como se puede observar, el tratado cuenta con un sistema de consultas sofisticado, claro, sencillo de aplicar, y relevante en su utilización. De la misma

²⁰ Artículo 20.21.1 del CPTPP.

²¹ Artículo 20.21.2 del CPTPP.

²² Artículo 20.22.1 del CPTPP.

²³ Artículo 20.22.2 del CPTPP.

²⁴ Artículo 20.22.3 del CPTPP.

forma, algunos autores han levantado señales de alerta sobre la posible y eventual tensión entre consultas y legislaciones y políticas públicas nacionales²⁵.

III. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El artículo 20.23 establece el sistema de Solución de Controversias propiamente tal de este capítulo.

Aplicación del Sistema General de Solución de Controversias (C28)

Si las partes consultantes no logran resolver el asunto conforme al artículo 20.20 (consultas medioambientales), el artículo 20.21 (consultas de representantes de alto nivel) y el artículo 20.22 (consultas ministeriales) dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud conforme al artículo 20.20 (consultas medioambientales) o en cualquier otro periodo que las partes consultantes acuerden, la parte consultante podrá solicitar consultas conforme el artículo 28.5 (consultas) o solicitar el establecimiento de un grupo especial conforme al artículo 28.7 (establecimiento de un grupo especial)²⁶.

De esta forma, la interpretación adecuada del sistema de solución de controversias ambientales en el CPTPP es que, en el evento que surja una diferencia entre partes, se debe aplicar lo preceptuado en el capítulo veinte en relación con los distintos niveles, procedimientos y jerarquías de consultas. En el evento que estos sistemas no logren la solución del conflicto, se debe proceder a aplicar el sistema general de solución de controversias establecido en el capítulo veintiocho del tratado²⁷. El que contiene un sistema de consultas y la creación de un grupo especial.

²⁵ En efecto, en este sentido lo señalado por DELPIANO & CORNEJO (2023): “Así, en nuestra opinión, los mecanismos de consulta preventivos-colaborativos, junto con evitar situaciones de conflicto, pueden generar un espacio en el que al promover el diálogo, se genere un intercambio de experiencias, flujos de conocimiento y acercamientos entre los Estados suscriptores que redunde en mejoras regulatorias en toda la cadena normativa, desde la dictación y adecuación de los estándares, hasta la fiscalización y reacción ante incumplimientos. Sin embargo, también tiene el riesgo de poner en cuestión las medidas ambientales que cada Estado intente adoptar, cuando ello afecte intereses comerciales de otros Estados parte, atendido que la propia vocación del CPTPP se sitúa en el ámbito comercial, y no estrictamente en el ámbito ambiental”.

²⁶ Artículo 20.23.1 del CPTPP.

²⁷ El artículo 28.5 se refiere al sistema general de consultas y dispone: “cualquier Parte podrá solicitar la realización de consultas con cualquier otra Parte respecto de cualquier asunto descrito en el Artículo 28.3 (Ámbito de Aplicación). La Parte que haga la solicitud de consultas lo hará por escrito y establecerá las razones de la solicitud, incluyendo la identificación de la

Obligaciones especiales del grupo especial convocado

En esta sección del tratado existe un juego entre las normas del capítulo veinte y aquellas del capítulo veintiocho. El capítulo veinte hace un llamado explícito a la aplicación de la norma establecida en el artículo 28.7 sobre la convocación de un grupo especial y luego le impone algunas reglas específicas establecidas en el artículo 20.23.2²⁸. De esta forma, el artículo 20.23.2 establece:

medida vigente o en proyecto u otro asunto en cuestión y una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación. La Parte solicitante circulará la solicitud de manera simultánea a las otras Partes a través de los puntos de contacto generales designados conforme al Artículo 27.5.1 (Puntos de Contacto)". Por su parte: "la Parte a la que se haya hecho la solicitud de consultas responderá por escrito, a menos que las Partes consultantes acuerden algo diferente, a la solicitud a más tardar a los siete días siguientes a la fecha de la recepción de la solicitud. Esa Parte circulará su respuesta de manera simultánea a las otras Partes a través de los puntos de contacto generales y celebrará consultas de buena fe". Ahora bien: "una Parte distinta de la Parte consultante que considere que tiene un interés sustancial en el asunto podrá participar en las consultas mediante una notificación escrita a las otras Partes a más tardar a los siete días siguientes a la fecha en que se circule la solicitud de consultas. La Parte incluirá en su notificación una explicación de su interés sustancial en el asunto". A menos que las partes consultantes acuerden algo diferente, celebrarán consultas a más tardar: (a) a los quince días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud para asuntos concernientes a mercancías perecederas o (b) a los treinta días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud para todos los demás asuntos. El artículo 28.5.5. establece: "las consultas podrán realizarse en persona o por cualquier otro medio tecnológico disponible para las Partes consultantes. Si las consultas se realizan en persona, éstas se realizarán en la capital de la Parte a la que se le haya hecho la solicitud de consultas, salvo que las Partes consultantes acuerden algo diferente". El artículo 28.5.6 aborda el tema del estándar de esfuerzo exigido al indicar: "las Partes consultantes realizarán todos los esfuerzos para llegar a una solución mutuamente satisfactoria del asunto a través de las consultas conforme a este Artículo. Para este fin: (a) cada Parte consultante proporcionará suficiente información para permitir un análisis completo de cómo la medida vigente o en proyecto podría afectar el funcionamiento y aplicación de este Tratado; y (b) una Parte que participe en las consultas tratará cualquier información intercambiada en el curso de las consultas que se designe como confidencial de la misma forma que la Parte que proporciona la información". El artículo 28.5.7 establece: "una Parte consultante podrá solicitar que otra Parte consultante ponga a disposición al personal de sus autoridades gubernamentales o de otros organismos reguladores que tengan conocimiento especializado en la materia en cuestión". Finalmente, el artículo 28.5.8 señala: "las consultas serán confidenciales y sin perjuicio de los derechos de cualquier Parte en cualquier otro procedimiento".

²⁸ El artículo 28.7 consagra el establecimiento de un grupo especial indicando: "una Parte que haya solicitado consultas conforme al Artículo 28.5.1 (Consultas) podrá solicitar, por medio de una notificación escrita dirigida a la Parte reclamada, el establecimiento de un grupo especial si las Partes consultantes no logran resolver el asunto dentro de: (a) un plazo de 60 días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud de consultas conforme al Artículo 28.5.1 (Consultas); (b) un plazo de 30 días siguientes a la fecha de recepción de la solicitud de consultas

“no obstante lo dispuesto en el Artículo 28.15 (Función de los Expertos)²⁹, en una controversia que surja conforme al Artículo 20.17.2 (Conservación y Comercio) un grupo especial convocado conforme al Capítulo 28 (Solución de Controversias) deberá:

- a) buscar asesoramiento o asistencia técnica, según sea apropiado, de una entidad autorizada conforme a la CITES para abordar el asunto particular, y proporcionar a las Partes consultantes la oportunidad de comentar sobre dicho asesoramiento o asistencia técnica recibida; y
- b) dar la debida consideración a cualquier orientación interpretativa recibida de conformidad con el subpárrafo (a) sobre el asunto, en la medida de lo apropiado a la luz de su naturaleza y condición, al elaborar sus conclusiones y determinaciones conforme al Artículo 28.17.4 (Informe Inicial)³⁰.

conforme al Artículo 28.5.1 (Consultas) en un asunto relativo a mercancías perecederas; o (c) cualquier otro plazo que las Partes consultantes puedan acordar”. El procedimiento tiene las siguientes regulaciones: artículo 28.7.2: “La Parte reclamante distribuirá la solicitud de manera simultánea a todas las Partes a través de todos los puntos de contacto designados conforme al Artículo 27.5 (Puntos de Contacto)”. Artículo 28.7.3: “La Parte reclamante incluirá en su solicitud para establecer un grupo especial una identificación de la medida u otro asunto en cuestión y un breve resumen del fundamento jurídico de la reclamación que sea suficiente para presentar el problema claramente”. Artículo 28.7.4: “Un grupo especial se establecerá a la entrega de la solicitud”. Artículo 28.7.5: “A menos que las Partes contendientes acuerden algo diferente, el grupo especial se compondrá de manera compatible con las disposiciones de este Capítulo y las Reglas de Procedimiento”. Artículo 28.7.6: “Si un grupo especial se ha establecido respecto a un asunto y otra Parte solicita el establecimiento de un grupo especial respecto del mismo asunto, un único grupo especial debería establecerse para examinar tales reclamaciones siempre que sea posible”. Artículo 28.7.7: “Un grupo especial no podrá establecerse para revisar una medida en proyecto”.

²⁹ El artículo 28.15 se refiere a la función de los expertos y dispone: “A solicitud de una Parte contendiente, o por iniciativa propia, el grupo especial podrá recabar la información y la asesoría técnica de cualquier persona u organismo que estime apropiado, siempre que las Partes contendientes así lo acuerden y sujeto a cualesquiera términos y condiciones acordados por las Partes contendientes. Las Partes contendientes tendrán una oportunidad para comentar sobre cualquier información o asesoría obtenida conforme a este Artículo”.

³⁰ El informe preliminar, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 28.17.4, tendrá en su contenido: (a) conclusiones de hecho; (b) la determinación del grupo especial en cuanto a si: (i) la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones en este Tratado; (ii) una Parte ha incumplido de alguna otra manera con sus obligaciones en este Tratado; o (iii) la medida en cuestión está causando anulación o menoscabo en el sentido del Artículo 28.3.1(c) (Ámbito de Aplicación); (c) cualquier otra determinación solicitada en los términos de referencia; (d) recomendaciones, si las Partes contendientes las han solicitado conjuntamente, para la resolución de la controversia; y (e) los razonamientos de las conclusiones y determinaciones”.

Consideración de leyes ambientales nacionales

Antes de que una parte inicie un caso de solución de controversias conforme a este tratado por un asunto que surja conforme al artículo 20.3.4 (compromisos generales)³¹ o el artículo 20.3.6, dicha parte considerará si mantiene leyes ambientales que son sustancialmente equivalentes en su ámbito a las leyes ambientales que serían objeto de la controversia³².

Caso en que no hay leyes ambientales nacionales equivalentes

Si una parte solicita consultas a otra parte conforme al artículo 20.20 (consultas medioambientales) por un asunto que surja conforme al artículo 20.3.4 o 20.3.6 (compromisos generales)³³, y la parte consultada considera que la parte consul-

³¹ El artículo 20.3.4., que se encuentra dentro del acápite de compromisos generales del capítulo veinte sobre medio ambiente, indica: “ninguna Parte dejará de aplicar efectivamente sus leyes ambientales a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente de una manera que afecte al comercio o a la inversión entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado para esa Parte”.

³² Artículo 20.23.3 del CPTPP.

³³ Como se ha señalado en CAMPUSANO (2023) p. 6, “este compromiso debe entenderse e interpretarse junto con los demás y es de toda coherencia con el sistema. Así como no es aceptable realizar acciones proteccionistas escudándose en argumentos de protección ambiental, tampoco lo es la reducción de los estándares ambientales, leyes y políticas, con la finalidad de alentar el comercio. La norma comanda: “las Partes reconocen que es inapropiado alentar el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de la protección otorgada en sus respectivas leyes ambientales. Por consiguiente, una Parte no renunciará a aplicar o de otro modo derogará, u ofrecerá renunciar a aplicar o de otro modo derogar sus leyes ambientales de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada en esas leyes, con el fin de alentar el comercio o la inversión entre las Partes”. El comercio no se alienta en desmedro del ambiente. Intentar hacerlo constituiría una seria violación del tenor literal y espíritu del tratado, además de pugnar con el derecho y la política ambiental internacional vigente. Y, por cierto, con el derecho y política económica y comercial internacional vigente. El comercio internacional se alienta a través de reglas claras y transparentes, principios de no discriminación, y aliento al Estado de derecho y a la protección y promoción ambiental”. La norma del artículo 20.3.6 indica que lo en ella estipulado es sin perjuicio de lo indicado en el 20.3.2 que se refiere al reconocimiento del derecho soberano de las partes en relación con su política y derecho ambiental. El texto señala: “las Partes reconocen el derecho soberano de cada Parte a establecer sus propios niveles de protección ambiental interna y sus propias prioridades ambientales, así como a establecer, adoptar, o modificar sus leyes y políticas ambientales consecuentemente”. Como se ha indicado en CAMPUSANO (2023) p. 4, “ésta es una idea que puede parecer contraintuitiva o de difícil comprensión en el contexto del derecho y la política internacional del ambiente. Sin embargo, la idea se encuentra firmemente establecida desde hace décadas

tante no mantiene leyes ambientales que son sustancialmente equivalentes en su ámbito a las leyes ambientales que serían objeto de la controversia, las partes discutirán la cuestión durante las consultas³⁴.

El sistema de solución de controversias expresa el esfuerzo especial que los Estados partes han tenido para armonizar comercio y ambiente, logrando un tratado que puede considerarse estado del arte en la materia. Por supuesto, siempre hay espacios de avance y tensiones³⁵. Más aún será necesario observar con el paso del tiempo el funcionamiento de estos mecanismos en la práctica para poder hacer análisis más concretos y adecuados sobre la materia.

Artículo 20.18:

Bienes y servicios ambientales

El artículo 20.18 establece normas sobre comercio e inversión en bienes y servicios ambientales de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las partes reconocen la importancia del comercio y la inversión en bienes y servicios ambientales como un medio para mejorar el desempeño ambiental y económico y para abordar desafíos ambientales globales.
2. Las partes, además, reconocen la importancia de este tratado para promover el comercio y la inversión en bienes y servicios ambientales en la zona de libre comercio.
3. Por consiguiente, el Comité considerará asuntos identificados por una parte o partes relacionados con el comercio de bienes y servicios ambientales, incluyendo asuntos identificados como potenciales barreras no arancelarias a ese comercio. Las partes procurarán abordar cualquier potencial barrera al comercio de bienes y servicios ambientales que podrá ser identificada por una parte, incluyendo mediante el trabajo en el Comité y junto con otros comités pertinentes establecidos conforme este tratado, según sea apropiado.

y forma parte explícita de la Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo 1972 y de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992. De esta forma, en esta materia, el CPTPP no se aparta en nada a lo ya establecido en el derecho y la política internacional ambiental vigente”.

³⁴ Artículo 20.23.4 del CPTPP.

³⁵ En este sentido, DELPIANO & CORNEJO (2023) han señalado: “Sin embargo, así como los desafíos son ambiciosos y la potestad regulatoria de los Estados es necesaria, los riesgos también son considerables. En efecto, el desafío de alinear en un nivel regional mayor el comercio global con el medio ambiente, bajo Estados que enfrentan realidades muy diversas y aproximaciones culturales y legales propias de su desarrollo histórico, inevitablemente puede generar tensiones”.

4. Las partes podrán desarrollar proyectos de cooperación bilateral y plurilateral sobre bienes y servicios ambientales para abordar desafíos ambientales relacionados con el comercio, actuales y futuros.

La incorporación de estas normas es una expresión clara de la intención del tratado de incorporar, destacar y promover las consideraciones ambientales en el contexto del comercio internacional.

REFLEXIONES FINALES

El CPTPP tiene un sistema moderno, robusto y sólido de solución de controversias, desarrollado en el capítulo 28. En forma adicional, el capítulo 20 sobre medio ambiente, contiene un sistema especial de solución de controversias específicamente elaborado para disputas de contenido ambiental. Aparece, entonces, como válida la interrogante sobre las razones por las cuales el tratado establece un sistema de solución de controversias especial, dedicado a los temas ambientales del capítulo veinte, en circunstancias que cuenta con un sistema completo de solución de controversias en el capítulo veintiocho.

De acuerdo con lo observado, es posible encontrar varias razones que explican la decisión de los negociadores del tratado en el sentido de establecer un sistema específico de solución de conflictos ambientales, además del sistema general de solución de conflictos del tratado. Estas razones son testimonio de las prioridades y complejidades de los acuerdos comerciales internacionales de esta época de avanzado siglo XXI.

En primer lugar, enfoques específicos. Los distintos tipos de conflictos requieren mecanismos y procesos de resolución diferentes. Al incluir un capítulo específico sobre conflictos medioambientales, el CPTPP reconoce que los temas ambientales demandan conocimientos y procedimientos especializados. Esto hace posible una aproximación más específica y eficaz para resolver los conflictos relacionados con temas ambientales.

En segundo lugar, protección y cumplimiento de la regulación ambiental. Los temas ambientales tienen relevancia planetaria, y los acuerdos comerciales como el CPTPP apuntan a garantizar que el comercio no genere degradación del ambiente o a la violación de los compromisos internacionales ambientales.

En tercer lugar, conocimientos especializados. En efecto, los conflictos ambientales pueden ser muy técnicos y requerir conocimientos especializados en ciencias, derecho y reglamentos ambientales técnicos y específicos. Al tener un capítulo dedicado a los conflictos ambientales se garantiza que los paneles u organismos responsables de resolver tales diferencias puedan incluir a expertos en la materia que puedan entender más adecuadamente los matices de los temas ambientales.

En cuarto lugar, debe considerarse el tema de las obligaciones internacionales. Diversos Estados son parte de acuerdos internacionales sobre ambiente. En este contexto, los mecanismos específicos de resolución de disputas ambientales dentro del CPTPP pueden ayudar a garantizar que los Estados miembros cumplan con sus obligaciones tanto de aquellas derivadas del mismo tratado como de aquellos acuerdos ambientales que sean aplicables.

En quinto lugar, la decisión de agregar un capítulo específico sobre conflictos ambientales enfatiza el compromiso del tratado con la protección del ambiente y el desarrollo sostenible, estableciendo en forma clara que las consideraciones ambientales no deben dejarse de lado en favor de los intereses comerciales.

En sexto lugar, es posible agregar consideraciones de claridad y transparencia. Al diseñar un marco específico para los conflictos ambientales, el CPTPP aumenta la claridad y la transparencia. Los Estados partes del tratado pueden participar y comprender más sencillamente los procedimientos y mecanismos para resolver los conflictos ambientales, ya que estos pueden diferir de los utilizados para las disputas generales.

En séptimo lugar, es posible argumentar que la existencia de sistemas separados puede promover la participación pública y de las partes interesadas. Los temas ambientales tienden a involucrar un diverso espectro de *stakeholders*, incluidas las organizaciones no gubernamentales y la ciudadanía en general. De esta forma, la existencia de un capítulo dedicado a los conflictos ambientales puede aportar un diseño que sirva para una mayor participación pública y de las partes interesadas en el proceso de resolución, fomentando la transparencia y la responsabilidad.

En octavo lugar, y de alguna forma, esta consideración incorpora todas las anteriores, la existencia de un sistema separado para la solución de las disputas ambientales dentro del contexto del CPTPP, es una expresión de la creciente importancia que los temas ambientales han ido adquiriendo en el ámbito de los tratados internacionales de comercio. Así, es posible afirmar que este tratado refleja el estado del arte, no solo en comercio internacional libre, sino, también, la forma en que se está delineando la relación contemporánea entre comercio y ambiente. La decisión de tener un sistema separado refuerza la idea de importancia de lo ambiental y le entrega el espacio necesario para su especificidad y eficacia.

Todos estos temas se irán definiendo y aclarando a través de la aplicación práctica de este sistema de solución de disputas y su relación con el sistema general del capítulo 28. Por ahora, es posible afirmar que el texto diseña y estructura un sistema que tiene todos los elementos para ser exitoso y un aliciente al comercio internacional y la protección del ambiente en forma sinérgica. En este sentido, es razonable señalar que el CPTPP puede llegar a convertirse en modelo de futuros tratados internacionales de comercio. Desde ya, ha

puesto una vara alta y apostado a la sinergia entre comercio libre y protección y promoción ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

- ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (2017): Study report on environmental provisions in APEC member economies' FTAs/RTAs. APEC Committee on Trade and Investment. Available at www.apec.org/docs/default-source/Publications/2018/5/Study-Report-on-Environmental-Provisions-in-APEC-Member-Economies-FTAs-RTAs/218_CTI_Study-Report-on-Environmental-Provisions-in-FTAs-RTAs.pdf [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION (2021): "Annex 2 - Reference list of environmental and environmentally related services". Available at www.apec.org/meeting-papers/annual-ministerial-meetings/2021/2021-apec-ministerial-meeting/annex-2---reference-list-of-environmental-and-environmentally-related-services [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- BAKER, Paul R. (2021): *Handbook on Negotiating sustainable Development Provisions in Preferential Trade Agreements*. Available at www.unescap.org/kp/2021/handbook-negotiating-sustainable-development-provisions-preferential-trade-agreements [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- BASTIAENS, Ida and POSTNIKOV, Evgeny (2017): "Greening Up: The Effects of Environmental Standards in EU and US Trade Agreements". Available at <http://aei.pitt.edu/78868/1/Bastiaens.Postnikov.pdf> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- BELLMANN, Christophe & SUGATHAN, Mahesh (2022): *Promoting and Facilitating trade in environmental goods and services: Lessons from regional trade agreements*. Available at <https://tessforum.org/news/publications/promoting-and-facilitating-trade-in-environmental-goods-and-services-lessons-from-regional-trade-agreements/> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- BAKER, Paul & LE, Loan (2022): "Trade and Environment Under CPTPP and Implications for the United Kingdom". Available at www.tradeeconomics.com/ o <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/111179/pdf/> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- CAMPUSANO DROGUETT, Raúl F. (2023): "Objetivos, compromisos, y políticas comerciales ambientales del Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico CPTPP". *Actualidad Jurídica* n.º 48.
- CHONGKITTAVORN, Kavi (2021): "Lauding RCEP: Free Trade for (almost) All". Available at www.eria.org/news-and-views/lauding-rcep-free-trade-for-almost-all/ [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- DELPIANO, Cristián & CORNEJO, Camilo (2023): "Solución de controversias ambientales en el CPTPP", *Actualidad Jurídica* n.º 48.

- DUONG, Tran Thi Thuy (2022): “Harmonisation Between Trade Liberalisation and Environmental Protection – A Long Way to Go? An Analysis of Vietnam’s Debris Importation Control in Light of WTO and CPTPP Rules”, *Vietnamese Journal of Legal Sciences* vol. 6 Issue 1: pp. 19-43.
- HAILES, Oliver; JONES Rhys; MENKES, David; FREEMAN, Joshua T. & MONASTERIO, Erik (2018): “Climate change, human health and the CPTPP”, *The New Zealand medical journal* vol. 131 Issue 1471: pp. 7-12. Available at www.researchgate.net/publication/323664461 [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- HUANG, Jie & HU, Jiaying (2018): “Can Free Trade Agreements and their Dispute Resolution Mechanisms Help Protect the Environment and Public Health? The CPTPP, MARPOL73/78 and COVID-19”, *Sydney Law School Research Paper* No. 20/24. Available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3576164 [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- JUNG, Haneul & RI JUNG, Nu (2019): “Enforcing ‘Purely’ Environmental Obligations Through International Trade Law: A Case of the CPTPP’s Fisheries Subsidies”, *Journal of World Trade* vol. 53 No. 6: pp. 1001-1020.
- MALINGREY, Louise and DUVAL, Yann (2022): “Mainstreaming sustainable development in regional trade agreements: Comparative analysis and way forward for RCEP”, ARTNeT Working Paper Series No. 213, July 2022, Bangkok, ESCAP. Available at <http://artnet.unescap.org> o <https://artnet.unescap.org/index.php/publications/working-papers/mainstreaming-sustainable-development-regional-trade-agreements> [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- MONTEIRO, José Antonio; CHOBANOVA, Svetlana & RAMOS, Daniel (2021): “Virtual Trade Dialogues with Business - Trade 4 Climate”. Available at www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/climate_change_rta.pdf [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- PADILLA, Ricardo (2020): “Algunas notas sobre las tendencias jurisprudenciales aplicables a la regulación del arbitraje establecido en el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico”, *Revista Chilena de Derecho Privado* n.º 34.
- POLANCO LAZO, Rodrigo & GÓMEZ FIEDLER, Sebastián (2016): “El Acuerdo Transpacífico (TPP) y Desarrollo Sostenible: ¿Algo nuevo, algo viejo y algo prestado?”, *Revista Justicia Ambiental* año VII n.º 8: pp. 1-20.
- Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, CPTPP (2018) (2023 Chile).
- VELUT, JB.; BAEZA-BREINBAUER, D.; DE BRUIJNE, M.; GARNIZOVA, E.; JONES, M.; KOLBEN, K.; OULES, L.; ROUAS, V.; TIGERE PITTET, F. & ZAMPARUTTI, T. (2022): *Comparative Analysis of Trade and Sustainable Development Provisions in Free Trade Agreements*. Available at https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2022/february/tradoc_160043.pdf [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].
- VIOLLIER BONVIN, Pablo y VALENZUELA PULGAR, Sergio (2022): “Implementación del ‘linkage farmacéutico’ en Chile. ¿A que nos obliga el Tratado Integral y Progresista de Asociación?”, *Revista de Derecho (Coquimbo)* vol. 29: pp 1-24. Disponible en

www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-97532022000100205&script=sci_arttext [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].

YAMAGUCHI, Shunta (2020a): "Greening regional trade agreements: Subsidies related to energy and environmental goods", *OECD Trade and Environment Working Papers 2020/01*. Available at www.oecd-ilibrary.org/trade/greening-regional-trade-agreements_7e1fe8ed -en [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].

YAMAGUCHI, Shunta (2020b): "Greening regional trade agreements on investment", *OECD Trade and Environment Working Papers 2020/03*. Available at www.oecd-ilibrary.org/environment/greening-regional-trade-agreements-on-investment_4452a09d-en [fecha de consulta: 2 de noviembre de 2023].

LOS CAMINOS PARA LA INSCRIPCIÓN Y CATASTRO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN LA REFORMA DE 2022

THE PATHS FOR THE REGISTER AND CADASTRE OF WATER RIGHTS IN THE 2022 REFORM

*Camila Boettiger Philipps**

RESUMEN: Uno de los fines de la reforma al *Código de Aguas* contenida en la Ley n.º 21435 es completar y consolidar la información referente a los derechos de aprovechamiento de aguas existentes en Chile, mediante una serie de normas con plazos y procedimientos especiales para ello. El objetivo de este trabajo es analizar los registros públicos en los cuales dichos derechos deberían ingresarse, sus requisitos, objetivos e importancia, así como los efectos para los titulares de los derechos de aprovechamiento. Finalmente, se muestran las alternativas de situaciones en las que pueden encontrarse los derechos sobre las aguas para su inscripción y catastro, los procedimientos, plazos y sanciones por su incumplimiento.

PALABRAS CLAVE: derechos de aprovechamiento de aguas, inscripción, catastro, registro, regularización.

ABSTRACT: One of the goals of the Water Code's reform in Law 21.435 is to complete and consolidate the information regarding the existing water rights in Chile, through several rules with special procedures and terms. This work aims to review the public registries in which such water rights should be recorded, their requirements, objectives and importance as well as their effects

* Abogada. Doctora en Derecho y Magíster en Ciencia Jurídica PUC. Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales. Investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: cboettiger@udd.cl

on water rights' holders. Finally, there are shown the alternative situations for the water rights' inscription and record, the procedures, terms and sanctions for non-compliance.

KEYWORDS: Water rights inscription, record, registry, register, cadastre, regularization.

INTRODUCCIÓN

La reforma al *Código de Aguas* (Cda) del año 2022, contenida en la Ley n.º 21435, tiene como uno de sus principales objetivos completar y coordinar la información que contienen los dos registros públicos en que deberían constar los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA): los de los Conservadores de Bienes Raíces (CBR) y los que integran el Catastro Público de Aguas. El objetivo de este trabajo es analizar los registros públicos en los cuales dichos derechos deberían registrarse, sus requisitos, objetivos e importancia, así como los efectos para sus titulares. Finalmente, la idea es mostrar las alternativas de procedimientos y plazos para la inscripción y catastro de los derechos de aguas, y las sanciones o consecuencias por su incumplimiento para los titulares de dichos derechos.

La existencia de dos registros paralelos sobre los DAA en Chile tiene una explicación en razones históricas y prácticas. Cada uno tiene objetivos, información, requisitos y efectos diferentes, además de estar a cargo de autoridades distintas. Lamentablemente, producto de los sucesivos cambios legislativos en materia de aguas en la segunda mitad del siglo XX en Chile, estos registros han funcionado como repositorios algo accidentados de esos cambios, alimentados por distintas fuentes de información. Entender esa historia permite comprender cómo hemos llegado al escenario actual, en que la autoridad no cuenta con la información completa y actualizada de los derechos sobre las aguas en nuestro país, lo que dificulta enormemente poder ejercer las facultades que le entrega la ley, ejecutar una serie de instrumentos de política pública que buscan un uso eficiente y efectivo de las aguas, así como la fiscalización de las extracciones de fuentes naturales.

Luego, es necesario identificar las distintas situaciones en que pueden encontrarse los titulares de DAA ante cada registro, y desde ahí, cuáles son los caminos que ofrece la Ley n.º 21435 para inscribir y catastrar los DAA existentes en Chile, lo que tiene como objetivo final que en un plazo menor a diez años la autoridad pueda contar con información más fidedigna del universo de DAA y de sus titulares actuales.

I. HISTORIA REGISTRAL DE LOS DAA EN CHILE

Históricamente, en nuestro país los DAA han sido otorgados por acto de autoridad, es decir, su origen por regla general es un acto administrativo. DAA existen en Chile desde la época de la Colonia, cambiando su nomenclatura (“mercedes de aguas”, por ejemplo) y la autoridad competente (cabildos, municipalidades, Presidente de la República, Dirección General de Aguas), pero siempre ha sido una autoridad administrativa la que ha otorgado el uso privativo sobre las aguas, que como bienes públicos requieren de un título especial¹ para su aprovechamiento².

Sin embargo, el registro público de esos títulos no se empezó a ordenar hasta principios del siglo XX. Fue con la Ley n.º 2139 de Asociaciones de Canalistas, de 1908, que se empezaron a armar registros de los titulares de DAA a través de las inscripciones estatutarias de ese tipo de organizaciones de usuarios. Estos tenían por objetivo mantener un listado actualizado de los titulares de derechos de aguas sobre los canales u obras que extraían aguas de fuentes superficiales y las distribuían entre sus miembros. Permitió a estas comunidades o sociedades constituirse como personas jurídicas con patrimonio propio con la finalidad de “tomar el agua de la corriente matriz, repartirla entre sus accionistas y conservar sus acueductos”³. En muchos casos, las inscripciones estatutarias fueron el primer registro de gran número de derechos que se ejercían hace mucho tiempo en Chile sobre aguas superficiales, pasando, en la práctica, a ser el título con el cual se probaba formalmente la existencia y titularidad del DAA, incluyendo las mutaciones por sucesión por causa de muerte o transferencia entre vivos.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del *CdA* de 1951, se instaura la obligatoriedad de inscribir los DAA en ciertos registros que desde entonces comenzaron a llevar los CBR, adicionales a los de Propiedad, los Registros de Aguas. Estos registros cumplían una función eminentemente asociada a su carácter de derechos reales registrales, ya que la inscripción conservatoria pasó a ser la forma y prueba de la posesión de los titulares de los DAA inscritos, así como de otros derechos o actos sobre ellos, los cuales desde entonces debían constar en escritura pública⁴.

Sin embargo, poco tiempo después, el *CdA* de 1969, producto de la Ley n.º 16640 de Reforma Agraria de 1967, ordenó el cese del registro con-

¹ VERGARA (2021) p. 123; BOETTIGER (2019) p. 31.

² Salvo algunos usos autorizados directamente por la ley (*el Código Civil* de 1857, por ejemplo) como el uso riberano o los pozos de agua subterránea para uso doméstico.

³ Ley n.º 2139 sobre Asociaciones de Canalistas (1908) artículo 1.

⁴ *Código de Aguas* (1951) artículos 236-239.

servatorio de los DAA y de los actos y títulos sobre ellos, consecuencia de la aproximación más administrativa de los DAA, que incluyó, por ejemplo, prohibir su cesión por acto entre vivos y cancelar todas las hipotecas sobre ellos, sin más⁵.

La Dirección General de Aguas (DGA) debía mantener el Registro Público de Aguas (que también había ordenado crear el *CdA* de 1951), como el único en el que debían figurar “todos los actos, informaciones y datos que tengan relación con ellas, y en el que se inscribirán las resoluciones que afecten a particulares”. A pesar de un artículo transitorio que ordenaba a los CBR seguir registrando para traspasar esa información a la DGA, se produjo un vacío de inscripciones conservatorias, perdiéndose la obligatoriedad de realizarla al no poder cederse o transmitirse los DAA, sino con el inmueble al cual las aguas fueren destinadas⁶.

Pasaron así más de diez años, hasta que en 1979 se restaura la función de las inscripciones conservatorias de los Registros de los CBR⁷, quedando en ese paréntesis de tiempo un vacío registral que posteriormente los artículos transitorios del *CdA* de 1981 intentarían reparar a través de distintos procedimientos especiales, conocidos como de “regularización” de DAA⁸.

La legislación chilena de aguas presenta una tradición relevante en este sentido. A pesar de los fuertes cambios legislativos que el Derecho de Aguas chileno ha sufrido desde su codificación en 1951, ha habido una constante que se mantiene desde los inicios de la república: el respeto y reconocimiento de los derechos sobre las aguas otorgados por autoridad competente bajo la legislación anterior. Fiel a lo establecido en el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, cada *Código* y ley, incluyendo el *Código Civil* en 1857, ha contenido una norma que expresamente reconoce y protege bajo la legislación siguiente, la existencia de los derechos o títulos que los particulares tengan sobre las aguas para su uso privativo, sea que consten en un título formal y expreso (derechos constituidos por acto de autoridad), o sea un uso consuetudinario susceptible de ser regularizado ante la ley (derechos reconocidos por la ley) de acuerdo con ciertos requisitos y procedimientos especiales⁹. De esta forma, los DAA otorgados por la autoridad competente en el momento de su constitución, subsisten plenamente bajo las legislaciones posteriores, sujetándose en su ejercicio a las normas de la nueva legislación¹⁰.

⁵ *Código de Aguas* (1969) artículo 239.

⁶ *Op. cit.* artículo 12.

⁷ DL 2603 (1979) artículo 1 transitorio.

⁸ RIVERA (2013) pp. 235-236.

⁹ VERGARA (2021) pp. 321-322.

¹⁰ *Código de Aguas* artículo 311.

Por esa razón, la falta de inscripción conservatoria no implica que el DAA no exista; la propia ley ha reconocido la existencia de ciertas situaciones de hecho, de larga data, que pueden estar asociadas a obras existentes y organizaciones de usuarios, que se consideran usos consuetudinarios legítimos dentro del sistema jurídico de DAA¹¹. Ahora bien, como toda situación de hecho frente al derecho, se requiere que, para ser legítimamente integrada al sistema, que en algún momento se realice un procedimiento para constatar su existencia, determinar sus características y formalizar el título en virtud del cual se han estado usando las aguas. Estos son los procedimientos de regularización de DAA, que actualmente se encuentran en los artículos 2 y 5 transitorios del *CdA*¹².

Esta tradición jurídica tiene relación con la característica de patrimonialidad de los DAA¹³. Como derechos reales comerciables desde que se tiene algún registro¹⁴, ellos integran el patrimonio de sus titulares y pueden ser objeto de actos y contratos, son transferibles y transmisibles y, por lo tanto, no sería procedente que una legislación posterior, por mucho que modifique algunas características, formas de otorgamiento o hasta facultades o limitaciones al ejercicio de las mismas, desconociera su existencia. Incluso cuando en alguna etapa, como en la del *CdA* de 1969, la cesión independiente de los DAA estaba prohibida, esta misma legislación reconocía la posibilidad de su transferencia con el establecimiento o la transmisión por causa de muerte, manteniendo la comerciabilidad, aunque restringida, de los DAA. Además, por la naturaleza de las actividades en las que se utiliza agua, que requieren instalaciones e infraestructura de largo plazo, que los titulares de estas concesiones puedan quedar sujetos a ese tipo de incertidumbre por un cambio de legislación sería negativo para el desarrollo de este tipo de proyectos.

Sin embargo, también es cierto que para una adecuada gestión de los recursos hídricos, como bienes públicos, la autoridad (y también los usuarios) necesitan contar con información completa, confiable y actualizada de los títulos y usos reales y efectivos que se ejercen sobre las aguas. Algo que, dada nuestra historia, ha sido difícil de lograr, y ahora aparece como un principio de la reforma al *CdA*, como se explica más adelante.

¹¹ STEWART (1970) pp. 82-83.

¹² Para una revisión más en detalle de los usos consuetudinarios de aguas, véase RIVERA (2013).

¹³ Mayor explicación sobre esta característica puede verse en un trabajo anterior BOETTIGER (2019) pp. 48-49.

¹⁴ El Senado Consulto de 1819 estableció, además de las medidas del regador, su precio y forma de venta: setecientos cincuenta pesos de la época, que debían pagarse al contado.

II. TIPOS DE REGISTROS DE AGUAS:

INSCRIPCIÓN CONSERVATORIA Y CATASTRO ADMINISTRATIVO

Para entender la necesidad e implicancias de las normas que la reforma de 2022 introduce en nuestro sistema registral de los DAA, es menester comprender las características y objetivos de ambos registros. Esta materia está regulada en el título VIII del libro II del *CdA*.

1. Incripciones conservatorias en los Registros del CBR

El artículo 112 del *CdA* establece que los CBR deben llevar un registro de aguas, en el cual deben inscribirse ciertos títulos relativos a los DAA. Para estos efectos, les son aplicables las normas del *Código Orgánico de Tribunales* y del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces.

Existen dos libros o registros de aguas en los CBR: el de Propiedad de Aguas y el de Hipotecas, Gravámenes, Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar.

En el Registro de Propiedad de Aguas (RPA) del CBR deben inscribirse (artículo 114 del *CdA*):

- a. Los instrumentos públicos que contengan el acto formal de otorgamiento de un DAA, así como la renuncia a ellos.
- b. Los actos y contratos que constituyan títulos traslativos de dominio de los DAA.
- c. Los actos, resoluciones o instrumentos señalados en el artículo 688 del *Código Civil*, para el caso de la transmisión por causa de muerte de los mismos.
- d. Las sentencias judiciales ejecutoriadas que reconozcan la existencia de un DAA.

En el Registro de Hipotecas, Gravámenes, Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar (RHGPI) hay actos que deben inscribirse (artículo 115 del *CdA*) y otros que pueden serlo (artículo 116 del *CdA*). Los que deben inscribirse son: condiciones suspensivas o resolutorias del dominio de los DAA o de otros derechos reales constituidos sobre ellos y todo impedimento o prohibición referente a DAA, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio de la facultad de enajenarlos. Pueden inscribirse, en el mismo Registro, la constitución y tradición de derechos reales sobre DAA, el arrendamiento en el caso del artículo 1962 del *Código Civil*, y cualquier otro acto o contrato cuya inscripción sea permitida por la ley. La ley deja abierta a la libertad de contratación la constitución de derechos sobre los DAA, los que, para mantener completa la historia registral del mismo y dar-

les publicidad frente a terceros, deben (y otros pueden) constar en el RHGPI, anotándose al margen de la inscripción del RPA la referencia a ellas.

La inclusión de los DAA en el sistema registral conservatorio se justifica en que son derechos reales patrimoniales, que tienen un valor y utilidad para sus titulares, más allá de las facultades propias que estos entregan, como extraer y aprovechar una cantidad de agua de acuerdo con la tipología y modalidades de cada DAA: pueden ser objeto de actos y contratos entre vivos, tales como, compraventa, hipoteca, usufructo, arriendo, etc. Por regla general, todos los actos y contratos traslaticios de dominio de DAA y la constitución de derechos reales sobre ellos deben constar por escritura pública (artículo 133 del *CdA*). Como se señaló anteriormente, coherente con la característica de patrimonialidad que han presentado estos derechos a lo largo de nuestra historia, estos derechos reales pueden ser transferidos, transmitidos, hipotecados y ser objeto de otros actos o contratos entre vivos.

Consecuencialmente, el carácter de los Registros de Aguas de los CBR es de la mayor importancia. De acuerdo con el artículo 20 del *CdA*, la inscripción conservatoria otorga la posesión o titularidad sobre el DAA, por otorgamiento de autoridad; y el artículo 117 del *CdA* ordena que la tradición de los DAA se efectúe por la inscripción del título en el CBR, en el caso de transferencia por acto entre vivos. Por lo tanto, mientras no se practique dicha inscripción, el titular del DAA no puede considerarse como tal tanto frente a la autoridad como a otras personas. La obligación de registro es del titular, adquirente o adjudicatario del mismo, dependiendo de cuál sea el título por el que el DAA ingresa a su patrimonio; de no realizarse esta inscripción, el DAA no es parte de él. Lo mismo puede decirse de los derechos reales que se constituyan sobre ellos, los que se entregan (tradición) por la inscripción conservatoria. En suma, las inscripciones conservatorias en materia de DAA son, como indica el artículo 724 del *Código Civil*, garantía y prueba de la posesión¹⁵.

Las consecuencias de la falta de inscripción conservatoria durante mucho tiempo no tenían otra sanción específica más que esa, la de no haberse iniciado la posesión inscrita del DAA o de los derechos sobre ellos. Sin embargo, dado que la primera inscripción era de cargo del titular del DAA, para lo cual había que reducir a escritura pública la resolución administrativa que otorgaba el derecho, no se tiene total certeza de que todos los DAA otorgados estén inscritos, al menos con una inscripción inicial en los Registros de los CBR. Y esos DAA no dejaban de existir, por no haber sanción expresa por la falta de inscripción originaria en el CBR, considerándose por alguna doctrina que los DAA “no inscritos” podían entregarse a través de los modos de hacer la tradi-

¹⁵ ESCUDERO (1990) p. 66; ARÉVALO (2001) p. 550.

ción de las cosas muebles del artículo 684 del *Código Civil*¹⁶, mientras otros consideraban que antes debían realizarse los procedimientos de regularización y registro para que los usos *de facto* pudieran considerarse jurídica como derechos¹⁷.

Además, y sobre todo en los casos de transmisión por herencia, en que la posesión legal se adquiere al momento de la muerte del causante (artículo 688 del *Código Civil*), muchos titulares no realizaban las inscripciones correspondientes, manteniéndose el uso material de las facultades del DAA, y la incorporación de herederos a las respectivas organizaciones de usuarios. Esto ha resultado en que existan DAA que no tienen sus inscripciones conservatorias al día, indicando los titulares que efectivamente están ejerciendo los DAA.

En la práctica, en la actualidad no es posible afirmar que todos los DAA existentes, constituidos por autoridad competente o susceptibles de reconocimiento en nuestro sistema jurídico, estén debidamente inscritos en los Registros de Aguas de los CBR.

2. El Catastro Público de Aguas (CPA)

El CPA es un registro administrativo a cargo de la DGA, en el que debe constar toda la información que tenga relación con las aguas, las obras para su aprovechamiento, los derechos constituidos sobre ellas y las organizaciones de usuarios. Su regulación se encuentra, en el ámbito legal, primordialmente en los artículos 122 y 122 bis del *CdA*, contemplando la inclusión en este registro de derechos de aprovechamiento, obras y organizaciones de usuarios. En el ámbito reglamentario, el artículo 122 del *CdA* mandata la dictación de un reglamento, el cual se encuentra contenido actualmente en el D.S. MOP n.º 1220 de 1998, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas (Reglamento del CPA).

La creación de este registro administrativo tenía por objetivo facilitar la función pública de la DGA de administración y planificación de las aguas en Chile, de manera que este organismo contara con información suficiente, completa y comprobable sobre el recurso hídrico y sus usos¹⁸. Sus finalidades, de acuerdo con lo declarado en el Reglamento del CPA, son: lograr un inventario completo del recurso en el país, sobre el cual basar la aplicación de políticas públicas; otorgar mayor transparencia a la gestión de la DGA y permitir a cualquier interesado acceder en forma oportuna y eficiente a toda la información relacionada con el recurso hídrico.

¹⁶ GUZMÁN y RAVERA (1999).

¹⁷ NEUMANN (2000) p. 213.

¹⁸ VERGARA (1997) p. 76.

Este registro debería ser completo y exhaustivo tanto en incluir todos los DAA como en cuanto a la información contenida en él, de manera de poder servir cabalmente a estas funciones. En este sentido, se ha hecho notar la diferencia entre este catastro y los RPA recién descritos que llevan los CBR, ya que en estos últimos solo constaría cierta información legal respecto de los DAA y, aunque parezca redundante, solo de los derechos inscritos.

Lo primero se explica porque las menciones que exigía el artículo 119 del *CdA* para los registros conservatorios no eran las mismas que se ingresaban en el catastro administrativo. Lo segundo, porque existe una alta proporción de derechos y usos sobre las aguas en nuestro país que no están inscritos en los RPA de los CBR; y la mayoría de los que si lo están, no están en el CPA. Ahora bien, dado el carácter técnico y la finalidad del catastro administrativo, estos derechos o usos podrían consignarse de alguna manera en él, para que la autoridad y otros interesados puedan conocer su existencia y tomar decisiones con la mayor cantidad de información técnica y legal disponible¹⁹.

En cuanto a la información que este registro debe incluir, en el CPA pueden registrarse todos los datos, individualización de actos y otros antecedentes o informes que tengan relación con las aguas, las obras de desarrollo del recurso, los DAA, los derechos sobre ellos y las obras que se construyan para aprovecharlos; todo ello puede ser incluido en el catastro. Ahora bien, el tipo de archivo, registro o inventario a través del cual se incluya esta información es determinado por el Reglamento del CPA. Concretamente, el *CdA* menciona en forma explícita los siguientes registros²⁰:

- a. Registro Público de Derechos de Aprovechamiento (artículo 122 del *CdA*).
- b. Registro de Organizaciones de Usuarios (artículos 196 y 263 del *CdA*).

¹⁹ ARÉVALO (2001) pp. 551-552. En el mismo sentido, y dando ejemplos de la utilidad que puede prestar un registro exhaustivo y completo sobre el uso y derechos sobre las aguas en nuestro país, véase VERGARA (2021) pp. 73-75.

²⁰ Complementariamente, el artículo 5.º del Reglamento del CPA establece que dicho Catastro está constituido por los siguientes registros, archivos e inventarios: i) Registro Público de Organizaciones de Usuarios; ii) Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas; iii) Inventario Público de Extracciones Autorizadas de Aguas; iv) Inventario Público de Obras Hidráulicas; v) Inventario Público de Información Hidrológica y Meteorológica; vi) Inventario Público de Obras Estatales de Desarrollo del Recurso y Reservas de Aguas; vii) Inventario Público de Extracciones Efectivas de Aguas; viii) Inventario Público sobre Información de Calidad de Aguas; ix) Inventario Público de Cuencas Hidrográficas y Lagos; x) Archivo Público de Jurisprudencia Administrativa y de Normas sobre Calidad de Aguas; xi) Registro Público de Roles Provisionales de Usuarios; xii) Registro Público de Solicitudes; xiii) Registro Público de Vertidos de Residuos Líquidos en Fuentes Naturales de Aguas; xiv) Archivo Público de Estudios y Archivo Público de Informes Técnicos y xv) Inventario Público de Glaciares.

- c. Registro de Derechos Reales sobre los Derechos de Aprovechamiento (artículo 122 del *CdA*).
- d. Registro de Obras (artículos 157 y 171 del *CdA*).
- e. Registro de Obras Hidráulicas Mayores (artículo 294 del *CdA*).
- f. Registro de Obras de Desarrollo del Recurso (artículo 122 del *CdA*).

Respecto a la estructura del registro, de acuerdo con el artículo 42 del Reglamento, el CPA está conformado por una base de datos computacional. Esta misma norma exige que el registro contenga cierta información mínima (número de inscripción, datos del titular, datos de las escrituras o documentos que justifican el derecho, ubicación, coordenadas de puntos de captación y restitución y, en su caso, organización de regantes o Junta de Vigilancia a que pertenezca el titular del derecho respectivo).

Una de las particularidades de este catastro no es solo su formato y cantidad de subregistros, sino, también, las posibles fuentes de las cuales extrae su información. Con la finalidad de actualizar la información interna, aquella que tiene su origen en la propia autoridad a través de sus resoluciones, en 2005 se estableció una serie de obligaciones de información por parte de las organizaciones de usuarios, notarios y conservadores para intentar complementarla; pero existían, también, otras fuentes externas, como las sentencias de tribunales dictadas en procedimiento de regularización o las resoluciones del Servicio Agrícola y Ganadero, que hacían difícil sistematizar el registro de los DAA de manera integrada²¹. En suma, el CPA no contiene fidedignamente toda la información sobre estos DAA, que debería tener para cumplir su función.

Esta brecha entre los derechos existentes y catastrados también se intentó salvar dándole efectos a la necesidad del registro en el CPA para realizar trámites administrativos: de acuerdo con el artículo 122 inciso 7 del *CdA* no se podrían realizar respecto de ellos acto alguno ante la DGA u otros organismos. Pero en la práctica, por su época de otorgamiento o su origen, muchos DAA existentes no tienen definidas en forma expresa las características esenciales que exige el artículo 45 del Reglamento del CPA, y sin las cuales no pueden ser incluidos en el Catastro. Para determinarlas, los titulares de los derechos de aprovechamiento debían iniciar un procedimiento judicial de “perfeccionamiento de títulos”, que es largo, costoso, de incierto resultado y con poca intervención de la DGA como organismo técnico²².

²¹ Para mayor detalle de las fuentes externas y dificultades de información del CPA, véase BOETTIGER (2012) pp. 560-561.

²² Para un análisis de este procedimiento véase BALTRA (2002).

III. EL PRINCIPIO DE INFORMACIÓN Y REGISTROS

Contar con información completa, confiable y de buena calidad es esencial para realizar una adecuada y eficiente gestión de recursos hídricos, sea en el ámbito público o privado. Sin ella, la toma de decisiones, tanto a escala autoridad como de usuarios se hace extremadamente difícil y puede producir resultados negativos o distintos a los esperados con los instrumentos de gestión que permite la legislación.

Una de las debilidades de nuestro sistema es la falta de unificación de registros de los DAA. Por una parte, como se expuso precedentemente, por razones históricas existe una proporción no menor de derechos y usos sobre las aguas terrestres en Chile que no constan en los registros de los CBR, que no tienen inscripción conservatoria. Por otra parte, muchos DAA, a pesar de constar con la inscripción conservatoria en los RPA, no están registrados en el CPA que lleva la DGA²³. En suma, la autoridad no tiene una base confiable para determinar cuántos DAA existen, donde están y sus volúmenes autorizados, por lo que difícilmente puede hacerse una redistribución o fiscalizar sin esa información.

En este ámbito, se requiere avanzar en varios sentidos. Primero, es necesario contar con toda la información disponible, recabada tanto por la autoridad como por los usuarios respecto de las fuentes naturales, infraestructura, obras hidráulicas, DAA y extracciones, esto es, completar los registros existentes. Segundo, la información, además de completa y confiable, debe ser accesible, para que pueda ser la base de la toma de decisiones de todos los actores, tanto públicos como privados. También, el sistema mediante el cual se registren esos datos debe permitir consolidar los datos sobre los recursos hídricos en las diferentes cuencas. Finalmente, dado el carácter dinámico de esta información, es fundamental establecer una política de recolección y manejo de datos, mediante un sistema que permita su interconexión con los diferentes sistemas que generan información sobre recursos hídricos.

Si bien se realizaron ciertas reformas para fortalecer ese papel de la autoridad, siendo la más relevante la Ley n.º 21064 publicada en enero de 2018, que impuso la obligación a todos los titulares de DAA de medir e informar los caudales extraídos con un procedimiento sancionatorio para ese y otros incumplimientos en el ejercicio de los DAA, es con la reforma al *CdA* de 2022 donde se establecen una serie de normas que tienen como objetivo general lograr que en el mediano plazo, la información respecto de los DAA y las fuen-

²³ BANCO MUNDIAL (2011) pp. 50-51.

tes naturales sea efectivamente completa, actualizada y accesible, convirtiendo al registro de información respecto de ellos un eje estructural del sistema jurídico nacional de regulación de las aguas terrestres.

Para eso, la Ley n.º 21435 contempla una serie de normas en relación con la información y registro de los DAA, algunas de alcance transitorio y otras de carácter permanente. Las transitorias se analizan en el acápite siguiente, pues son las vías que permite la ley para actualizar la inscripción y catastro de los DAA existentes a la fecha de la reforma. En cuanto a los cambios permanentes que la reforma al *CdA* 2022 incorpora al sistema general de registro de información de recursos hídricos, son destacables:

- **LÍMITES A LA TRANSFERIBILIDAD DE DAA NO INSCRITOS:** cabe destacar la eliminación de la palabra ‘inscrito’ en el artículo 117 del *CdA*, que establecía: “la tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos se efectuará por la inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces”, lo que permitía indirectamente la tradición de los derechos “no inscritos”. Ahora la redacción implica que para todos los DAA, inscritos o no inscritos, la tradición de los mismos se efectúa por la inscripción conservatoria.
- **OBLIGACIÓN DE INSCRIBIR NUEVOS DAA PASA A LA AUTORIDAD:** el nuevo artículo 150 del *CdA*, introduce dos cambios procedimentales importantes: primero, se elimina el requisito de la reducción a escritura pública de la resolución, reemplazándolo solo con una copia autorizada del acto administrativo, lo cual simplifica los trámites para realizarla. Luego, establece que será deber de la DGA, con los fondos que aporte el interesado, solicitar la inscripción de la resolución que constituye el DAA, tanto en el CBR correspondiente como en el CPA, eliminando de esta manera el riesgo derivado de estas cargas respecto del titular del DAA e incorporando la inscripción y el catastro del nuevo DAA en su procedimiento administrativo de constitución.
- **PLAZO DE TÉRMINO DE REGULARIZACIONES DE USOS CONSUETUDINARIOS:** con el fin de consolidar la información y lograr la inscripción de todos los DAA existentes en el mediano plazo, la reforma modifica el régimen de ciertos artículos transitorios que en la práctica habían pasado a ser de aplicación permanente. El artículo 1 transitorio de la Ley n.º 21435 le pone fin a la posibilidad de regularizar usos consueudinarios de aguas, estableciendo un plazo de cinco años para iniciar dichos procedimientos. De esta manera, al 6 de abril de 2027, el universo de DAA existente estará conformado por aquellos inscritos y aquellos en proceso de regularización y posterior inscripción.

- SIMPLIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE PERFECCIONAMIENTO DE TÍTULOS: recientemente, la Ley n.º 21586 publicada en el *Diario Oficial* el 13 de julio de 2023, complementó la reforma al *CdA* introduciendo el artículo 170 bis, el cual establece que el procedimiento para perfeccionar los DAA, este es, para especificar las características esenciales del mismo conforme a la nomenclatura y tipologías actuales del *CdA*, se deberá realizar ante la DGA en un procedimiento administrativo. La resolución de la DGA que determine estas características faltantes complementa el título original, de lo cual debe dejarse constancia con una anotación marginal en la inscripción conservatoria, además de incluirse en el CPA por la misma DGA.

En suma, la reforma de 2022 fortalece el principio de registro público e información de los DAA, base para una adecuada y eficiente administración y protección de las aguas terrestres, simplificando la inscripción conservatoria, acotando la vigencia de procedimientos de regularización de derechos no inscritos y facilitando el catastro administrativo.

IV. CAMINOS PARA EL REGISTRO DE LOS DAA

Finalmente, resta el análisis de las normas transitorias de la Ley n.º 21435, que tienen por finalidad completar e integrar ambos registros. Considerando la evolución y realidad de los registros revisados previamente, frente a la finalidad del principio de información, creemos que estas normas buscan lograr esto mediante tres objetivos específicos.

El primer objetivo es lograr la inscripción conservatoria en los CBR de todos los DAA existentes o vigentes en el país. El segundo es incluir esos DAA en el catastro administrativo del CPA y, el tercero sería vincular ambos registros, actualizando y completando los títulos de los DAA, de manera de mantenerlos con la misma información en el futuro. En suma, los objetivos para los DAA a escala registral son lograr la inscripción y catastro de la totalidad de los DAA existentes, cualquiera sea su origen o situación, y vincular ambos registros con esa información actualizada.

Para esto, la reforma impone distintas obligaciones de registro a los titulares de DAA, con plazos y sanciones diferentes, dependiendo del objetivo perseguido y la situación particular de cada DAA. Así las cosas, cada titular de un DAA debiera revisar el estado de registro de dicho derecho. Sobre la base de lo explicado previamente, y con el objetivo de simplificar las alternativas ante las cuales pueden enfrentarse, a continuación, se distinguen los caminos que cada titular podría tener que recorrer para completar ambos registros, evitar sanciones y contribuir al objetivo de la información actualizada y completa de los DAA en Chile.

1. Primer objetivo:

La inscripción de los DAA en los Registros de Aguas de los CBR

Las normas transitorias de la reforma al *CdA* contemplan distintas situaciones para lograr este primer paso.

1.1. DAA constituidos por autoridad competente sin inscripción conservatoria

Desde la entrada en vigencia de la reforma, toda resolución o sentencia que constituya o reconozca un DAA, que no cuente con su inscripción en el RPA del CBR respectivo, tiene un plazo perentorio de tres años para hacerlo²⁴, bajo el apercibimiento de caducidad de pleno derecho de dichos derechos (artículo 2.º transitorio Ley n.º 21435).

Esta sanción es la más gravosa que permite el derecho administrativo, por cuanto implica la extinción anticipada del acto administrativo y la consiguiente pérdida del derecho que nace del mismo, justificada en el incumplimiento por parte del titular de alguna obligación exigida por la ley para mantenerlo, para proteger el interés general²⁵. Si la inscripción conservatoria es el trámite que la ley ha establecido para adquirir el DAA, ya desde el *Código* de 1951, es razonable exigir a los titulares de dichos derechos que cumplan con ese trámite para conservarlo, sobre todo a aquellos que cuentan con el acto constitutivo que lo otorga para los DAA constituidos por autoridad competente.

Existen, sin embargo, una serie de excepciones, no siendo aplicable la caducidad por falta de inscripción a ciertos tipos de titulares de DAA: servicios sanitarios rurales; comunidades agrícolas, propietarios de áreas protegidas que no utilicen los DAA para mantener la función de preservación ecosistémica; indígenas o comunidades indígenas (inciso 7.º).

La norma se aplica a los restantes DAA constituidos por autoridad competente, pero que no cuenten con su inscripción conservatoria. Estos derechos deberán ser inscritos acompañando copia de la resolución que lo constituye a petición de sus titulares en el CBR competente (artículo 116 del *CdA*), antes del 6 de abril de 2025; luego de esta fecha no podrán solicitarlo.

Si el CBR se niega a inscribir un DAA cuya inscripción se le ha solicitado, existe un plazo de treinta días hábiles para iniciar el procedimiento judicial del artículo 1 transitorio del *CdA*, por el cual el juez de letras puede ordenar la inscripción. Para resolver, el juez tendrá a la vista no solo los antecedentes que

²⁴ El plazo original establecido por la Ley n.º 21435 de 2022 era de dieciocho meses, que se cumplían el 6 de octubre de 2023. La Ley n.º 21586 de 2023 modificó ese plazo, extendiéndolo por tres años hasta el 6 de abril de 2025.

²⁵ FLORES (2017) p. 227.

presente el solicitante, sino, también, debe pedir un informe al CBR, a la DGA y la certificación de la respectiva organización de usuarios de aguas, cuando corresponda. Para efectos de la vigencia de los DAA así inscritos, el artículo 2 transitorio de la Ley n.º 21435 establece que, si se ordena la inscripción por sentencia judicial, se entenderá que el DAA siempre estuvo vigente, aun cuando esta se haga fuera del plazo de tres años que tiene por sanción la caducidad.

1.2 Usos susceptibles de regularizarse conforme con los artículos 2 y 5 transitorios del *CdA* de 1981

El artículo 1 transitorio de la Ley n.º 21435 establece expresamente que estos usos continúan vigentes, pero fija un límite temporal para el inicio de los procedimientos para su regularización: un plazo de cinco años desde la vigencia de la modificación, hasta el 6 de abril de 2027, para iniciarlos. Transcurrido dicho término no será admisible solicitud de regularización alguna fundada en estas normas. Los exceptuados de este plazo son las solicitudes de regularización formuladas por indígenas o comunidades de indígenas.

Los procedimientos de regularización de los artículos 2.º y 5.º transitorios del *CdA* fueron modificados por la Ley n.º 21435, estableciendo un procedimiento distinto al anteriormente consagrado, los cuales serán tramitados y resueltos ante la DGA, en sede administrativa. En todo caso, la reforma permite que los procedimientos de regularización iniciados con anterioridad a la reforma, que estén aún en trámite, puedan someterse a los nuevos procedimientos de regularización, renunciando o desistiendo el titular de su solicitud, ya sea en sede judicial o ante el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG), según corresponda.

También, coherente con el objetivo de unificar y completar los registros de DAA, en ambos procedimientos de regularización la resolución de la DGA que los reconozca como tales, debe incluir las menciones del artículo 149 del *CdA* o especificar sus características esenciales²⁶, de manera que los DAA regularizados puedan catastrarse inmediatamente en el CPA.

a. Regularización artículo 2.º transitorio del *CdA*

Esta norma permite la regularización de los usos de aguas efectuados libres de clandestinidad y violencia, y sin reconocer el dominio ajeno, autorizando su inscripción a nombre del solicitante, ya sea que se encuentran inscritos a nombre de un tercero o no han estado nunca registrados.

Para ello, se deben acreditar al menos cinco años de uso ininterrumpido, contados hacia atrás desde la fecha de entrada en vigencia del *CdA* en 1981,

²⁶ *Código de Aguas* artículo 2.º transitorio letra e) y artículo 5 transitorio n.º 2.

esto es, desde al menos el 29 de octubre de 1976. La solicitud de regularización se presenta y tramita ante la DGA, la que deberá consultar a la organización de usuarios si corresponde, su opinión fundada respecto a las características del uso y su antigüedad, siendo esta respuesta no vinculante para dicho organismo. Luego, la DGA emitirá un informe técnico, y si es procedente mediante una resolución fundada, reconocerá los DAA, estableciendo las características esenciales del mismo. Si ese es el caso, la autoridad administrativa solicitará previamente a la dictación de la referida resolución los fondos necesarios para realizar la inscripción conservatoria, en conformidad con el artículo 150 del *CdA*. De no cumplirse con los requerimientos mencionados, denegará la solicitud.

En este procedimiento de regularización se introdujo expresamente la posibilidad de sumar posesiones anteriores para los efectos de acreditar la antigüedad en el uso ininterrumpido, circunstancia que había sido objeto de discusión y decisiones judiciales disímiles. El mayor cambio es que se elimina la fase judicial del procedimiento, quedando la DGA facultada para reconocer las características y tipologías del derecho, sin perjuicio de la facultad del interesado de recurrir a los tribunales de justicia en caso de una resolución desfavorable.

Las organizaciones de usuarios debidamente constituidas podrán presentar solicitudes de regularización en representación de sus miembros que cumplan con los requisitos para ello, con autorización de estos usuarios para iniciar el procedimiento. Esta posibilidad se agregó para facilitar la tramitación de este tipo de regularización, dado que estas entidades tienen un conocimiento directo y fáctico de los usos sobre las aguas que pueden no tener títulos formales para su individualización, por la forma en que se gestaron muchas de estas asociaciones en épocas previas a la de los *Códigos de Aguas*.

b. Regularización del artículo 5 transitorio del *CdA*

Esta regularización solo procede respecto de predios expropiados, total o parcialmente o adquiridos a cualquier título, en virtud de las leyes de reforma agraria n.º 15020 y 16640, que contaban con DAA a la fecha de su expropiación.

La solicitud de regularización relativa a estos DAA se debe presentar y tramitar ante la DGA, quien determinará su admisibilidad y remitirá los antecedentes al SAG para que informe respecto de la existencia y extensión de los DAA expropiados, la relación entre tales derechos y la superficie regada, y si existen otros derechos asignados al mismo predio.

Este procedimiento también fue modificado por la Ley n.º 21435, manteniéndose como un procedimiento administrativo, pero que ahora debe tramitarse ante la DGA, en vez del SAG; este organismo solo emite un informe de ciertas circunstancias que permitan determinar la existencia y extensión

de los DAA que le corresponde al predio, a diferencia de lo que ocurría antes, donde el procedimiento se realizaba sin intervención de la DGA. Incluso la DGA puede prescindir del informe del SAG, pues dicho informe no tendrá carácter de vinculante.

Previo a la dictación de la resolución de regularización, se solicitarán fondos para realizar las inscripciones conservatorias. Una vez dictada la resolución, esta será publicada en extracto en el *Diario Oficial* a modo de notificación, contra la cual procederán los recursos de reconsideración y reclamación.

1.3 DAA que solo cuentan con inscripción estatutaria de una OUA

Como se mencionó anteriormente, sobre todo en aguas superficiales existe una gran cantidad de DAA cuyo primer registro se hizo con la formalización de las Organizaciones de Usuarios de Aguas (OUA) u otras, acto en el cual se establecen los miembros de la organización, y los derechos en las aguas u obras comunes. El artículo 189 del *CdA* dice que los interesados pueden hacer valer, en el caso de la constitución judicial de la organización, los títulos o antecedentes que sirvan para ello; pueden no tener el DAA inscrito previamente. En consecuencia, muchos DAA la única inscripción que tienen es la estatutaria de su OUA, que hasta el 2022 debía realizarse en el RPA del CBR, y al margen de la cual se fueron anotando los cambios en sus titulares.

La Ley n.º 21435 modificó el artículo 114 del *CdA*, dejando las inscripciones estatutarias fuera de las obligatorias que debían realizarse en el CBR. Las existentes a la fecha de entrada en vigencia de la reforma continúan vigentes de acuerdo con el artículo 13 transitorio de esta ley; pero esa misma norma exige, para los efectos de poder realizar la tradición de los DAA o constituir derechos reales sobre ellos, que todo titular de DAA reconocido dentro de los títulos constitutivos de una OUA deberá contar con el título individualmente inscrito a su nombre.

Dichos titulares cuentan con un procedimiento especial ante el CBR competente para obtener esa inscripción individual, mediante una solicitud a dicho CBR, acompañada de un informe favorable de la DGA y un certificado de la respectiva OUA de una antigüedad no menor a treinta días; si la OUA no lo emite, se acompaña copia de su solicitud. Esa petición, en realidad, abre un procedimiento administrativo, ya que debe publicarse conforme al artículo 131 del *CdA*, permitiendo la presentación de oposiciones por otros titulares de DAA que puedan verse afectados, y cuya tramitación se sigue de acuerdo con las reglas generales del *CdA*. La DGA deberá pronunciarse sobre esta solicitud, y entonces el CBR respectivo podrá efectuar la inscripción individual a partir de la inscripción estatutaria de la OUA constituida judicial o extrajudicialmente.

2. Segundo objetivo:

Inclusión de todos los DAA en el CPA

Por el principio de registro, todos los DAA, cualquiera sea su origen o título formal, deberían estar ingresados en el CPA. El artículo 122 inciso 5 del *CdA* lo dice expresamente, que todos los DAA deben estar en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, bajo sanción de multa y, además, una inhabilitación administrativa especial: respecto de los DAA no catastrados no podrán realizarse actos o solicitudes ante la DGA o la Superintendencia de Servicios Sanitarios²⁷.

Para completar el registro administrativo, la reforma establece en el inciso 4 del artículo 2.º transitorio de la Ley n.º 21435, la obligación de todos los titulares de DAA constituidos por acto de autoridad competente, de registrarlos en el CPA, acompañando copia de la inscripción conservatoria y certificado de dominio vigente. Esta carga también tiene un plazo de cumplimiento, el mismo que para la inscripción en el CBR de estos derechos: hasta el 6 de abril de 2025. La sanción por no cumplir esta obligación es una multa de segundo grado, de acuerdo con el artículo 173 y siguientes del *CdA*.

Los títulos de un DAA para registrarse en el CPA, deben indicar expresamente sus elementos o características esenciales, las que de conformidad con el artículo 140 del *CdA* en concordancia con el artículo 45 del Reglamento del CPA, son las siguientes:

- a. Nombre y rol único tributario del titular.
- b. Naturaleza de las aguas que se desean aprovechar, esto es, si son aguas superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas.
- c. El álveo o el acuífero de que se trata, con indicación de la provincia en que se efectúa la captación y la restitución en su caso, y tratándose de aguas subterráneas, deberá indicarse además la comuna en que se ubica la captación.
- d. Caudal, expresado en medidas métricas y de tiempo.
- e. Aquellas características con que se otorga o reconoce el derecho, de acuerdo con la clasificación establecida en el artículo 12 del *CdA*, esto es, si se trata de un derecho consuntivo o no consuntivo; de ejercicio permanente o eventual o de ejercicio continuo, discontinuo o alternado entre varias personas.

²⁷ Adicionalmente, el artículo 33 del Reglamento del CPA, dispone que la DGA no “repcionará solicitud alguna relativa” a los DAA imperfectos, como las dirigidas a obtener las autorizaciones para la construcción, modificación, cambio o unificación de bocatomas u obras hidráulicas, cambio de fuente de abastecimiento, autorización del traslado del ejercicio o, en general, cualquier solicitud relacionada con DAA, a menos que los interesados exhiban copia autorizada del registro respectivo en el CPA.

Sin embargo, como se explicó anteriormente, no todos los DAA inscritos en los CBR tienen las menciones denominadas “características esenciales” del artículo 45 del Reglamento del CPA. En ese caso, el artículo 44 del Reglamento del CPA indica que los titulares de DAA

“[...] cuyos títulos se encuentren incompletos, ya sea por falta de regularización o por no indicarse las características esenciales de cada derecho, con el objetivo de incorporarlos al Catastro Público de Aguas a que obliga la ley y este reglamento, deberán previamente perfeccionar y regularizar sus derechos de acuerdo a los criterios y presunciones que establece la ley [...]”.

Es decir, los títulos antiguos que no tenían estas menciones eran considerados incompletos o imperfectos para efectos de su registro permanente en el CPA, requiriéndose un proceso de perfeccionamiento de títulos.

Hasta julio de 2023, se había llegado a la solución práctica (no estaba indicado en la ley) de iniciar un juicio de perfeccionamiento en sede judicial, para que por una sentencia se reconocieran o declararan estas menciones específicas del *CdA* de 1981, que los títulos de DAA más antiguos no tenían explícitamente, como el caudal expresado en volumen por tiempo, las tipologías de consuntivo o no consuntivo, permanente o eventual, continuo o discontinuo, entre otras. Hasta no tener dicho pronunciamiento, los DAA no eran registrados en forma permanente en el CPA, sino que solo podían acceder a un catastro provisorio.

El artículo 35 del Reglamento del CPA señala que ante solicitudes de registro de DAA que no cumpla con todas las exigencias que dicho reglamento señala, la DGA otorgará un certificado de inscripción provisorio, debiendo someterse dentro del plazo de un año desde la emisión del certificado, al procedimiento de perfeccionamiento de los títulos, en conformidad con el título II del Reglamento del CPA, artículo 44 y siguientes.

Lo anterior es relevante, ya que al exigir que los DAA sean registrados en el CPA antes del 6 de octubre de 2023, el artículo 2 transitorio de la Ley n.° 21435 en su inciso 6.° dice que el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento del artículo 122 del *CdA*

“[...] incluirá un registro de todos los derechos de aguas que informen los Conservadores de Bienes Raíces en virtud del presente artículo y también de aquellos que informen directamente sus titulares adjuntando al efecto copia del certificado de dominio vigente y de la inscripción en el registro conservatorio respectivo”.

O sea, la norma transitoria instruye que el CPA registre los DAA solo con los antecedentes del CBR, no requiriendo títulos perfectos o completos para su inclusión en el Registro del artículo 122 del *CdA*.

Podría entenderse que una norma legal transitoria, que justamente tiene por objetivo integrar los registros de los DAA, y que no exige que los títulos de dichos DAA deban ser perfectos conforme a una norma de rango reglamentario, debería aplicarse en forma preferente a lo que exige el Reglamento del CPA²⁸. Por tanto, no se requeriría perfeccionar los correspondientes títulos previo a dar cumplimiento con la obligación de registro en el CPA, para efectos del artículo 2 transitorio de la Ley n.º 21435 o para realizar tramitaciones administrativas ante la DGA relacionadas con estos DAA.

3. Tercer objetivo: *vinculación de títulos actualizados y completos entre ambos registros*

El objetivo a largo plazo es que los DAA inscritos en el CBR sean los mismos que estén catastrados en el CPA, y que ambos registros sean completos, actualizados y estén vinculados. Para lo anterior, se estableció una obligación final para los usuarios, con una sanción práctica: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.º transitorio de la Ley n.º 21435, todo titular de DAA inscrito en los CBR tiene la obligación de anotar el comprobante de registro en el CPA al margen de la inscripción de su derecho en el RPA del CBR respectivo, para lo cual hay un plazo de cinco años contados desde la publicación de la ley, que vence el 5 de abril de 2027. A partir de esta fecha, los CBR no podrán realizar la inscripción de una transferencia de un DAA, si este no cuenta con la referida anotación marginal relativa a su inclusión en el CPA.

Este tercer paso no debería representar mayor dificultad para los DAA que tienen su registro permanente en el CPA, o para los títulos de DAA posteriores al *CdA* de 1981 que tienen todas las menciones que el artículo 45 del Reglamento considera esenciales para su catastro administrativo. Pero ¿cuál es la situación de los DAA catastrados provisoriamente que no han sido perfeccionados para completar sus títulos? ¿Qué papel tiene el catastro provisorio en estos casos ante el CBR? ¿Por qué esta obligación de vinculación de registros tiene un plazo más largo que la de incluir los DAA en el CPA?

Estrictamente, si bien los DAA con títulos imperfectos podrán ser inscritos –en forma provisoria– en el CPA para cumplir con la exigencia de la Ley n.º 21435, deberían ser perfeccionados para obtener el registro permanente en dicho Catastro, con el que debiera hacerse la anotación marginal en la inscripción conservatoria, que es la que vincula y completa los títulos de los DAA. Quizá esa es la justificación de dar dos años más a la obligación de la anotación

²⁸ En realidad, lo más deseable sería modificar el Reglamento del CPA para ajustarlo a las normas de la Ley n.º 21435.

marginal, para que en ese plazo se perfeccionen y completen los títulos para cerrar el proceso registral.

Esta es la última novedad de cambio de procedimientos; la Ley n.º 21586, que extendió los plazos para la obligación de inscripción conservatoria de los DAA, finalmente introdujo en el *CdA* un procedimiento específico para perfeccionar los títulos de los DAA, en sede administrativa, algo que se venía proponiendo hace años, dadas las dificultades y extensión de los juicios de perfeccionamiento²⁹.

El nuevo artículo 170 bis del *CdA* dispone: “las solicitudes para perfeccionar o completar los elementos o características esenciales del título [...]” se someterán a un procedimiento administrativo especial ante la DGA de acuerdo con las reglas del procedimiento general del artículo 130 y siguientes. Dicho procedimiento debe terminar con una resolución de la DGA en la que se reconocen o declaran las características esenciales de un DAA, si estas no constan en el título inscrito, y permitirá registrarlas en el CPA, siendo carga del titular solicitar la anotación al margen de la inscripción conservatoria.

Para concluir, se hace presente que las normas y procedimientos aquí analizados intentan hacerse cargo de un importante problema de nuestro sistema jurídico de DAA, que se arrastra hace mucho tiempo: la suficiencia y actualización de la información pública de los derechos existentes sobre las aguas terrestres. Es destacable que se hayan ideado mecanismos para facilitar el registro; que se le haya puesto un término al uso de las regularizaciones de DAA, y que se haya impuesto un plazo a los titulares de DAA para cumplir con la carga de inscribir sus derechos. Tan relevante es, que se acordó aplicar la sanción más fuerte, la pérdida o extinción de los DAA que no comiencen, al menos, dentro de los plazos, los caminos para ser inscritos, y luego catastrados. Cada titular deberá revisar su situación y ver cuál es el que debe utilizar para lograrlo.

Por otro lado, la carga que tiene la autoridad administrativa en estos procedimientos es enorme. Al pasar a esta sede todos los procedimientos de regularización y perfeccionamiento, y con plazos acotados para cumplir con las obligaciones que imponen las normas transitorias, la DGA se verá enfrentada a una gran cantidad de solicitudes asociadas a estas situaciones, además de las que normalmente se han tramitado ante ella. Será un esfuerzo conjunto entre usuarios y autoridad con el que se logren los objetivos registrales de la reforma 2022.

²⁹ BALTRA (2002) p. 246 y ss.; BOETTIGER (2012) p. 568.

BIBLIOGRAFÍA

- ARÉVALO, Gonzalo (2001): “El Catastro Público de Aguas: sobre el registro y el perfeccionamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas”, *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales* (Pontificia Universidad Católica de Chile) vol. III n.º 2: pp. 547-558.
- BALTRA, María Luisa (2002): “Perfeccionamiento de títulos de aguas. Aplicabilidad de la normativa vigente”, *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales* (Pontificia Universidad Católica de Chile) n.º 1: pp. 237-251.
- BANCO MUNDIAL (2011): *Chile. Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*. Disponible en [chrome-extension://efaidnbmninnibpcajpcglclefindmkaj/https://documents1.worldbank.org/curated/es/452181468216298391/pdf/633920ESW0SPAN0le0GRH0final0DR0REV-0doc.pdf](https://documents1.worldbank.org/curated/es/452181468216298391/pdf/633920ESW0SPAN0le0GRH0final0DR0REV-0doc.pdf) [fecha de consulta: 4 de julio de 2011].
- BOETTIGER, Camila (2012): “Del Catastro Público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional” *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo) año XIII n.º 25: pp. 557-570.
- BOETTIGER, Camila (2019): “Caracterización de los derechos de aprovechamiento de aguas y propuestas de reforma”, *Actualidad Jurídica* (Universidad del Desarrollo) n.º 40: pp. 29-59.
- ESCUADERO, Bernardino (1990): *La posesión del derecho de aprovechamiento de aguas* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar Conosur).
- FLORES, Juan Carlos (2017): “La caducidad de los actos administrativos”, *Revista de Derecho (Valdivia)* (Universidad Austral) vol. XXX n.º 2: pp. 225-249.
- GUZMÁN, Alberto y RAVERA, Ernesto (1993): *Estudio de las aguas en el derecho chileno* (Santiago: La Ley).
- NEUMANN, Christian (2000): “Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2º transitorio del Código de Aguas”, *Revista de Derecho Administrativo Económico* (Pontificia Universidad Católica de Chile) vol. II n.º 1: pp. 211-246.
- PARADA, Guillermo Andrés (2000): *El derecho de aprovechamiento de aguas. Aspectos dogmáticos y legales. Su posesión y adquisición por prescripción* (Santiago, La Ley).
- RIVERA, Daniela (2013): *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste* (Santiago, LegalPublishing).
- STEWART, Daniel (1970): *El derecho de aguas en Chile: algunos aspectos de su historia y el caso del Valle de Illapel* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VERGARA, Alejandro (1997): “El Catastro Público de Aguas. Consagración legal, contenido y posibilidades de regulación reglamentaria”, *Revista de Derecho de Aguas* (Universidad de Atacama) vol. 8: pp. 71-91.
- VERGARA, Alejandro (2021): *Derecho de aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

Normas

SENADO CONSULTO SOBRE REGADORES DE AGUA (1819): 18 de noviembre de 1819, *Boletín de las leyes y decretos del Gobierno 1819-1820* (Santiago, Imprenta Nacional).

Ley n.º 2139 (1908), sobre Asociaciones de Canalistas, 20 de noviembre de 1908.

Código de Aguas (1951) Ley n.º 9909, 28 de mayo de 1951.

Ley n.º 16640 (1967), de Reforma Agraria, 28 de julio de 1967.

Código de Aguas (1969) DFL n.º 162, 12 de marzo de 1969.

Código de Aguas (1981) DFL n.º 1182, 26 de octubre de 1981.

Ley n.º 21435 (2022), reforma el *Código de Aguas*, 6 de abril de 2022.

Ley n.º 21586 (2023), modifica la Ley n.º 21.435, 13 de julio de 2023.

EL RETORNO DEL DERECHO NATURAL, A PESAR DE TODO

THE RESURGENCE OF NATURAL LAW, DESPITE EVERYTHING

*Julio Alvear Téllez**

RESUMEN: En este artículo explicamos la noción clásica de derecho natural y su utilidad para los tiempos presentes. Se deslinda entre auténticos y falsos retornos, y se pondera la riqueza doctrinaria del iusnaturalismo para enfrentar los proyectos de deconstrucción del progresismo jurídico.

PALABRAS CLAVE: derecho natural, progresismo jurídico.

ABSTRACT: This article we explain the classical notion of natural law and its relevance in contemporary times. It distinguishes between genuine and false returns, and we ponder the doctrinal richness of natural law in confronting the deconstruction projects of legal progressivism.

KEYWORDS: natural law, legal progressivism.

INTRODUCCIÓN

Heinrich Rommen publicó el año 1936 una famosa obra que lleva como título: *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts (El eterno retorno del derecho natural)*¹. Su versión definitiva data de 1947, luego de la experiencia nazi. El jurista germano observa cómo el nazismo no fue una monstruosa protuberancia del sistema político moderno, sino uno de sus últimos y más lógicos estadios. Sin caer

* Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

¹ ROMMEN (1947).

en la falacia de *reductio ad hitlerum*, muestra en qué sentido el totalitarismo puede ser considerado fruto del positivismo. Este le ha abierto las puertas en la misma medida en que aquel representa la realización del axioma “la voluntad hace la ley”. La acometida nacional-socialista fue legal justo en el sentido puramente potestativo que el positivismo da al término. Solo un retorno al derecho natural podría preservar a la civilización de un próximo y trágico desorbitar de la voluntad gubernativa y legislativa².

Desde el ángulo histórico, la publicación del libro de Heinrich Rommen connota un ejemplo característico del “eterno retorno” de la doctrina del derecho natural, evocando una categoría clave que irrumpe en la cultura jurídica alemana por la fuerza de las circunstancias. Diríase que a esa cultura le explota en la cara, pues desde mediados del siglo XIX venía siendo sojuzgada y encerrada en las cuatro paredes de la teoría del Estado moderno y del derecho público de raigambre prusiana. A partir de aquella obra se impulsa con renovado brío una abundante reflexión sobre la necesidad de trascender los criterios puramente legales a fin de arribar a situaciones justas. El término ‘justicia’, a pesar de Hans Kelsen, vuelve por sus fueros. Entre otros, los nombres de: Gustav Radbruch, Johannes Messner, Alfred Verdross, Eric Voegelin, Theo Mayer, Hans Welzel marcan aquella reflexión.

Sin embargo, hablar de “derecho natural” en situaciones ostensiblemente injustas se convierte muchas veces en lugar común o en moda. Por ello, no todo retorno al derecho natural es auténtico. Retornar es volver al lugar del que se partió. Un retorno del derecho natural supone una valoración cabal de lo que este significa para el ordenamiento positivo y para la cultura jurídica. Hay retornos que son genuinos y otros no. En verdad, el genuino retorno del derecho natural tiene apellido: es el del derecho natural clásico.

I. EL “RETORNO” POR APROXIMACIÓN

Más allá del derecho natural clásico –que revisamos más adelante– podemos hablar de un genuino retorno por aproximación. En dos sentidos.

En un primer sentido, se puede destacar, con Elías de Tejada, que toda la historia de la especulación filosófico-jurídica se vierte explícita o implícitamente en el derecho natural como clave explicativa, dado que ante la endeblez de las instituciones humanas tendemos, una que otra vez, a pensar en la distinción planteada por Aristóteles entre lo justo natural y lo justo positivo:

² Es importante connotar que para Heinrich Rommen la oposición al totalitarismo no se encuentra en el liberalismo, sino en la concepción política tradicional. ROMMEN (1956) pp. 329-330.

“En pergaminos y en papeles, apunta Elías de Tejada, en manuscritos o en libros, han corrido amazonas de tinta para afirmar o negar la existencia de un orden jurídico colocado por encima de las leyes positivas. No hay cuestión más grave en los saberes del derecho, ni tema con mayores secuelas políticas o sociológicas. De él pende la jerarquía de los valores humanos, si se afirma a Dios creador o no del orden universo, con las deducciones jurídicas que aseguren los dos magnos derechos del hombre, su libertad y su dignidad; porque siendo el derecho el objeto de la justicia, sobre la justicia falible de las leyes positivas impuestas por los hombres falibles, prima la justicia imperada por Dios. De él resulta, finalmente, la posibilidad de la vigencia de cualquier sistema de derecho positivo, siempre cimentado en el acatamiento de las leyes justas; pues es principio último del derecho, sin el cual ningún derecho es posible, que la autoridad que se aparta de la ley no merece consideración de autoridad”³.

En este ámbito, el eterno retorno del derecho natural se expresa en la huida de las consecuencias injustas o antinaturales que inevitablemente conlleva la reducción del derecho positivo a la sola voluntad humana, y la búsqueda subsiguiente de criterios trascendentes o fundados en el orden natural.

Hay un segundo sentido de legítimo retorno del derecho natural. Un sentido externo, puramente aproximativo, pero válido. En la historia de las ideas jurídicas de los dos últimos siglos emergen ensayos de justificación del derecho que remiten a criterios extralegales, a instancias no dependientes del mero arbitrio de la voluntad humana. Inmersos en una cultura ajena al iusnaturalismo, desconocedores del conjunto de doctrinas que fundan la escuela clásica del derecho natural, han desfilado muchos autores que a falta de una noción adecuada del “derecho natural” utilizan instancias que se le acercan. Es lo que sucede en ámbitos dominados por la cultura protestante, en ausencia de la memoria del derecho natural clásico. Se habla, entonces, de “valores”, de un derecho “justo” o “correcto”, de “naturaleza de las cosas” o de realidades vitales. El intento, sin embargo, queda a medio camino –como sucedió en el ámbito germánico con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial–, pues estos sucedáneos del derecho natural clásico se pierden en confusas teorías de sabor kantiano o neokantiano.

Entre otros, es el caso de Gustav Radbruch. Miembro del Reichstag y ministro de Justicia en la República de Weimar, concebía el derecho desde el dualismo entre el ser (*Sein*) y el deber ser (*Sollen*). Una cosa es el derecho propiamente tal (positivo) y otra la idea de derecho, donde anidan “valores” an-

³ ELÍAS DE TEJADA (1973) p. 34.

tinómicos como la justicia, la finalidad (adecuación conforme a fines) y la seguridad jurídica. La separación entre derecho y moral es estricta, y el amolde entre uno y otro es de carácter solo sociológico, dada la necesidad del “relativismo”, como supuesto “ideológico de la democracia”⁴.

Sin embargo, en sus escritos de posguerra repudia su precedente relativismo moral y sienta la necesidad de juzgar la validez del derecho positivo desde ciertos criterios materiales que le trascienden. Tales criterios reciben el nombre de “derecho supralegal” (*übergesetzliches Recht*) y “naturaleza de las cosas” (*Natur der Sache*), y tienen la propiedad de imponerse a las normas abiertamente injustas y arbitrarias (*gesetzliches Recht*). En *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* (1946), el autor desarrolla la después conocida como “fórmula de Radbruch”. La primera parte de la fórmula es la de “intolerancia”, que, en casos extremos, permite considerar el derecho positivo como “derecho injusto”, situación en la que no debe aplicarse⁵. La segunda parte de la fórmula es la de “negación”, que niega la calidad de derecho a las expresiones más álgidas del derecho injusto, como las diseñadas para atender contra las igualdades más fundamentales⁶.

En la fórmula de Gustav Radbruch sigue gravitando el dualismo entre el ser y el no ser, ahora proyectado a naturaleza y cultura. El derecho se inserta en la cultura, y le es inherente la búsqueda de la justicia, concebida como valor o ideal.

Su pensamiento, posterior a la Segunda Guerra Mundial, constituye un esfuerzo de lucha contra la cultura dominante, que, aunque deba rectificarse en sus puntos fallidos, particularmente en sus dimensiones neokantianas, aproximan a las puertas del derecho natural clásico, que es el que conoció Platón y Aristóteles, el derecho romano y la Civilización Cristiana.

En su búsqueda de criterios para la justicia material, Gustav Radbruch representa un movimiento ascendente hacia el genuino derecho natural.

⁴ RADBRUCH (2007) pp. 35-46, 81-106, 143-150.

⁵ La fórmula de la intolerancia expresa: “todo posible conflicto entre justicia y seguridad jurídica, debe resolverse en favor de la seguridad jurídica, incluso cuando el Derecho sea injusto e inadecuado su contenido. Sin embargo, cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida insostenible, en ese caso la ley deberá ceder ante la justicia como derecho injusto”. Citado por RELLO (2019).

⁶ La fórmula de negatividad dice: “se puede establecer otra línea divisoria donde ni si quiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí, la ley no sólo es Derecho injusto, sino que carece completamente de naturaleza jurídica”. Citado por RELLO (2019).

II. ¿QUÉ “DERECHO NATURAL” ES EL QUE RETORNA?

Hemos dicho que el genuino retorno es el del derecho natural clásico. No hablamos aquí, como en el acápite anterior, de aproximaciones o de posturas que quedan en la antesala, sino del conjunto de doctrinas que arrancan con los filósofos griegos, se prolonga en los juristas romanos, concluye en los teólogos medievales, se prolonga (más o menos problemáticamente) en la escolástica española y en la *intentio* restauradora del neotomismo del siglo XIX, y llega a nuestros días con la renovación del “derecho natural hispánico”⁷.

No obstante, para entender bien esa continuidad, se suscitan dos problemas: uno conceptual y otro metodológico. Es lo que abordamos a continuación.

1. El realismo jurídico

Para aproximarse el derecho natural hay que enfrentar un gran problema conceptual: los condicionamientos de dos siglos de cultura jurídico-legalista (el centro del derecho no es el *ius*, sino la norma), imperativista (derecho es el mandato del superior al inferior), y formalista (es ley porque proviene del Congreso a través de determinados procedimientos)⁸. En otros términos, no es posible comprender adecuadamente el derecho natural sin el realismo jurídico. Esto es, sin la noción de que el derecho tiene que ver con una dimensión de la realidad, del orden social, que hay que descubrir y valorar.

El realismo jurídico supone un conjunto de doctrinas, de actitudes y de prácticas jurídicas que tienen claridad acerca del sustrato ontológico del derecho.

Hay diversas maneras de formular las tesis básicas del realismo jurídico. Lo haremos muy sumariamente, siguiendo al jurista español Juan Vallet de Goytisolo⁹.

Inserto en la tradición clásica, este jurista afirma que el derecho tiene varias dimensiones (*ius*, norma, derecho subjetivo, *ars iuris*, etc.). Se trata, por tanto, de una realidad análoga, no unívoca. En este cuadro, el *ius* es el analogado principal del derecho. El derecho no es algo abstracto, sino una posición, proporción o cosa concreta (lo justo, la *res iusta*) que hay que atribuir o respetar en una relación entre dos o más personas. La *ipsa res iusta* no baja del cielo por iluminación, sino que debe ser determinada con las metodologías adecuadas

⁷ Para los hitos de esta continuidad y su diferencia con la escuela moderna del derecho natural y la posmodernidad, AYUSO (2005) pp. 553-574.

⁸ GROSSI (2003) pp. 21-38.

⁹ Para una panorámica de su obra véase CANTERO (2023).

del *ars iuris*, haciendo uso de todas las fuentes jurídicas que ofrezcan soluciones (entre ellas la ley).

El derecho natural, entonces, no es un ideario o un valor, sino, una posición, proporción o bien concreto (“lo justo”) fundados inmediatamente en la naturaleza de las cosas, o en el orden natural. Derecho natural equivale, por tanto, a lo justo natural, y requiere de todo un arte para determinarlo. En general, lo justo natural se determina sea con referencia a las cosas consideradas en sí mismas, sea con referencia a sus consecuencias (propias, relacionales o institucionales).

¿Y qué lugar ocupa la ley? La pregunta es importante, pues un no menor grupo de iusnaturalistas han planteado –algunos en la escolástica española, y muchos en los dos últimos siglos, siguiendo la estela del neotomismo italiano– que el derecho natural se sitúa primordialmente en el ámbito de “normas” y prescripciones, y no de “cosas” y situaciones concretas.

Juan Vallet, siguiendo a santo Tomás de Aquino, concibe la ley como una cierta razón de derecho (*aliqualis ratio iuris*), por tanto sirve para delimitar y determinar el ajustamiento en que el derecho consiste. “No cabe aplicación mecánica (de las leyes), sino concreción. Las leyes humanas no son el derecho, ni su causa única, sino cierta razón –entre otras– del derecho”¹⁰. En otras palabras, la ley es un instrumento para el hallazgo de lo justo concreto.

A diferencia de los modernos, la *lex* es concebida no como un mero acto de la voluntad (*velle*), sea individual o colectiva, o como un producto de la razón racionalista y constructivista (*facere*), sino como un acto de la prudencia legislativa que devela y desarrolla un orden ya inserto en la naturaleza de las cosas (*legere*). La arrogante “omnipotencia” legislativa queda disminuida de forma severa en esta concepción.

De cualquier forma, no es una concepción normativista la que Juan Vallet tiene del derecho natural: la realidad primaria del derecho, repetimos, no son los “normas”.

En este sentido, ni la ley natural ni sus preceptos son, propiamente, derecho natural, por lo que no pueden confundirse. Aquella solo ofrece criterios de razón natural que han de ser considerados para determinar el derecho caso a caso. Pero, incluso, en el ámbito del derecho positivo, la determinación concreta de lo justo trasciende el más reducido campo de la elaboración legislativa.

Otra dimensión del derecho natural que hay que tener en cuenta es el arte de lo justo (*ars iuris*), pues aquel necesita ser descubierto y determinado a través de una ciencia práctica que requiere de diversas metodologías. Es este un punto, como veremos, de extrema importancia para comprender el realismo

¹⁰ VALLET (2001) p. 45.

clásico, y en el que Juan Vallet ha realizado un importante aporte de esclarecimiento.

¿Y el derecho subjetivo? ¿Estambién una dimensión del derecho natural? Al respecto, es pasmoso ver cómo diversos académicos sostienen hoy un iusnaturalismo *avant la lettre*, que a partir del derecho subjetivo como analogado principal, pretenden irrigar con toda comodidad el discurso moderno de los derechos humanos.

Los derechos subjetivos constituyen, para el jurista español, datos prejurídicos que deben ser considerados por él en la medida que corresponden a las tendencias naturales del ser humano y coadyuvan a determinar lo justo natural en la situación o relación concreta. Nuestro autor no desconoce el valor de la facultad subjetiva; pero no la convierte ni en base fundante ni elemento constitutivo de los derechos naturales, como tampoco en clave de la regulación jurídica.

Los derechos humanos, por su parte, tampoco pueden cumplir la función del derecho natural, ni menos sustituirla. Desde el ángulo de su estructura jurídica, no se les debe considerar “deudas naturales”, realidades jurídicas debidas en razón de una deducción *a priori* de la naturaleza humana. El derecho natural atiende, más bien, a la naturaleza de las cosas y a las relaciones concretas que se producen entre los seres humanos, pues lo justo es un *medium rei*, una cuestión de medida, de proporción, no una condición genérica de la persona¹¹.

Para su mejor comprensión, formula una clasificación tripartita del derecho natural: como realidad (objeto, *ius*), como teoría (ciencia) y como praxis (arte prudencial)¹². Su intención no solo es exponer las distintas dimensiones por donde se manifiesta el derecho natural, sino, también, contrastar el realismo jurídico (que del ser concreto asciende hasta la ciencia, pasando por la prudencia) con las diversas formas de idealismo jurídico—propio de los modernos—que parten de ideas insitas de derecho y no aceptan la mediación de las cosas. Es interesante observar esta contraposición entre realismo e idealismo jurí-

¹¹ A propósito de Juan Vallet y otros autores, lo destaca CANTERO (2001) p. 717. También CANTERO (2023) pp. 99-112.

¹² “El derecho natural como ente, observado en su mismo ser, fue definido por Aristóteles, *to dikaion phisikon* (Ética 5,7, 1134b); por Paulo (Dig. 1,1,11 vers. uno modo): *quod semper aequum et bonum est*; y, con más precisión, por Santo Tomás de Aquino (S.TH. 2-2- 57, 2, resp.): *quod iustum est ex ipsa natura rei, et hoc vocatur ius naturale*. Como ciencia lo definió Ulpiano (Dig. 1.1.10.2) denominándole jurisprudencia—es decir, ciencia práctica o prudencial del derecho: *iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti arque iniusti scientia*. Como praxis o arte prudencial lo definió Celso y, de él, repitió Ulpiano (Dig. 1,1,1 pr. Inc. final): *ius est ars boni et aequi* [...] El derecho natural como arte, es una *praxis*, guiada por la *phronesis*, y no, como la *techné*, por la *poiesis*. Es un arte prudencial”. VALLET (2001) p. 28.

dico, ya que hoy diversos iusnaturalismos se anclan –muchas veces sin mayor reflexión– en los esquemas de las teorías idealistas.

Dice nuestro autor:

“las diferencias principales respecto de las teorías idealistas, que se observan en la teoría realista del derecho natural, atañen, de una parte, al método –que ésta basa en la mediación de las cosas y en el orden natural ínsito en ellas, o sea en la *natura rerum*–, y, de otra, a la relación entre el derecho natural y el derecho humano positivizado. Las teorías idealistas, como hemos visto, desarrollan un derecho natural paralelo al derecho positivo, que sitúan en planos diferentes, aunque entiendan que el legislador humano debe inspirarse en aquél y darle forma, e incluso, según Suárez, puede originar efectos invalidantes. En cambio, las teorías realistas del derecho natural lo consideran entreligado al derecho humano positivizado; y, de ese modo religados, el derecho natural ayuda a interpretar las conclusiones formalizadas en el texto de la ley positiva, y es decisivo para la aplicación de la equidad”¹³.

Este es un aspecto vital del realismo jurídico: la teoría o reflexión sobre el derecho natural y la práctica de este –aunque mentalmente distinguibles– resultan inseparables. El derecho natural es un derecho vigente, que no solo se le piensa, sino que se le practica. Así fue concebido en los tiempos clásicos y en los tiempos cristianos. Así también es como aparece, aunque sea cubierto de casajo, en nuestros días.

2. *La incompreensión metodológica del derecho natural clásico*

El racionalismo en sus diversas formas influyó no solo en la modernidad jurídica, sino, también, en el pensamiento católico. Durante el siglo XIX y parte del XX, muchos manuales al uso concibieron el derecho natural como un sistema de normas o, entonces, como un conjunto de principios con conclusiones en diverso grado, cuyo conjunto formaba un todo acabado. El derecho natural figuraba como un código que duplica en el espacio de los ideales la fijación del derecho obrada a partir de Napoleón Bonaparte. No es de extrañar, entonces, que la crítica positivista ubicara fácilmente al derecho natural en el terreno de los “valores”, de los “ideales”, del “deber ser” u otras categorías fantasmas.

En realidad, el derecho natural –ya desde la cultura griega y romana– fue concebido como derecho vigente, según hemos apuntado en el acápite precedente. En otros términos, el “ser” del derecho natural supone un continuo

¹³ VALLET (2001) pp. 36-37.

“hacer” para descubrirlo y determinarlo en las concretas y reales relaciones sociales. De ahí la importancia del arte jurídico.

Juan Vallet tiene un párrafo notable a este respecto. Dice:

“este arte se caracteriza por la búsqueda, concreción y realización de lo justo, ya sea mediante la configuración negocial de una *res iusta* o la determinación de *quod iustum et aequum est* en caso de conflicto, efectuándose con la pauta mediadora de *rerum natura* y la *natura rei*, estimadas por el *sensum naturalis*, la *naturalis ratio*, y mediante la utilización instrumental de toda clase de normas, consuetudinarias, legales y doctrinales. Es decir, conjuga el derecho positivo –*propium* y *commune*– con la pauta de la naturaleza de las cosas”¹⁴.

Es bueno insistir, por tanto, en que el derecho natural está lejos de constituir un código de estructuras ideales en forma de leyes, principios o conceptos, a fin de acomodar la realidad de las cosas a ellas. El derecho natural no está propiamente escrito en el alma ni en la mente, sino en el corazón del hombre, pues derecho natural no significa retrospectión eidética, sino apertura a lo real:

“Tenerlo (el derecho natural) en el corazón –representativo del hombre entero– es conocerlo por la acción conjunta de los sentidos externos, que captan los fenómenos, de los internos, que conforman su imagen, la relacionan con las conservadas en el depósito de la memoria y las estiman, y con nuestra inteligencia y nuestra razón que enjuician y ponderan las ideas aprehendidas por sindéresis y por los diferentes grados de abstracción”¹⁵.

Esa apertura a lo real implica, por un lado, una ciencia práctica. Y, por otro, un desentrañar de los elementos de justicia natural que en ningún caso se identifica con la materialidad de los hechos. Estamos ante la obra de la prudencia, capaz de iluminar la justicia del caso con la ayuda de la doctrina jurídica y las leyes. Juan Vallet lo puntualiza en términos insuperables:

“El jurista, con su *sensum naturalis* y su *naturalis ratio*, capta y conforma el orden justo de las cosas humanas, tal como, con el sentido de lo bello, el músico capta y obtiene la armonía de los sonidos, y el pintor la de los colores. Esa labor no la realiza –ni puede realizarla– hombre

¹⁴ VALLET (2001) pp. 38-39. El autor expone cómo los juristas catalanes y aragoneses emplearon la pauta del “sentido natural” y de “la buena razón” para delimitar la validez de los pactos y para decidir a falta de costumbre, estatuto o ley. *Op. cit.* pp. 39-43.

¹⁵ *Op. cit.* p. 43.

alguno por sí sólo, *ex novo*, sino que es efectuada en colaboración y recibiendo la tradición de las generaciones anteriores. Así, operamos entre principios, reglas, leyes y conceptos –que personalmente no hemos elaborado aunque tratemos de mejorarlos– y hechos que se nos presentan en la vida. Y aquí surge el contraste entre lo general o abstracto y lo particular y concreto, entre los cuales no cabe una relación lógica formal, silogística, sino prudencial. Aristóteles (*Ética*, 5, 10, 1138 a) lo observó así en las leyes, que hablan en universal pero atienden sólo a lo que ordinariamente sucede, por lo cual es preciso acudir a la *epikeia* Paulo (*Dig.* 50, 17, 1) advertiría ‘non ex regula ius summantur, sed ex iure quod est regula fiat’. Y Callistrato (*Dig. h. t.* 202) advertiría ‘omnis definitio in iure civile periculosa est’. Esta dialéctica, entre lo general abstracto y lo singular concreto, visto a la luz de la justicia del caso, se refleja en la aplicación de las leyes humanas¹⁶.

A propósito del arte jurídico, Juan Vallet ha propuesto toda una metodología para la determinación del derecho, donde conviven los elementos naturales con los positivos¹⁷. Lo justo natural va aflorando por los poros del derecho positivo cada vez que se hace presente el orden natural en la regulación de las diversas situaciones jurídicas o en la justicia del caso.

En este sentido, la incompreensión metodológica del derecho natural oscurece su presencia, diríase diaria y necesaria en múltiples campos donde se realiza el derecho positivo contemporáneo.

En el ámbito del derecho privado, la afirmación es indiscutible. Un ejemplo entre muchos. La exigencia de equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes en los contratos de consumo, es un criterio que ha venido imponiéndose en las legislaciones a partir de la captación de la injusticia concreta que significa abandonar los contratos de adhesión al solo principio del consentimiento. En Chile, ha sido la Corte Suprema, en una interpretación extensiva de la ley, quien comenzó a aplicar este criterio, a partir de una mejor comprensión de las exigencias de la justicia conmutativa, la que supone, por regla general, una equivalencia objetiva en las conmutaciones¹⁸.

¹⁶ VALLET (2001) p. 44.

¹⁷ VALLET (1994); VALLET (1996).

¹⁸ En el llamado caso “Cencosud” (nombre de uno de los más grandes consorcios empresariales multinacionales chilenos), la Corte Suprema acogió, por primera vez, una demanda colectiva en materia de contrato de consumo, privando de validez a determinadas cláusulas del contrato y de su reglamento, y condenando a Cencosud a pagar cerca de \$ 33 000 000 000 en compensaciones por aumento unilateral de las comisiones en las tarjetas comerciales de seiscientos mil clientes. Afirma la sentencia: “la legislación introducida por la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores [...] ha supuesto la moderación de ciertos principios recogidos en los Códigos Civil y Comercial, respecto de los actos y convenciones sujetos a la ley,

En el derecho público, particularmente en el derecho constitucional, es más difícil ver aflorar la justicia natural dado el estado de cosas (que no el orden) revolucionario que en este campo se impuso a partir de la Revolución francesa. Cabría, no obstante, realizar un estudio a este respecto, tal vez esta afirmación debiera matizarse con algunos detalles en sentido contrario, pues la sociabilidad natural humana va siempre abriendo flancos o espacios aun dentro de un constructo pervertido. La afirmación gruesa sigue siendo, sin embargo, que el constitucionalismo supone un abandono de la politicidad natural y su sustitución por diversos subrogados como “constitución”, “soberanía” y tantos otros¹⁹.

III. EL DERECHO NATURAL Y LOS FALSOS RETORNOS

Hemos dicho que en los tiempos presentes flota un falso retorno del derecho natural. Los más graves –pues falsifican y simulan más intensamente– son los retornos que responden a intentos desvaídos por sostener la doctrina clásica no mediante una oposición clara a la modernidad política y jurídica, sino a través de un cuadro de compromiso sustancial con ella.

Vamos a enfocar aquí tres falsos retornos: el representado por la escuela anglosajona del derecho natural, por el discurso de los derechos humanos y por la tesis de la democracia liberal.

1. *La escuela anglosajona del derecho natural*

La denominada Nueva Escuela de Derecho Natural o escuela anglosajona del derecho natural se ha desarrollado principalmente en la academia británica y estadounidense, y a ella debe sus condicionamientos epistemológicos, el planteamiento de sus problemas y el modo de argumentar sus soluciones. Desde la publicación de *Natural Law and Natural Rights* de John Finnis en 1980²⁰, esta

tanto en lo referido a la formación del consentimiento, la libertad contractual –en su dimensión libertad de contratar por parte del proveedor como de la libre determinación del contenido de lo que las partes acuerden– como de los bienes jurídicos protegidos”. Respecto de una de las cláusulas a invalidar sostiene: “se puede apreciar que se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes, si se tiene presente que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante, que autorizan a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importen novación de los créditos”, etc. CORTE SUPREMA (2013) sentencia rol 12.355-11, considerandos primero y octavo.

¹⁹ Véase a este respecto, AYUSO (2001) pp. 353-379.

²⁰ FINNIS (1980).

corriente se ha venido desarrollando con diversos matices por obra del mencionado John Finnis, de Germain Grisez, Joseph Boyle, William May, Robert P. George, Ronald Lawler, Russell Shaw, Robert A. Connor y John C. Ford, entre otros.

En general, se trata de autores católicos formados en una cultura protestante, que nunca han sentido la inmersión en la tradición católica, tan nítida en los juristas que han cultivado el derecho natural desde ambientes más cercanos –por vivencia o nostalgia– a la Cristiandad. John Finnis, probablemente el más representativo de ellos, fue formado en una epistemología empirista (Hume) y en la filosofía analítica (John Austin, Julius Stone, Wesley N. Hohfeldy, Herbert L.A. Hart). En consecuencia, su obra sobre el derecho natural constituye un intento de volver verosímil esta categoría dentro de aquellos ambientes. De ahí que el derecho natural se aproxime más a una cuestión de estructura argumental que a una dimensión de la realidad.

Desde cierto ángulo, no se puede desconocer el mérito de John Finnis, en cuanto en sus obras hay un esfuerzo enorme por recomponer el derecho natural para controvertir de un modo directo las tesis positivistas de la escuela de Herbert Hart, que a su época miran lo justo natural con el desprecio que hombres cultos tienen por la superstición o el sortilegio²¹. Pero desde la perspectiva de lo que sea realmente el derecho natural, el peso antimetafísico de los condicionamientos filosóficos de John Finnis son gravitantes a la hora de teorizar sobre la materia.

En este sentido, la Nueva Escuela del Derecho Natural no constituye un genuino retorno al derecho natural, a pesar de que sus autores suelen presentar sus tesis como una reinterpretación de la ley natural más acorde con el pensamiento originario de santo Tomás de Aquino, que no de sus comentaristas.

Pero, de partida, la distinción entre ley natural y derecho natural suele ser en ellos bastante poco clara. Cuando refieren al derecho natural, en rigor, hablan de ley natural que es, por lo demás, el centro gravitante de sus preocupaciones polémicas respecto del positivismo doctrinario o ambiental, o del escepticismo o hipercriticismo moderno²².

Es una ley natural escuálida, de la que solo queda el esqueleto, pues John Finnis afirma que los primeros principios de la razón práctica no se vinculan al conocimiento de la naturaleza humana (sus tendencias específicas), ni tie-

²¹ ORREGO (2001) p. 14.

²² Hay que observar, además, que, como adelanta María C. Donadio, la cultura jurídica anglosajona opera durante el siglo XIX una identificación entre “ley” y “derecho”, sea porque utiliza una misma palabra (*law=ley*) para designarlos, sea porque supone que el ordenamiento jurídico se explica por la sola determinación de actos autónomos de la voluntad humana. DONADIO (2011) p. 1.

nen que ver con la estructura metafísica del orden del universo. Es algo como “una teoría de la ley natural sin naturaleza”²³.

Luego se nos presenta el tema de los “bienes humanos básicos”. El influjo de Germain Grisez en esta materia es nítido: En su empeño por desconocer un fin último de la naturaleza humana, concibe el primer principio de la razón práctica no como un juicio prescriptivo que ordena el bien y manda evitar el mal, sino como un juicio indicativo de posibilidades de elección (y acción) que inclina hacia diversos y a veces alternativos bienes básicos. John Finnis retoma estos “bienes humanos básicos” y los transforma en “absolutos morales” para la razón práctica. Los bienes humanos básicos serían evidentes, premorales y fundamentales²⁴. Esas “formas básicas de bien para nosotros” serían la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad o sociabilidad, la razonabilidad práctica y la religión²⁵. Algunos de estos bienes, particularmente la religión, son entendidos de modo funcional a la democracia estadounidense.

No hay que ser muy agudo para comprender que esta concepción de la “ley natural” vuelve imposible la Cristiandad como comunidad política.

Las críticas que se han realizado a la teoría de la ley natural de John Finnis, Germain Grisez y otros autores, son extensas, y más o menos conocidas²⁶. Nuestro objetivo aquí es simplemente indicar –por algunas señas representativas– que la Nueva Escuela del Derecho Natural no constituye un auténtico retorno del derecho natural, aunque su posición es meritoria dentro de la cultura en que se inserta.

2. *El discurso de los derechos humanos*

No tratamos aquí de una escuela teórica específica sobre el derecho natural como en el acápite precedente, puesto que no la hay. Queremos describir, más bien, una actitud, un espíritu, una mentalidad que aflora en diversos autores

²³ WEINREB (1987).

²⁴ FINNIS (1980) chaps. II.3, II.4, III.4 a III.6.

²⁵ *Op. cit.* pp. 117-121.

²⁶ Para una crítica nuclear de esta escuela, SEGOVIA (2009), pp. 563-578, con una fina ironía sobre la pretensión de mostrar a esta Escuela como una aproximación exitosa de la teoría de la ley natural a la sociedad incrédula. Es interesante, asimismo, MARTINEZ (2020) pp. 253-291, donde destaca como punto central de los errores de John Finnis la aceptación acrítica de la “ley de Hume”, connotando sus diversas consecuencias teóricas: la separación resultante entre la razón práctica y la razón especulativa; la falta de distinción entre el nivel especulativo propio de la filosofía moral y el nivel práctico propio de la decisión individual; el intento de reducir la naturaleza humana a la racionalidad como fundamento de la ley natural; la negación del carácter moral del primer principio de la razón práctica; la transformación del fundamento divino de la obligación moral en mero voluntarismo.

y organizaciones. Se trata de una mentalidad de transacción, de compromiso con la modernidad jurídica y política, que lleva a aceptar la doctrina de los derechos humanos con la cobertura del viejo lenguaje de los derechos naturales. Aceptación acrítica que a todo momento olvida, esquivo o escamotea la inspiración filosófica anticristiana que inspira, histórica y conceptualmente, la categoría de los “derechos humanos”. Para estos autores, organizaciones y discursos, el derecho natural anidaría en la esencia de lo que llamamos hoy derechos humanos.

Esta postura suele incurrir en un equívoco histórico. El no distinguir entre el iusnaturalismo clásico y el iusnaturalismo moderno, de corte protestante y racionalista. La tesis de los derechos humanos como derecho natural supone una falsa continuidad entre el iusnaturalismo clásico, el iusnaturalismo moderno y las primeras declaraciones de derechos humanos, de influjo ilustrado y revolucionario²⁷. Entre uno y otro iusnaturalismo hay caminos divergentes que se separan más y más²⁸. Las declaraciones de derechos humanos del siglo XVIII, y por medio de ellas, las subsiguientes, podrán reconocer mayor o menor dependencia del iusnaturalismo racionalista, según los casos. Pero de ninguna manera encuentran filiación en el iusnaturalismo clásico. Ni en el contenido (inspiración filosófica e ideario político), ni en la forma (catálogo universal y abstracto de enunciados, con sus igualdades y libertades subjetivas)²⁹.

Quienes conocen esta distinción, pero se encuentran comprometidos con el discurso moderno de los derechos humanos, utilizan sucedáneos para no caer en posiciones teóricas indefendibles. Y así, en vez de referir al derecho natural, hablan de lo “humano”. Tales derechos expresarían, entonces, la “dignidad del hombre”, las “exigencias fundamentales de lo humano”³⁰, y, así, continúan al infinito, en una inacabable terminología que tiene a lo “humanitario” (¿naturaleza humana?) como centro, y que desagua finalmente en un personalismo sin máscaras³¹.

²⁷ Para los orígenes revolucionarios de la Declaración de 1789, modelo de las declaraciones modernas de derechos humanos, ALVEAR (2015) pp. 341-371. Para un estudio del documento a partir de su generación en la Asamblea francesa, GAUCHET (1990).

²⁸ CANTERO (2001) p. 720.

²⁹ Es sorprendente constatar la posición de algunos autores que llevan tan lejos su entusiasmo con el lenguaje de los derechos humanos provenientes del discurso eclesiástico oficial, que en su momento obviaron esta distinción. Francisco Puy, por ejemplo, afirma que “la fundamentación remota” de los derechos humanos (de la Declaración de 1789) “se pone en la instancia metajurídica que la tradición medieval denominaba *Deus sive Natura*. O sea, en la ley natural y en la ley divina, vagamente solapadas en la invocación del Ser Supremo, y en la calificación de naturales, que remite a la naturaleza”. PUY (1989) p. 53.

³⁰ OLLERO (1990) p. 159.

³¹ Por todos, VIOLA (2012) pp. 36-48. Previa descomposición de la noción de “naturaleza” en la de “humanidad”, el autor sostiene que “la teoría de los derechos naturales es insuficiente”,

Una mixtura de estas posiciones se encuentra en Javier Hervada, quien postula lo que podríamos llamar una noción funcional de los derechos naturales, en un intento por fundar los “derechos humanos” en la teoría clásica. Para el autor, los instrumentos históricos e internacionales de derechos humanos dan cuenta de que los derechos enunciados por ellos son reconocidos, no concedidos. Esto demostraría que los derechos humanos tienen un carácter preexistente a la norma positiva. Preexistencia que no solo sería cultural –la sociedad así lo considera–, sino propiamente natural.

“Entiendo, afirma, que el fenómeno jurídico es, en su base, un fenómeno natural –hay realidades jurídicas naturales–, una de cuyas expresiones son los derechos humanos”³².

En otros términos, la “nota esencial” de los derechos humanos serían los derechos naturales entendidos como “verdaderos derechos o bienes jurídicos y valores objetivos inherentes al ser humano”³³.

Argumentaciones de este tipo esquivan el profundo significado filosófico de los derechos humanos o, si se quiere, su matriz moderna (y su deriva posmoderna), expresada de manera tan clara en la génesis ideológica de las declaraciones de derechos y en las metas políticas revolucionarias que su conjunción ha producido en sus distintas etapas hasta nuestros días³⁴. Suponen, además, y gratuitamente, una evaluación positiva de algo negativo: que los derechos humanos (con toda su deriva subjetivista) ocupan la misma función que los antiguos derechos naturales, a través de los cuales se leía el orden profundo de las cosas.

3. *Democracia y derecho natural*

Otro falso retorno del derecho natural es representado por la idea, tan común, de que el régimen que denominamos “democracia” constituye el modelo de orden justo para las sociedades políticas. Se trataría de un régimen cuyas reglas permiten superar todos los inconvenientes del pasado: un sistema donde la población es efectivamente la detentadora del poder y participa de las decisiones

pues es en “el concepto normativo de persona” donde se debe encontrar esa “comunidad de valores” que solo la “práctica social” de los derechos humanos hace nacer y que es la característica de la modernidad. Para una lúcida crítica del personalismo, CASTELLANO (2007) pp. 1-164 y SEGOVIA (2021) pp. 273-302.

³² HERVADA (1982) p. 251.

³³ *Op. cit.* p. 253.

³⁴ Para una fundamentación de esta tesis, entre otros, ALVEAR (2018) pp. 14-386 y SEGOVIA (2004) pp. 1-100.

más importantes relativas a la conducción del país; un sistema que garantiza la libertad y la igualdad, el pluralismo y la alternancia en el poder, el respeto por las minorías, y los comicios libres, auténticos y soberanos.

Desde el ángulo estructural, el relato moderno presenta al régimen que designa como “democracia” como el mejor sistema, dada su alternativa contraria, la “autocracia”. Así las cosas, la democracia se ve revestida por tres notas esenciales, constituyendo un todo opuesto a la autocracia. Se trataría de una estructura de poder construida desde abajo (pueblo) hacia arriba (autoridades), en tanto que la autocracia organizaría el Estado desde arriba hacia abajo. Segundo, en la democracia regiría el principio de la soberanía del pueblo, mientras que en la autocracia se impondría el precepto de la soberanía del dominador o detentador del poder. Y tercero, en la democracia el ejercicio del poder se encontraría limitado por la división de poderes y la garantía del respeto a los derechos fundamentales, mientras que la autocracia se sustentaría en la concentración de poderes, no respetando los derechos fundamentales en la gran mayoría de los casos.

Este relato tan común sobre la democracia no busca tanto exponer una teoría como crear un mito. Corresponde, más bien, a lo que el filósofo español Rafael Gambra llama “democracia axiomática”. Veamos como la describe:

“La democracia liberal viene a ser la consagración oficial del exilio como forma permanente de gobierno e ideal humano: la negación de un cimiento estable para la sociedad, la extirpación de las raíces, la supresión de los objetivos finales y de la trascendencia, la negación a priori de la sociedad como comunión de una fe y una esperanza, la eliminación de todo punto de referencia en la vida de los hombres. En la democracia moderna las convicciones se convierten en opiniones, el derecho en meramente positivo y circunstancial, y la autoridad en gerencia circunstancial”³⁵.

Más práctico, pero no menos incisivo, Paolo Grossi se pregunta:

“¿Cuál es el verdadero rostro del pueblo soberano que alardean y se jactan las declaraciones revolucionarias? ¿Qué democracia es capaz de realizar un Estado que permanece rígidamente monoclasa (en Italia hasta bien entrado el siglo xx)? ¿Constituye un filtro fiel de la voluntad popular el partido político y hasta qué punto la democracia de partidos es expresión del pueblo soberano? ¿Es satisfactoria, desde el punto de vista de la justicia, la garantía ofrecida por la lega-

³⁵ GAMBRA (1985) pp. 91-92. Para un estudio de la “democracia axiomática” en Rafael Gambra, ALVEAR (2019) pp. 244-246

lidad y la división de poderes? ¿Puede contentar la ley como justicia cuando se reduce a mandato autorizado pero merecedor de cualquier contenido, y por tanto vacío? ¿Por qué la infalibilidad y, consecuentemente, la irresponsabilidad jurídica de los titulares del poder político, frente a pesadas responsabilidades de los titulares del poder administrativo?”³⁶.

Estanislao Cantero observa—para el caso español—cómo muchos iusnaturalistas fueron influidos por la ideología democrática, al punto de sostener una suerte de “iusnaturalismo hasta cierto punto”. Por un lado, se es iusnaturalista sosteniendo que la democracia es el orden político justo, pero, por otro, se sabe que en la democracia moderna nada quede fuera del ámbito de lo decidible. Por tanto, también entra dentro de lo decidible el propio derecho natural. Y es que la democracia moderna, por su propia constitución, no reconoce que el derecho positivo —acordado por mayoría— deba someterse ni a la ley natural ni al derecho natural.

Estos iusnaturalistas transaccionales quedan, entonces, a medio camino, en una suerte de limbo:

“Se produce un discurso paralelo entre, por una parte, lo que exige el derecho natural y ha de efectuarse en un sistema auténticamente democrático, y, por otra, lo que realmente realiza el régimen democrático moderno (el vigente) que prescinde de toda referencia al derecho natural [...] Un discurso sobre la teoría de una democracia inexistente, en lugar de un discurso sobre la realidad de la democracia existente”³⁷.

Nada ahorra constatar que la heterogénesis del discurso sigue presente, entre una democracia que se desea (y que se idea) y la praxis de una democracia real (la vigente) que no solo por imperativo sociológico, sino por cuestión de principios filosóficos (y teológicos) extrae todas sus consecuencias en sentido contrario al orden natural.

Los iusnaturalistas transaccionales formulan críticas a la democracia moderna. Pero, observa una vez más Estanislao Cantero, no alcanzan al sistema.

“Por ello resulta sin verdadera fuerza una crítica que es solo teórica al no ir al núcleo del problema, que está en el inmanentismo de la democracia moderna, y, por ende, en su Constitución; en su voluntarismo, en su imposible armonización de valores, en su inadmisión de la naturaleza, y por ende, de la naturaleza humana, de la *natura rerum*

³⁶ GROSSI (2003) p. 18.

³⁷ CANTERO (2001) p. 720.

y de la *natura rei* [...] Más allá de lo opinable –con lo que se puede discrepar, pero se ha de acatar y cumplir una vez decidido– está lo indecidible –aquello que necesariamente es de un modo y no de otro, aunque por el mal obrar humano se haga otra cosa– lo que es justo de un modo y no puede serlo de forma contraria”³⁸.

IV. EL DERECHO NATURAL Y LA CRÍTICA AL PROGRESISMO JURÍDICO

Hay otro aspecto donde se puede constatar un retorno al derecho natural, como instancia perenne de crítica al derecho contemporáneo, en la medida en que este va demoliendo el orden natural por una regulación perversa del orden político, de las relaciones sociales, de la familia y de la actividad económica, entre otros tantos aspectos.

1. La crítica al sistema político moderno

La crítica en esta dimensión tan gravitante ha sido llevada a su máximo empeño, durante décadas, por representantes de la Escuela Hispánica del Derecho Natural, desde Francisco Elías de Tejada a Miguel Ayuso, desde Juan Vallet de Goytisolo a Ricardo Dip o Juan Fernando Segovia, por citar solo alguno de los nombres representativos.

Destacaremos, por tanto, otros aspectos donde la crítica se vuelve oportuna de cara a las tendencias que se observan en los últimos años.

2. La crítica a la demolición de la familia y de la persona

Dado que el asalto a la comunidad política y a la sociedad se encuentra casi consumado, el proceso se ha centrado en los últimos años en la familia y en la persona, últimos reductos del orden natural. De ahí que en la legislación positiva de los países occidentales se van introduciendo normas que atentan de un modo cada vez más directo contra los fundamentos naturales de la familia. Ya no se trata solo del divorcio o del aborto: el primero hace parte de la cultura, el segundo aún lucha por ello.

En los años recientes surge toda una floresta legislativa sobre la eutanasia, el falsamente denominado “matrimonio igualitario”, los “derechos sexuales y

³⁸ CANTERO (2001) p. 724.

reproductivos”, la “educación sexual integral”, la no discriminación de género, la supresión práctica de la patria potestad, la asfixia de las funciones sociales de la familia, etc. Junto a ello el adoctrinamiento en las ideologías antinaturales de la posmodernidad en las escuelas, las universidades, los medios, la industria del entretenimiento y en la cultura de masas. Emerge una tendencia creciente a aplicar las agendas de los movimientos de liberación homosexual (que culmina en los *Radical faeries*), las teorías de género (*gender studies*), el feminismo de tercera y cuarta ola, el antiespecismo, el indigenismo, la “teoría crítica de la raza” (*critical race theory*), el transhumanismo, etcétera.

La liquidación de lo femenino y de lo masculino, la demolición de la maternidad y la paternidad, la erosión del significado de la filiación, la derogación de todas las autoridades naturales junto al progresivo evanecer de la distinción específica entre el ser humano y el animal, constituyen una de las tantas dimensiones de este ataque radical contra el orden de lo creado, afectando tanto las posibilidades futuras de la familia como el desenvolvimiento normal de la personalidad humana.

En el caso del transhumanismo, nos encontramos frente a un intento de anulación del estatuto ontológico de la persona, como en el indigenismo, asoma la derogación tramposa de la cultura y de la civilización cristiana, así como de la herencia de la Antigüedad greco-romana³⁹.

La escuela clásica del derecho natural (que se extiende, en este punto, a la doctrina de la ley natural) constituye una cantera riquísima para enfrentar argumentalmente estas ideologías.

3. Las estrategias deconstructivas

Otro de los campos cooptados por las ideologías posmodernas es el lingüístico. Para ver cómo opera el avance de estas doctrinas antinaturales, hay que volver atrás y considerar la teoría del lenguaje propuesta por Ferdinand de Saussure.

La teoría del lingüista suizo parte por repudiar la concepción natural del lenguaje, su práctica usual y tradicional. Con ello inaugura el estructuralismo lingüístico. El lenguaje ya no tendría como función describir o reflejar la realidad; las palabras ya no constituirían símbolos representativos de las co-

³⁹ El “indigenismo” (cuya dimensión negativa es la “descolonización” religiosa, cultural, política y económica) es de factura europea y estadounidense, pero es en América hispánica donde se ha difundido con mayor holgura. DUSSEL (2014) pp. 199-220, intenta sintetizar las propuestas fundamentales de la “descolonización”. En este contexto, las identidades nacionales son “construcciones sociales conscientemente producidas”, “correlación de fuerzas mantenidas”, que van cambiando con el paso del tiempo, en la medida en que una o más fuerzas coaligadas se imponen hegemónicamente. El “indigenismo” busca liderar la redefinición de las identidades nacionales, construyendo o articulando un poder hegemónico. Véase GARCÍA (2014) pp. 10-75.

sas. El vínculo de la palabra con la cosa es reemplazado por el vínculo entre el significante (imagen visual o acústica) y el significado (concepto evocado por esa imagen). Y, a su vez, el significado depende de las prácticas culturalmente codificadas del medio donde se desarrolla el sistema lingüístico. Si en lenguaje tradicional la palabra ‘fábrica’ significa un edificio donde se lleva a cabo la producción (que es la realidad referida), en la teoría de Ferdinand de Saussure, el vocablo ‘fábrica’ es un signo que incluye la misma palabra ‘fábrica’ (que hace de significante) y la idea (el significado) de un inmueble que se diferencia de otras cosas por los códigos culturales asignados a él. El significado no se origina en una palabra que hace de sustituto de un objeto, representándolo en su ausencia; se crea al interior de una estructura social de relación y de diferencia. Es esa relación lo que permite distinguir entre una fábrica, una casa de campo, una oficina o un parque de diversiones. Tras la variabilidad –y arbitrariedad– del lenguaje se esconde una estructura social que unifica todos los significados en torno a referentes más profundos, no necesariamente explícitos. Descubrir esas estructuras es el objetivo del estructuralismo⁴⁰.

El posestructuralismo avanza un paso más en el arte de la demolición. Sostiene que no hay nada parecido a una estructura subyacente. Como diría Jacques Lacan, bajo un significante hay “nada”. Tampoco el lenguaje es un sistema de relaciones y diferencias que se construye a partir de un conjunto único de signos. Las relaciones entre significantes y significados se afirman y se reajustan de manera permanente, puesto que las palabras se recontextualizan incesantemente, al albur de una creación infinita de textos. Toda fijación de significado es un proceso que no conoce fin; es un espacio de lucha donde compiten distintos intentos políticos de hegemonía, creándose, además, significados alternativos y temporales. Tantos textos, tantos significados. Un ejemplo, desde el ángulo feminista aclarará la cuestión.

“El significado de la palabra *mujer* en el contexto de *marido, hogar y familia*, es muy distinto a su significado en el contexto *lesbiana, trabajo y política*. Las luchas políticas feministas pueden considerarse un multiplicador de los contextos y significaciones de *mujer*, que en el proceso desestabilizan aquellos significados inmóviles asociados a un orden patriarcal”⁴¹.

⁴⁰ GIBSON-GRAHAM (2017) pp. 95-110. Las autoras formulan una analogía entre las teorías lingüísticas de Ferdinand de Saussure, las culturales de Claude Lévi-Strauss, las económicas de Karl Marx y las psicoanalíticas de Sigmund Freud, con ese celo gnóstico por descubrir las estructuras subyacentes –la verdad última– de la realidad enmascarada. “J. K. Gibson-Graham” es un seudónimo de las geógrafas económicas feministas Julie Graham y Katherine Gibson.

⁴¹ Para la cita en español seguimos la traducción castellana en GIBSON-GRAHAM (2002) p. 274.

Es en este horizonte donde aparecen los nombres de Jacques Derrida, Michel Foucault y Judith Butler. Las doctrinas que han formulado son más o menos conocidas. Acá nos interesa destacar cómo elementos de esas doctrinas se utilizan ahora y, de un modo explícito, como estrategias políticas para que el lenguaje deje de reflejar el orden natural, lo cubra y lo pervierta.

Este carácter estratégico ha sido estudiado por las ya nombradas Julie Graham y Katherine Gibson. Destacan, en primer lugar, cómo el antifundamentalismo y el antiesencialismo son inherentes a la epistemología posestructuralista.

“Una epistemología antifundamentalista se rehúsa a considerar el conocimiento como algo ‘basado en la realidad’ o que está encargado de ser reflejo de o reflejar el mundo. En vez de ser un reflejo que depende de una realidad independiente, el conocimiento posestructural es un proceso social que interactúa plenamente con otros procesos sociales y naturales que constituyen la vida social. La epistemología antifundamentalista está relacionada directamente con una ontología antiesencialista [...] El conocimiento no es un *reflejo verdadero* sino una fuerza productiva y constitutiva. Aunque los conocimientos no pueden ser diferenciados de acuerdo con un mayor o menor grado de precisión –su éxito o fracaso para reflejar el mundo–, sí pueden distinguirse por sus efectos: los diferentes sujetos a los que otorgan poder, las instituciones y prácticas que permiten, al igual que aquellos que excluyen o suprimen”⁴².

Las palabras, por tanto, son una cuestión de conquista y conservación de poder. Un instrumento para cuestionar las “ideas recibidas” y las “prácticas dominantes”. Hay que derrumbar el poder del viejo mundo conquistando el lenguaje y resignificándolo⁴³. Las autoras exponen, sin tapujos, tres “estrategias” que se han utilizado a tales efectos: la deconstrucción de Jacques Derrida, la genealogía de Michel Foucault y la performatividad de Judith Butler⁴⁴.

⁴² GIBSON-GRAHAM (2002) pp. 264-265. Un ejemplo con la palabra (que no la realidad) ‘mujer’: “Si la palabra *mujer* no *corresponde* directamente a un ser humano femenino genérico, su significado no puede entenderse como fijado por una equivalencia esencial que unifica a todas las mujeres. Al contrario, la palabra *mujer* se resignifica cada vez que se recontextualiza. No hay un concepto esencial, fundamental o invariable de *mujer* que ancle la palabra, sino una infinidad de contextualizaciones que proveen lecturas múltiples y contradictorias de lo que es o puede ser mujer”.

⁴³ Rafael Gamba observó el año 1983 la tendencia de la última etapa de la modernidad para superar la utilización significativa del lenguaje, rumbo a su explotación primariamente emocional o directamente mítica. A tales efectos, anunció la “remitificación” del lenguaje. GAMBRA (1983) pp. 111-116. Véase ALVEAR (2019) pp. 57-60.

⁴⁴ “El posestructuralismo, declaran, asigna un nuevo papel a la teoría, considerándola como una intervención política. El conocimiento posestructural da forma a la *realidad* en vez de

Jacques Derrida utiliza la deconstrucción para invalidar lo que denomina “metafísica de la presencia” o “logocentrismo”, esto es, el pensamiento occidental fundado en los primeros principios, particularmente el principio de identidad y de no contradicción⁴⁵, que impondrían la necesidad de producir significados con estructura binaria (positivo/negativo; A/no A; fábrica/no fábrica; masculino/femenino). Esto supone una especie de mentira lingüística, pues funda el discurso en esencias o identidades estables, que solo subsisten porque la positividad (el ser y su presencia) de los significados se construye a costa de la oposición y exclusión (el no ser y su ausencia), esto es, negando, devaluando, volviendo invisible al otro. Esta operación se produce lingüísticamente a través de un “significante maestro” (‘fábrica’, sitio de producción, que se opone a todos los otros sitios predefinidos como de no producción), que consolida la estructura binaria, dándole a lo positivo un mayor grado de realidad, independencia y consecuencia que su contraparte negativa (“masculino” produce una cadena alineada de términos dominantes sobre lo “femenino”)⁴⁶.

Las autoras constatan que la estrategia deconstructiva de Jacques Derrida es parte de un “proyecto político” que busca “crear espacios de *heterogeneidad radical*”, pensando las diferencias “por fuera de las estructuras binarias y jerárquicas”. Se cambia, primero, la jerarquía de valores, para luego:

“desdibujar los límites entre los términos, socavando la solidez y fijeza de la identidad/presencia, mostrando cómo el *otro* excluido se encuentra incrustado de tal forma dentro de la identidad primaria que su diferencia resulta insostenible [...] La presencia *interna* del otro excluido vuelve la identidad algo poco familiar, vaciándola de significado”.

Ya no existe un significado maestro para fijar los conceptos a significantes específicos: el signo ya no personifica totalmente un significado esencial. El significado siempre está incompleto y en proceso, creado y recreado dentro de textos y contextos distintos⁴⁷.

reflejarla pasivamente. La producción de nuevos saberes es una actividad que cambia el mundo, reubicando otros saberes y validando nuevos sujetos, prácticas, políticas e instituciones”. GIBSON-GRAHAM (2002) p. 272.

⁴⁵ Jacques Derrida intentaría abatir tres principios fundamentales: *la ley de la identidad y la presencia del ser* (“si un edificio es fábrica es una fábrica”); *la ley de la no-contradicción que establece la identidad en relación con su “otro”* (“si una cosa es una fábrica, no puede ser también una no-fábrica”); y *la ley de exclusión del medio* (“fábrica y no-fábrica contienen todas las posibilidades de una situación dada”). En conjunto, estas *leyes* nos dan objetos/identidades estables, circunscritos y que se constituyen mediante una negación de todo lo que no es *fábrica*. GIBSON-GRAHAM (2002) pp. 265-266.

⁴⁶ El “programa” de Jacques Derrida, junto a sus conceptos claves, en DERRIDA (1967) pp. 15-118.

⁴⁷ GIBSON-GRAHAM (2002) p. 268.

Vamos ahora a Michel Foucault. El filósofo francés utiliza su “genealogía” para cuestionar el “discurso”, esto es, el sistema lingüístico que justifica una serie de significados que pretenden ser verdaderos y universales, y que, sin embargo, no son más que una representación del poder dominante⁴⁸. No existe la verdad ni la universalidad de los juicios. Lo que llamamos verdad es solo la aceptación y normalización de un significado que ha sido construido y mantenido por un sistema determinado de conocimientos, instituciones y prácticas sociales. Y así, “fábrica” tiene validez dentro del discurso de la industrialización; y “hombre”, dentro del discurso patriarcal.

Para Michel Foucault toda teoría o sistema de significados genera violencia, porque excluye, prohíbe o niega. De ahí la necesidad de denunciarlos a través del análisis genealógico del discurso: este se forma para producir y ejercer el poder a través de aparatos de regulación donde prevalecen técnicas de disciplina y vigilancia corporal (fábricas, escuelas, prisiones, etc.), que ayudan a organizar la vida diaria.

Los discursos dominantes someten a los individuos a fuerzas poderosas que se encuentran fuera de su control. Son las fuerzas que llevan a valorizar ciertas concepciones de la vida o de la moral. Y es que toda construcción de significado es una representación del poder que: “se encuentra trazada en el lenguaje, grabada sobre el cuerpo y re-constituida continuamente en la vida social”. Estamos ante una filosofía de la sospecha destinada a verterse contra el orden del ser. Pero también ante una estrategia para invalidar el discurso sobre el orden natural y cristiano. Pues no solo hay que desmontar, sino crear los discursos alternativos, los antinaturales, para luego normalizarlos y validarlos. O como afirman J. K. Gibson-Graham se trata de abrir “espacios para la proliferación y multiplicidad de discursos que puedan crear sujetos capaces de resistir y reconstituir el (nuevo) poder de diversas formas”⁴⁹.

De ahí la propuesta de Judith Butler y de los teóricos “queer” de multiplicar discursos alternativos que deroguen el discurso dominante sobre el género. La estrategia utilizada pasa por seleccionar y difundir enunciados que tengan capacidad “performativa” (del inglés *performative*), esto es, que puedan convertirse en acción y transformar el entorno. Se busca volver normal o cotidiano el uso de los nuevos significados, anulando, al mismo tiempo, las posibilidades de uso de los significados opuestos o, aun, distintos. Un ejemplo entre muchos: cada vez menos hablar de “madre”, cada vez más hablar de “persona gestante”. Al insistir permanentemente en esta última expresión, se vuelve casi una nueva realidad (ocupa por eliminación el lugar de ella en el lenguaje y en el trato social), mientras se anula la realidad insustituible: el vínculo entre mujer y maternidad⁵⁰.

⁴⁸ FOUCAULT (1991) pp. 53-72.

⁴⁹ GIBSON-GRAHAM (2002) p. 270.

⁵⁰ Judith Butler define la “performatividad” como la “práctica reiterativa y citacional por medio de la que el discurso produce los efectos a los que da nombre”. BUTLER (1993) p. 2. Para

Destacan J. K. Gibson-Graham que a través del lenguaje “inclusivo” o de conductas simbólicas “queer” se pretende “salir de”, “atentar contra” o “subvertir” lo “heteronormativo”, que son las normas y reglas sociales que la normalidad impone; las que corresponde a los “estereotipos” (hombres y mujeres; masculino y femenino). Hay que “desestabilizar la asignación de sexo, género o sexualidad” y “las categorías binarias de género que sirven de soporte a la heterosexualidad obligatoria”⁵¹.

La “identidad de género” del hombre y de la mujer se practica por medio de la representación *–performance–* repetitiva de ciertos actos. Entonces, si el género hombre/mujer debe ser “re-presentado” de manera continua con el fin de asegurar su fijeza aparente o su supuesta realidad estable; es necesario seguir análoga estrategia para destruir culturalmente dicha estructura binaria. Hay que crear aperturas por fuera del orden “heteronormativo” a través de las que emerjan sujetos *queer*.

No hay en el ser humano un dato natural previo que respetar: la identidad se crea de forma artificial.

“La identidad siempre está en construcción y se compone parcialmente mediante las prácticas diarias y discontinuas que dejan espacios abiertos para la (re)invención y la *perversión*”⁵².

Podemos concluir que, si estas ideologías de veta posestructuralista pretenden derogar, a su modo, el orden natural a través de las estrategias referidas, es casi una exigencia para ellas el pervertir ambientalmente a los hombres mediante el lenguaje y los signos, a fin de que el sello vital de lo natural no se exprese o no surja. Y del lenguaje, los signos y los comportamientos sociales se pasa a la normativa jurídica o, viceversa, a través de la normativa jurídica se imponen formas de lenguaje “performativo”.

Una vez más, es desde la cantera del derecho natural (también, esta vez, de la ley natural) donde puede volver a tener lugar un lenguaje apropiado con legitimidad jurídica.

esta autora, ciertas realidades naturales no existen. Son configuraciones culturales (como el género hombre y mujer) que sustituyen “lo real”, logran “auto-naturalizarse” y en virtud de ello es que lo percibimos como normal o real (en su jerga, se convierten en hegemónicas en el sistema). “La univocidad de género, la coherencia interna del género y el marco binario para sexo y género son ficciones reguladoras que refuerzan y naturalizan los regímenes de poder convergentes de la opresión masculina y heterosexista”. BUTLER (2007) p. 99.

⁵¹ GIBSON-GRAHAM (2002) p. 271.

⁵² *Op. cit.* p. 277.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2015): "La crítica conservadora al discurso de los derechos humanos de la Declaración francesa de 1789", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XLV: pp. 341-371.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2018): *Crítica al discurso de los derechos humanos* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2019): *Drama del hombre, silencio de Dios y crisis de la Historia. La filosofía antimoderna de Rafael Gamba* (Madrid, Dykinson).
- AYUSO, Miguel (2001): "Derecho público y derecho natural", en Ayuso, Miguel (ed.), *El derecho natural hispánico* (Córdoba, Caja Sur Publicaciones).
- AYUSO, Miguel (2005): "Las aporías presentes del derecho natural (de retorno en retorno)", *Verbo* n.º 437-438.
- BUTLER, Judith (1993): *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of "Sex"* (London, Routledge).
- BUTLER, Judith (2007): *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad* (Barcelona, Paidós).
- CANTERO, Estanislao (2001): "Panorama del derecho natural en España", en Ayuso, Miguel (ed.), *El derecho natural hispánico* (Córdoba, Caja Sur Publicaciones).
- CANTERO, Estanislao (2023): *El realismo jurídico de Juan Vallet de Goytisolo* (Madrid/Barcelona, Marcial Pons).
- CASTELLANO, Danilo (2007): *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane).
- DERRIDA, Jacques (1967): *De la Grammatologie* (Paris, Les Éditions de Minuit).
- DONADÍO, María Celestina (2011): *La Nueva Escuela de Derecho Natural* (Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Facultad de Filosofía y Letras).
- DUSSEL, Enrique (2014): *Filosofías del sur y descolonización* (Buenos Aires, Docencia).
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco (1973): "La cuestión de la vigencia del derecho natural", en Puy, Francisco (ed.), *El derecho natural hispánico* (Madrid, Escelicer).
- FINNIS, John (1980): *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press, second edition).
- FOUCAULT, Michel (1991): "Politics and the study of discourse", in Burchell, Graham; Gordon, Colin and Miller, Peter (editors), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality with Two Lectures and an Interview with Michel Foucault* (Chicago, University of Chicago Press).
- GAMBRA, Rafael (1983): *El lenguaje y los mitos* (Madrid, Speiro).
- GAMBRA, Rafael (1985): "El exilio y el reino. Hacia una auténtica renovación cultural", *Verbo* n.º 231-232.

- GARCÍA LINERA, Álvaro (2014): *Identidad boliviana. Nación, mestizaje y plurinacionalidad* (La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional).
- GAUCHET, Marcel (1990): *La Révolution des droits de l'homme* (Paris, Gallimard).
- GIBSON-GRAHAM, J. K. (2002): "Intervenciones posestructurales", *Revista Colombiana de Antropología* vol. 38.
- GIBSON-GRAHAM, J. K. (2017): "Poststructural Interventions", in Sheppard, Eric & Barnes, Trevor J., *A Companion to Economic Geography* (Oxford, Wiley-Blackwell).
- GROSSI, Paolo (2003): *Mitología jurídica de la Modernidad* (Madrid, Trotta).
- HERVADA, Javier (1982): "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho", *Persona y Derecho* n.º 9.
- MARTÍNEZ VALLS, Néstor (2020): "Observaciones críticas acerca de *Natural Law and Natural Rights*, de John Finnis", *Persona y Derecho* vol. 82.
- OLLERO, Andrés (1990): "Los derechos humanos: entre el tópic y la utopía", *Persona y Derecho* vol. 22.
- ORREGO, Cristóbal (2001): "John Finnis: controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural", *Acta Philosophica* vol. 10 fasc. 1.
- PUY, Francisco (1989): "Los derechos en la Declaración de 1789", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VI.
- RADBRUCH, Gustav (2007): *Filosofía del derecho* (Madrid, Reus).
- RELLO, Manuel (2019): "La fórmula Radbruch sobre el derecho extremadamente injusto". Disponible en <http://revista.reicaz.es/n-016/la-formula-radbruch-sobre-el-derecho-extremadamente-injusto/> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2023].
- ROMMEN, Heinrich (1947): *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (München, Hegner-Bücherei).
- ROMMEN, Heinrich (1956): *El Estado en el pensamiento católico* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos).
- SEGOVIA, Juan Fernando (2004): *Derechos humanos y constitucionalismo* (Madrid, Marcial Pons).
- SEGOVIA, Juan Fernando (2009): "Crítica de la teoría del acceso práctico a la Ley Natural desde la perspectiva de Santo Tomás de Aquino", *Verbo* n.º 477-478.
- SEGOVIA, Juan Fernando (2021): "El vaciamiento de la persona en el personalismo y la posmodernidad", *Verbo* n.º. 593-594.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1994): *Metodología de la determinación del derecho I (parte histórica)* (Madrid, Consejo General del Notariado, Centro de Estudios Ramón Areces).
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1996): *Metodología de la determinación del derecho II (parte sistemática)* (Madrid, Consejo General del Notariado, Centro de Estudios Ramón Areces).

VALLET DE GOYTISOLO, Juan (2001): "Panorámica introductoria al derecho natural hispánico", en Ayuso, Miguel (ed.), *El derecho natural hispánico* (Córdoba, Caja Sur Publicaciones).

VIOLA, Francesco (2012): "Los derechos humanos ¿son derechos naturales?", *La Judicatura* n.º 3.

WEINREB, Lloyd L. (1987): *Natural Law and Justice* (Cambridge, Harvard University Press).

Jurisprudencia citada

CORTE SUPREMA (2013): sentencia rol 12.355-11, 24 de abril de 2013.

SEMBLANZA DE DOS JURISTAS ROMANOS,
PAPINIANO Y ULPIANO,
GLORIA Y CAÍDA
DE DOS HOMBRES HONESTOS
EN TIEMPOS DE CRISIS

PROFILE OF TWO ROMAN JURISTS,
PAPINIAN AND ULPIAN,
GLORY AND FALL OF TWO HONEST MEN
IN TIMES OF CRISIS

*Eduardo Andrades Rivas**
*Sebastián Jahr Feltes***

RESUMEN: En este artículo estudiaremos sucesivamente la vida de dos de los más grandes jurisconsultos romanos, Papiniano y Ulpiano. Luego de una descripción común introductoria, que destaca los múltiples puntos en común que tuvieron en sus vidas, más allá de haber sido maestro y discípulo, describiremos su vida, el entorno histórico preciso en el que se desarrolló su acción pública y jurídica, el denominado Principado, que llegaba a su crisis y final, durante los años de gobierno de la dinastía imperial de los Severos, las principales obras de ambos, con referencia particular a la más importante de cada una de ellas, y la explicación de un texto jurídico propio de cada uno.

PALABRAS CLAVE: Papiniano, Ulpiano, dinastía Severa, principado, *Libri responsorum*, *Liber singularis regularum*.

*Abogado. Doctor en Historia del Derecho. Profesor titular de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Concepción, Chile. Correo electrónico: eandrade@udd.cl

** Abogado. Licenciado en Derecho, Universidad del Desarrollo. Profesor ayudante de investigación y profesor de Seminario de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, Concepción, Chile. Correo electrónico: sjahrfe@udd.cl

ABSTRACT: The article successively studies the life of two of the greatest Roman jurists, Papinian and Ulpian. After a common introductory description, which highlights the multiple points in common that they had in their lives, beyond having been a teacher and a disciple, their life is successively described, the precise historical environment in which their public and legal action was developed, the so-called Principatus, which reached its crisis and end, during the years of government of the imperial dynasty of the Severians, the main works of both, with particular reference to the most important of each of them, and the explanation of a legal text of each one.

KEYWORDS: Papinian, Ulpian, Severian Dynasty, principatus, *Libri responsorum*, *Liber singularis regularum*.

INTRODUCCIÓN

La Roma imperial bajo los Severos (193-235) corresponde a un punto culminante en la evolución política del mundo antiguo, del que proviene nuestra cultura. Al decir de la escuela de los Anales, se trata de una encrucijada entre dos tiempos diversos en la historia de Roma, el Principado, que entraba en crisis y el surgimiento de un régimen político más inestable, el Dominado, con tendencia al absolutismo y que haría eclosión tras un periodo de gran convulsión, la anarquía militar del siglo III.

Y, en paralelo con este mundo políticamente convulso y violento, hemos de recordar que nos encontramos en el término del periodo de mayor desarrollo del derecho clásico romano que se cierra a fines de 230 y es testigo de la desaparición, virtualmente universal, de los jurisconsultos.

En el lapso que media entre el nacimiento de Papiniano, en 140, a la muerte de Ulpiano, en 223 o 228, se produjo tal cantidad de desafíos para la sociedad romana, que un observador desprevenido se sorprendería de que el Imperio hubiese podido sobrevivir doscientos cincuenta años más.

Ambos juristas se encuentran profundamente relacionados, tanto en lo personal como intelectual y político, pues Papiniano fue el maestro y mentor de Ulpiano, ambos cultivaron en forma brillante la jurisprudencia, escribieron una obra vasta y de alcances universales y, tristemente, compartieron el mismo trágico final, siendo asesinados como consecuencia de las vicisitudes políticas de su tiempo.

Los dos compartían una actitud de serenidad frente a la adversidad y mantuvieron sus principios aun a costa de su vida. Podrían haber esquivado el peligroso juego político de su tiempo, dedicándose solo a la vida de juristas o abogados, pero optaron por poner todos sus talentos al servicio de Roma, ci-

vilización a la que profesaron una lealtad y admiración sin límites, a fin de asegurar el retorno de la paz y los buenos gobiernos que habían caracterizado al Imperio en los siglos anteriores. Lamentablemente, ello se reveló imposible. Papiniano sucumbió con dignidad y valentía ante los dictados y caprichos de un gobernante mentalmente perturbado como Caracalla y Ulpiano pagó con su vida el intento por poner orden en el gobierno y el ejército, siendo muerto ante la mirada atónita del emperador Alejandro Severo, que no pudo hacer nada para defenderlo.

Tras la muerte de estos dos grandes, los pocos hombres de talento jurídico que restaban en las altas esferas del gobierno romano optaron por retirarse de manera discreta al ejercicio de su profesión legal. No hubo más intento de juristas por enderezar el rumbo del Imperio ni rectificar la conducta moral y personal de sus gobernantes. En efecto, es notoria la ausencia de opiniones y juicios en el ámbito del derecho público que sean posteriores a la desaparición de Papiniano y Ulpiano.

Además, es de notar el grave hecho de la desaparición de gran parte de su obra, por especial decreto imperial en el caso de Papiniano y por el virtual caos político que se produjo tras la muerte de Ulpiano. Cuántas obras de enorme valor intelectual se perdieron para siempre es algo que nunca lamentaremos demasiado.

Revisemos la vida de estos dos hombres, que intentaron con honestidad aportar su talento al servicio de la Roma a la que amaban.

VIDA Y ENTORNO DE EMILIO PAPINIANO

Papiniano, cuyo nombre resuena a través de los siglos hasta llegar a nosotros, como el más grande de los jurisconsultos romanos, nació en pleno principado romano. En los tiempos del gran emperador Antonino Pío (138-162). Fue originario de Emesa, provincia de Siria.

Sus padres fueron Hostilio Papiniano y Eugenia Gracilis. Un texto posterior lo convirtió en pariente directo de la emperatriz Julia Domna, mujer de Septimio Severo y, por consecuencia, en un protegido del augusto, pero Teodoro Mommsen demostró que esta afirmación es apócrifa¹.

Tras una infancia y juventud muy estimulada por preceptores que le despertaron tempranamente el interés por la cultura jurídica romana, lo vemos entrar al servicio de los escalafones funcionarios imperiales, en tiempos de Marco Aurelio (162-180).

¹ Véase *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* (1929) p. 1069.

No tenemos información de cuántos años pasó en su natal Siria ni de quienes fueron sus principales maestros. Tampoco de la edad a la que llegó a vivir y estudiar a Roma².

Se sostiene³ que habría sido discípulo de Quinto Cervidio Scévola, pero carecemos de antecedentes directos que lo comprueben.

Su entrada en el servicio imperial o, más bien, en la administración fiscal del Imperio se habría producido como miembro del “consejo fiscal”, órgano creado en el reinado de Adriano (117-138). Allí debió destacar en el ejercicio de sus funciones públicas pese a su juventud⁴. Algunos sostienen que bajo el gobierno de Cómodo habría comenzado sus funciones como auxiliar en el Pretorio⁵.

Ya en tiempos del primer Severo (193-211), fue nombrado asesor del prefecto del Pretorio, *magister libellorum*⁶ y, finalmente, prefecto del Pretorio, es decir, primer ministro imperial⁷. Es en este tiempo en el que Emilio, encontrando el tiempo entre sus muchísimas tareas de gobierno, escribió gran parte de sus *Quaestiones* y *Responsa*. Se ha sostenido que las primeras habrían sido en parte compuestas en una primera versión antes del reinado de Septimio Severo, pero la mayoría datan precisamente de sus tiempos. Por su parte, las segundas se habrían compuesto durante los años conjuntos de reinado entre Severo y Caracalla⁸.

El Emperador decidió asociar a sus hijos al poder supremo en 209⁹. Desde ese momento en adelante, ambos comenzaron una carrera declarada por apoderarse del trono de su padre. Papiniano influyó para que Severo perdo-

² Véase COSTA (1894) p. 48 ss.

³ Es lo que afirma categóricamente Emilio Costa en su clásico estudio sobre el jurista, véase *op. cit.*, p. 5.

⁴ Véase CLARK (1902) pp. 19-20.

⁵ Véase MCN Biografías.

⁶ Literalmente significa “maestro de peticiones”, cargo que comenzó siendo en su origen un secretario de peticiones anexo al prefecto del Pretorio. Las funciones del *magister libellorum* consistían en revisar las peticiones escritas que eran hechas al Emperador por personas particulares y darles debida respuesta mediante la redacción de los respectivos rescriptos imperiales firmados por el Emperador. Desde el reinado de Adriano esta función fue confiada a ciudadanos de rango ecuestre y como muchas de las misivas y peticiones al Augusto concernían a cuestiones jurídicas, el encargado solía ser un abogado como el propio Papiniano o Ulpiano. Véase OXFORD REFERENCE (2005).

⁷ E.C. Clark sostiene que este nombramiento debería haber acaecido tras la caída del poder del anterior jefe del Pretorio, Plauciano, en 203. Véase CLARK (1902) p. 20. Por su parte Emilio Costa sostiene que el nombramiento como prefecto del Pretorio debería haberse verificado en 208, tras la expedición de Septimio Severo a Britannia. Véase COSTA (1894) p. 8.

⁸ Véase CLARK (1902) p. 21.

⁹ Véase LAZO (2013).

nara a Caracalla por un atentado fallido con contra de su padre, pero esto no le valió la predisposición del joven Príncipe.

Tal fue la confianza de Septimio Severo en su prefecto, que en su testamento le encomendó la educación de sus dos hijos y sucesores, Marco Aurelio Antonino Basiano, llamado "Caracalla"¹⁰ y su hermano menor, Publio Septimio Geta, jóvenes de veintidós y veintiún años, respectivamente. Misión que, por desgracia, no pudo cumplir por la violencia desatada entre los dos augustos de la nueva dinastía. El emperador Severo falleció a inicios de 211 en Britannia, en la ciudad de Eboracum¹¹. Los jóvenes emperadores que lo sucedieron retornaron de inmediato a Roma, dando inicio a una frenética lucha por el poder.

Y no alcanzó a pasar un año cuando la tragedia golpeó a la familia imperial. Tras una serie ininterrumpida de desencuentros, discusiones airadas, peleas que llegaron a los golpes, intentos de envenenamientos mutuos, magia negra y otras prácticas degradantes, los dos emperadores acudieron a las habitaciones de la emperatriz madre, Julia Domna y en presencia de esta, incapaz de contenerlos, Caracalla se abalanzó sobre su hermano menor y le dio muerte clavándole su espada. Otros sostienen que obligó a sus guardias a ultimar a su hermano.

Los hechos posteriores al magnicidio del joven Emperador a manos de su propio hermano son también confusos. Algunas fuentes sostienen que Caracalla obligó a su madre y a los servidores del palacio a jurar que había sido Geta quien le atacó primero y que al defenderse le dio muerte. Otros elaboran un relato más detallado: Caracalla habría dado gritos de auxilio al tiempo que abandonaba rápidamente el palacio imperial, pretextando que querían darle muerte. Se refugiaría en el Pretorio, en medio de las tropas más leales y ahí les habría ido comunicando primero en forma parcial y luego con un discurso más elaborado que solo había salvado la vida de milagro, hiriendo de muerte a su hermano homicida. Junto con estas explicaciones un tanto pueriles, que se difundieron en forma veloz por la ciudad y que llegaron a los oídos del Senado, Caracalla ofreció a los soldados una gigantesca gratificación en oro si lo apoyaban¹². Este factor inclinó la balanza en su favor. Se permitió repartir miles de sestercios por cada soldado, lo que le hizo dilapidar en horas el tesoro imperial tan arduamente reunido por su padre, Septimio Severo. Esa misma noche se presentó ante el Senado para justificarse, pero lo hizo vestido con una coraza militar bajo sus ropajes senatoriales y acompañado de una numero-

¹⁰ Por la capa roja que solía usar como ornamento de origen militar sobre su túnica.

¹¹ La actual York.

¹² Véase Elio ESPARIANO, *Historia Augusta*, Antonino Caracalla, 2,6.

sa guardia armada, que se situó entre los bancos de los senadores¹³. Esto causó el estupor de los padres concriptos, pues era del todo impensada la irrupción de soldados en la Curia Julia desde los lejanos tiempos de las guerras civiles entre Mario y Sila.

Enseguida hizo llamar al prefecto del Pretorio¹⁴ y tras repetirle su versión de la muerte de Geta, le encomendó justificar el crimen ante los senadores¹⁵, que se encontraban debatiendo sobre lo sucedido, en medio de una gran inquietud. Es el momento crucial en la vida del anciano jurisconsulto. Papiniano no vaciló y pronunció esa frase que sus primeros biógrafos y también los de Caracalla registraron: “Non tam facile parricidium excusari posse quam fieri... aliud est parricidium accusare innocentem occisum”¹⁶. Ciertamente sabía que eran las palabras que le llevarían a la muerte, pero no vaciló¹⁷. Estaba decidido a exponer el magnicidio en el mismo Senado¹⁸. Caracalla, preso de la cólera más sanguinaria, ordenó de inmediato su ejecución, mediante la espada¹⁹, aunque al parecer se le ultimó con un hacha, decapitándolo. También ordenó la muerte del hijo de Papiniano, que desempeñaba el cargo de cuestor²⁰ y de to-

¹³ Véase Elio ESPARCIANO, *Historia Augusta*, Antonino Caracalla, 2, 9-11.

¹⁴ Algunos autores han sostenido inexactamente que Papiniano habría estado en el exilio en Britannia y que habría sido llamado a Roma, lo que resulta por completo inverosímil. Véase MCN Biografías.

¹⁵ Véase COSTA (1894), p. 19.

¹⁶ Es más fácil cometer un parricidio que justificarlo... y otro crimen acusar a un inocente asesinado. Véase ESPARCIANO, Elio, *Historia Augusta*, Caracalla, 8, 6.

¹⁷ “Difícilmente Papiniano desconocía el carácter y los modos de Caracalla; todo lo contrario, los conocía y muy bien, dada la cercanía que había tenido con su padre y con él mismo. Por otra parte, nada en el carácter de Papiniano nos habilita a creer que poseía una confianza desmedida y obnubilante en su prestigio; por el contrario, el carácter legendario que adquiere la figura de Papiniano en los años que siguen inmediatamente a su muerte ponen de relieve su carácter lacónico, reflejado también en la forma de sus respuestas, panorama que hace difícil conjeturar una confianza desmedida en la virtud protectora de su prestigio. Más razonable es estimar como probable el conocimiento que Papiniano tenía del talante del emperador y que, por esta razón, debió prever el riesgo al que se exponía al contradecir su deseo. Siendo así las cosas, lo ejemplar de la actitud de nuestro jurista, es que su respuesta es al mismo tiempo una opción a favor de la conciencia; su inteligencia y juicio habían estado siempre al servicio de una idea del Derecho, dentro de la cual el asesinato no podía aspirar a ser otra cosa y menos a pretender ser revestido de juridicidad”. Véase LAZO (2013).

¹⁸ En la *Historia Augusta*, Elio Esparciano niega esta versión, recordando que un prefecto del Pretorio no tenía permitido usar de la palabra en el Senado. Para el biógrafo de Caracalla, la razón del asesinato sería sencillamente que Papiniano era partidario de Geta. Véase Elio ESPARCIANO, *Historia Augusta*, Antonino Caracalla, 8, 7.

¹⁹ Véase CLARK (1902) p. 22.

²⁰ Elio Esparciano se explaya sobre su relación con el hijo de Papiniano y de este testimonio debemos entender que existía algún vínculo de amistad entre el joven cuestor y Caracalla, pues

dos los senadores y magistrados que podrían apoyar la causa del jurista y Geta. La *Historia Augusta* afirma que pereció también Valerio Patruino, coprefecto del Pretorio junto a Papiniano, quien fue ultimado en el Foro Romano, frente al templo del divino Antonino²¹. Se dice que esa misma noche fueron ejecutadas sobre veinte mil personas²². Del supuesto “partido” de Geta, que no pasaba de ser una delirante invención de Caracalla, no quedó nadie. Hasta las estatuas y testimonios públicos sobre Geta fueron deliberadamente destruidas y borrados, como su inscripción en la estela conmemorativa del arco del triunfo de Septimio Severo, ubicado en el centro del foro romano. Caracalla llegó, incluso, a consagrar la espada con la que cometió su fratricidio al dios Serapis²³.

No obstante, que damos por cierto el contexto general de los hechos narrados sobre la muerte del jurista, existen muchos detalles en los que las fuentes discrepan. El análisis más detallado sobre los mismos fue publicado por Emilio Costa a fines del siglo XIX. Entre todas estas dudas se han planteado diversas fechas para datar la ejecución y muerte de Papiniano, su hijo y allegados, pero la que parece más verosímil es la de febrero de 212²⁴.

También ha existido discusión acerca de la edad del jurista en el momento de su asesinato. Una inscripción, que se demostró posteriormente apócrifa, cifraba su edad en poco más de treinta y seis años, lo que sería imposible, atendidos los hechos que conocemos de su larga carrera como funcionario imperial y por haber sido su hijo cuestor en el momento de los homicidios. Todo apunta a que Papiniano tenía entre sesenta y setenta y dos años en el año de su ejecución²⁵.

De la suerte corrida por su familia y parientes carecemos de toda información. Es posible que fueran asesinados junto con el jurista y su hijo o que algunos de ellos pudieran salvarse, pero esta hipótesis carece de todo apoyo documental o epigráfico.

La tragedia para la historia del derecho romano, es que Caracalla ordenó, también, la destrucción de la casa de Papiniano con todos sus bienes dentro, incluida su vasta biblioteca, de la que no quedaron sino cenizas. Así se demostró nuevamente, cuan feble y efímero es el soporte material de nuestra cultura, el papel.

este le ofreció un espectáculo público de gladiadores con motivo de su nombramiento como magistrado, tan solo tres días antes de tener lugar el magnicidio de Geta. Véase Elio ESPARCIANO, *Historia Augusta*, Antonino Caracalla, 4, 2.

²¹ Véase Elio ESPARCIANO, *Historia Augusta*, Antonino Caracalla, 4, 2.

²² Véase GONZÁLEZ y RODRÍGUEZ (2019) p. 61.

²³ *Ibid.*

²⁴ Véase COSTA (1894) p. 34.

²⁵ *Op. cit.* p. 37 ss.

Aun así, fue reconocido por su genio, elegancia, originalidad y por la consistencia lógica de sus comentarios. Se le dio, con justicia, el nombre de “príncipe de los jurisconsultos”, con el que lo conocemos hasta hoy.

Contó con dos talentosos asesores que le siguieron en el *cursus honorum* imperial, Ulpiano y Paulo, que más que rivales fueron eficaces colaboradores. El primero de ellos siguió el destino trágico del maestro, como veremos en el apartado siguiente.

En la *Historia Augusta*, texto compuesto muchos años después del asesinato de Papiniano, el supuesto biógrafo de Severo, Elio Esparciano, no ahorra elogios al jurista, al que califica como “asilo del derecho y tesoro de la ciencia de la jurisprudencia”²⁶. Teófilo lo apodó “jurisconsulto excelentísimo” y Casiodoro le llamó “*legum armarium*”. Por su parte, la ley 30 sobre los fideicomisos del *Código de Justiniano* lo denominó “un hombre de ingenio muy agudo”.

Asimismo, varios siglos después, en tiempos de decadencia de la cultura jurídica e imperial, su nombre fue honrado por los emperadores Valentiniano III y Teodosio II que dictaron la llamada Ley de Citas, que dispone que la opinión jurídica u *opinio iuris* de Papiniano prevalecería sobre las de otros grandes jurisconsultos en caso de que no hubiera mayoría clara o existiera empate.

Siglos pasaron hasta que nuevamente su nombre fuera pronunciado en forma reverente por otros juristas, los glosadores boloñeses del siglo XII que, respetuosos del maestro, lo pusieron de nuevo a la cabeza de los insignes jurisperitos romanos.

De hecho, en el plan de estudios de los jóvenes alumnos de derecho, el tercer año correspondía al análisis de las Respuestas de Papiniano, por lo que sus estudiosos eran llamados “papinistas”²⁷.

Y de allí su fama se proyecta sobre la cultura jurídica occidental, múltiples estatuas suyas decoran los palacios de justicia de Europa y América y sus opiniones son estudiadas, todavía en el presente siglo XXI, por los nóveles alumnos de derecho en nuestros claustros universitarios.

OBRA

La producción intelectual de este extraordinario hombre de derecho ha llegado a nosotros desgraciadamente fragmentada. En efecto, de los libros escritos por el preclaro jurista no quedó uno solo completo. Solo se salvaron breves

²⁶ Véase Elio ESPARCIANO, *Historia Augusta*, Severo, 21, 8.

²⁷ Véase CLARK (1902) p. 29.

párrafos que demuestran su genio sin igual, pero que nos hacen envidiar a los romanos de su tiempo que conocieron vastamente sus libros publicados. La mayor parte de esa pequeña fracción superviviente quedó registrada en textos incorporados en el *Digesto* de Justiniano más algunos muy breves textos dispersos, como el famoso párrafo sobre el contrato hipotecario, que confirma su original sentido jurídico²⁸.

De lo que nos es posible reconstruir estimamos que fue autor de:

- a) Treinta y siete libros sobre *Quaestiones*.
- b) Diecinueve libros *Responsorum*.
- c) Dos libros de *Definitionum*.
- d) Dos libros de *Adulteriis*.
- e) Un *liber singularis* sobre el tema anterior.
- f) Un libro escrito en griego titulado *Astinomicum*, cuya versión latina es *De Officio Aedilium*.

Las *Cuestiones* fueron escritas en el reinado de Septimio Severo y consisten en exposiciones doctrinarias propias sobre muy diversas materias de derecho. Los *libri responsorum* los editó entre los reinados de Severo y Caracalla y consisten en diversos casos donde se exponen sus principales características y se entregan las respuestas o soluciones. Sus tratados sobre *adúlteros*, fueron estudios sobre la famosa *Lex Julia de Adulteriis*, en los que expone sus principales opiniones sobre la misma y la tramitación de los juicios por adulterio²⁹.

En el *Astinomicum* explicaba los derechos y deberes de los magistrados municipales o ediles.

Su obra sobre el contrato de hipoteca, uno de sus trabajos más importantes ha sobrevivido muy reducidamente en los textos del *Digesto*.

Del total de citas que contiene el *Digesto*, 595 corresponden a Papiniano, material de gran importancia, pero de mínima cuantía atendido lo que conocemos de su abundante obra total.

Aparte de los fragmentos referidos es muy poco lo que podemos agregar: hay un par de textos menores que fueron conservados en la famosa fuente del derecho romano vulgar *Collatio legum mosaicarum et romanarum* (*Comparación de las leyes mosaicas y romanas*).

²⁸ Es particularmente interesante el que Papiniano extendería la hipoteca sobre todo un patrimonio o un conjunto de bienes: *Digesto*, 20, 1.1 pr.: “Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito difficiliter creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilius erit possidenti retentio”. Sobre el particular consúltese; ÁLVAREZ (2021) p. 1291.

²⁹ Véase *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* (1920) p. 1069.

De un pergamino que fue encontrado en Egipto y que contiene textos provenientes de los libros V y IX de los *libri responsorum*, el profesor Krueger publicó en 1879 fragmentos adicionales correspondientes al libro I, más tarde, en 1883, Daresté publicaría los fragmentos del libro IX.

En el final del *Breviario* de Alarico se contiene también un fragmento del libro I de las *Respuestas*. Igualmente, unos pocos fragmentos del libro III de las *Quaestiones* están contenidos en el *Exabiblos* de Harmenopulos.

Y los borgoñones se basaron en textos del jurista para crear la *Lex Romana Burgundionum*, llamada también *El Papiano*, en honor de nuestro autor³⁰.

Finalmente, unos pocos fragmentos se contienen en los *Textes* publicados por Girard en 1903, aunque ellos también se encuentran recogidos en forma parcial en la *Collatio legum*³¹.

El juicio que han hecho los estudiosos de su pensamiento destaca de forma unánime la sencillez y elegancia de su estilo, su capacidad de aplicar los principios jurídicos abstractos a los casos concretos que se le sometían, de lo que dan cuenta sus *libri responsorum*, igualmente, es necesario destacar que fue el jurisconsulto que mayor importancia otorgó a la dimensión ética del derecho, que se expresó en una moral más elevada propia de su época. Inauguró una nueva forma de enseñar el derecho de la que se beneficiaron sus numerosos alumnos y seguidores. No sabemos si Ulpiano y Julio Paulo estuvieron entre ellos, pero ambos, asistentes suyos en el Pretorio, lo consideraban su maestro. Lo que sí es lamentable, es que con su ejecución sumaria y, más tarde, la de Ulpiano, la profesión de jurista, por igual magistrado y profesor, llegaría a su fin. Los estudiantes de Papiniano fueron perseguidos y muchos de ellos, para salvar sus vidas, abandonaron el derecho. Y con esto se puso fin al brillante periodo histórico en que Roma ofreció a la civilización occidental el ejemplo de una cultura jurídica en permanente evolución.

LOS *LIBRI RESPONSORUM*

Como tuvimos oportunidad de decir, los *Libri Responsorum* fueron una obra de la etapa final de la vida del jurista, escritos entre los reinados de Septimio Severo y de Antonino Caracalla (204-212)³², labor que seguramente quedó interrumpida antes de su conclusión por el asesinato de Papiniano por órdenes del Emperador. Es también sabido que, para esta época el jurista disfrutaba

³⁰ Véase MIRABAL (2022).

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

del *Ius publice respondendi*³³, por lo que sus respuestas o dictámenes eran particularmente apreciados.

Aunque no disponemos de ningún ejemplar que haya permitido conocer su texto completo, sabemos que se trató de un texto dividido en diecinueve libros y son numerosos los fragmentos de esta obra que fueron incluidos y salvados del olvido en el *Digesto* por obra de Triboniano en el siglo VI. De allí que se afirma que este libro del insigne autor fue conocido en toda la antigüedad tardía y se le estimó como el más importante dentro de sus pares³⁴.

Al parecer los primeros cuatro libros se redactaron hacia el 206 y los cinco últimos fueron redactados entre la muerte del emperador Severo, en febrero de 211 y el asesinato del mismo Papiniano en 212³⁵.

Sus “respuestas” podían ser tanto de carácter concreto, planteadas a casos reales o hipotéticas, formuladas para responder cuestiones de naturaleza teórica.

Spósito Contreras, recordando al biógrafo clásico de Papiniano, Emilio Costa, sostiene que los supuestos africanismos en el latín empleado por el jurista no son prueba de un origen africano, pues era términos que ya se usaban antes de su tiempo³⁶. Asimismo, destaca que tanto Paulo como Ulpiano formularon comentarios a la obra y que lejos de criticar a su maestro, continuaron con sus argumentos.

Se ha destacado que Papiniano fue un autor dotado de gran independencia de criterio, pese a sus cargos como funcionario imperial, y que todas sus “respuestas” estaban siempre presididas por la búsqueda de soluciones equitativas³⁷.

FRAGMENTO ESCOGIDO:

DE LEGIBUS SENATUSQUE CONSULTIS ET LONGA CONSUETDINE,
DIGESTO, I, III, I:

Como ya dijimos, es en el *Digesto* de Justiniano donde se contiene la más importante colección de contencioso, con énfasis en las acciones, sus sujetos y

³³ *Ex auctoritate princeps*, es decir, el derecho de dar sus opiniones o respuestas a cuestiones jurídicas con autoridad oficial imperial. Institución que fuera establecida por Augusto y que, desde Adriano, los emperadores otorgaban a los jurisconsultos que reunían los méritos intelectuales, morales y profesionales que, a su juicio, los hacían dignos de tal distinción.

³⁴ Véase GIOMARO (2016) pp. 7-75.

³⁵ Véase CLARK (1902) p. 21.

³⁶ Véase SPÓSITO (2020).

³⁷ Véase MIRABAL (2022).

concluyendo con los interdictos. Es de esta obra antológica que extraemos el siguiente texto:

Texto original latino:

“Papinianus libro I. Definitionum.-
Lex est commune praeceptum, virorum prudentum consultum, de-
dictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coërcitio, commu-
nis reipublicae sponsio”³⁸.

Traducción española

“Papiniano; Definiciones, libro I.-
La ley es precepto común, decreto de hombres prudentes, corrección
de los delitos que por voluntad o ignorancia se cometen, y pacto co-
mún de la república”³⁹.

La definición de ley que nos ha dejado el brillante jurista merece un análisis por diversas razones aparte de hacer evidente la concepción filosófica aristotélica que impregnaba su pensamiento:

En primer lugar, pues destaca uno de los atributos que, hasta hoy, en pleno siglo XXI, asignamos a las leyes, su generalidad. Es una cuestión que no resulta solo descriptiva, si no que se trata de una característica que la separa de otras normas escritas, que son meramente particulares.

Luego, sostiene que se trata de una obra de hombres prudentes o sabios, que es lo que siglos más tarde nos diría santo Tomás de Aquino en su propia definición de ley: “dada y otorgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”.

En tercer término, afirma que la ley está destinada a corregir los delitos que se cometan, ya sea por dolo o culpa, que es una de las misiones que tanto *Las 7 Partidas* como el *Código Civil* de Chile reiteran para los preceptos legales al indicar que ellas “prohíben”.

Y, por último, define a las leyes como un “pacto común de la república”, lo que destaca que la ley es el fruto de un acuerdo social amplio, sea que la apruebe directamente el pueblo en comicios o plebiscito o sus representantes, los magistrados o el Senado.

Así, el concepto de ley atraviesa las épocas y evoca la larguísima tradición que une a Roma con nuestra sociedad.

³⁸ Original transcrito de sitio web académico The Latin Library. Disponible en www.the-latinlibrary.com/justinian/digest1.shtml (25-11-22).

³⁹ *Digesto* I, 3, 1. Para la traducción española hemos usado la versión de Ildefonso García del Corral, en su clásica traducción del *Corpus Iuris, Instituciones*, I, 3, 1. Véase JUSTINIANO (1988) p. 209.

VIDA Y ENTORNO DE CNEO DOMICIO ANIO ULPIANO

El tiempo de Ulpiano es el que media entre los últimos años del gran Principado Antonino, bajo el reinado de Marco Aurelio (161-180) y los decenios de la cuarta dinastía imperial, la de los Severos (193-235). Es un tiempo de contradicciones en la cultura, sociedad y política del Imperio. Por una parte, extinguida tras los doce años de gobierno de Cómodo (180-192), la portentosa dinastía Antonina, el Imperio romano atravesó épocas turbulentas de guerra civil, hasta que, en 193, logró imponerse Septimio Severo (193-211), que restauró el orden y la vigencia de la ley y fundó una nueva dinastía, la Severiana. No obstante, la cultura jurídica romana alcanzaba sus mayores cotas de desarrollo. Sería bajo el reinado de Severo, su hijo Caracalla, Heliogábalo y Alejandro Severo, que actuarían los grandes juristas Papiniano, Ulpiano, Paulo y Modestino. De hecho, habitualmente consideramos que la época clásica del derecho romano (230) concluye prácticamente al mismo tiempo que el Principado de Alejandro Severo (235)⁴⁰.

Las fuentes históricas, dentro de las cuales se encuentran los propios escritos de nuestro autor, nos informan que Ulpiano pertenecía a una antigua familia provincial romana de rango ecuestre, de origen sirio. Por testimonio propio, recogido en el *Digesto*, sabemos que su origen fue la importante y antigua ciudad de Tiro. No tenemos evidencia de que haya nacido en Tiro o que sus antepasados fueran originarios de la ciudad⁴¹, pero no cabe duda de que pertenecía a la nobleza provincial de Oriente. Se ha fijado su nacimiento entre los años 170 a 172.

Tiro fue creada colonia romana y la totalidad de su población elevada a la plena ciudadanía romana en tiempos del emperador Septimio Severo, tras la corta guerra civil en la que el emperador africano se impuso a sus rivales⁴². Ello permitiría a sus miembros migrar a la urbe romana, disfrutando de la plenitud de los derechos que les significaba ser poseedores de la ciudadanía.

El nombre del jurista es conocido gracias a un famoso descubrimiento epigráfico realizado en Civitavecchia, en el puerto de Santa Marinella, donde existió una gran villa romana. En 1838-1839 se produjo el hallazgo de una fistula de plomo o tubería que lleva la inscripción “CNDOMITIANNIVLPANI” que prueba que la villa fue adquirida por Ulpiano o fue un regalo del emperador Alejandro Severo. La inscripción se descompone en Cneo Domicio Anio Ulpiano⁴³.

⁴⁰ El Emperador fue asesinado el año 235 y con él terminó el reinado de su familia, para dar inicio a la llamada anarquía militar.

⁴¹ Véase PADILLA (2012) p. 11 s.

⁴² *Op. cit.* p. 11.

⁴³ *Op. cit.* pp. 11-15.

Sabemos también que su labor de jurista comenzó bajo el reinado de Septimio Severo y, con mayor influencia, en el reinado de Antonino Caracalla (211-217). Es un tiempo en el que los juristas influyen con sus opiniones y dictámenes tanto en los tribunales como en la política⁴⁴. Sus primeras funciones fueron las de asesor del consejo imperial, desempeñándose como secretario, encargado de redacción de edictos, decretos y cartas de respuesta de peticiones dirigidas al Emperador. En tal función ostentó el cargo de *magister scrinii*⁴⁵, es decir, jefe de oficina en la cancillería imperial, que se encargaba de dar tramitación a las aludidas peticiones, magistratura que equivaldría a la de un subsecretario de gobierno de nuestros días.

Hacia el año 203 había sido nombrado asesor de su maestro Papiniano⁴⁶, cuando este era prefecto del Pretorio, cargo que sirvió hasta 212. En este tiempo escribió dos de sus más conocidas obras: *Ad Sabinum* y *Ad edictum praetoris*. Caracalla lo nombró secretario o *magister libellorum*⁴⁷, función que continuó sirviendo bajo los primeros años del reinado de Heliogábalo (212-222). Cayó en desgracia ante el Emperador debido a sus críticas a las erráticas conductas y decisiones del tercer Severo⁴⁸. Ello le significó partir al exilio donde continuó con su labor de jurista.

Pero no pasaron demasiados años para que retornara al epicentro del poder imperial. Heliogábalo fue asesinado por los pretorianos en marzo de 222 y el nuevo Emperador, el jovencísimo Alejandro Severo, lo nombró su principal asesor⁴⁹.

⁴⁴ “Los juristas, originalmente eran personas sabedoras del Derecho, que daban sus respuestas gratuitamente a quien se los solicitara, sin otro aliciente que el de ganarse el reconocimiento social, esto es lo que hace que la Jurisprudencia de la época clásica central haya alcanzado tal grado de perfección y haya propiciado que el Derecho romano se convirtiera en un Derecho ejemplar para la posteridad. El esplendor de la época clásica se debe al pensamiento refinado del jurisconsulto, quien por su autoridad e independencia se constituye en el eje alrededor del cual gira el Derecho. A él acude quien tiene un problema jurídico, así le pide consejo el magistrado que desea proponer una ley; igualmente le pide asesoría el pretor, el edil o el juez, frecuentemente desconocedores del Derecho, que tienen que administrar justicia; el particular que va a iniciar un juicio o el abogado, que no tiene profundos conocimientos jurídicos, etcétera.

Los juristas de la época clásica tardía (130 al 230 d. de J.C.) se van incorporando a partir del siglo I en el ámbito de la administración imperial, pero es hasta la segunda mitad del siglo II en que se ven totalmente integrados en aquella, haciendo surgir un nuevo tipo de jurista-burócrata, un experto legal que con frecuencia detenta cargos imperiales”. Véase PADILLA (2012) p. 30 s.

⁴⁵ *Op. cit.* p. 17.

⁴⁶ Afirmación que procede de, Elio LAMPRIDIO, *Historia Augusta*, Alejandro Severo, 26,5-6. f

⁴⁷ Ya se ha indicado que el cargo significa “maestro de peticiones”.

⁴⁸ Véase, Elio LAMPRIDIO, *Historia Augusta*, Heliogábalo, 16.

⁴⁹ Herodiano alude con seguridad a Ulpiano y a Julio Paulo en su *Historia del Imperio romano después de Marco Aurelio*, cuando afirma: “Confirieron la administración y todos los asun-

En efecto, al inicio del reinado de Alejandro (222-235) fue llamado a asesorar al nuevo augusto, de quien antes había sido destacado preceptor. El último Severo le nombró prefecto de la Annona⁵⁰ y, unos meses más tarde, prefecto del Pretorio⁵¹ y en tal autoridad le correspondió desbaratar una conspiración de la Guardia Pretoriana para atentar en contra del Emperador⁵². Las fuentes antiguas sostienen que el verdadero gobierno del imperio habría recaído en sus manos por la minoridad del emperador Alejandro que solo tenía catorce años. Aparentemente Ulpiano habría contado con la confianza de Julia Mamaea y Julia Mesa, madre y abuela del joven augusto, quienes ejercían una decisiva influencia sobre el Emperador.

El jurista habría tomado posesión de su cargo hacia fines del mes de noviembre de 222 según lo demuestra una Constitución imperial de Alejandro Severo de dicha fecha en que ya se le cita en su calidad de prefecto del Pretorio. Desde este momento en adelante la actividad política repletó su tiempo, y su labor como jurista se puso en compás de espera. Los relatos de la *Historia Augusta* afirman que el Emperador lo consideraba una figura clave de su gobierno y por ello delegó en él muchas y complejas responsabilidades de la alta política imperial⁵³. Las cumplió con su habitual honestidad y eficiencia. Mantuvo una política de rigurosidad en la administración pública y trató con dignidad y respeto al Senado, cámara que estaba muy lejos de la excelencia de los viejos tiempos de la república, y que en tiempos de los Severos solo res-

tos, tanto civiles como judiciales, a hombres muy ilustres por sus conocimientos y con gran experiencia jurídica". Véase HERODIANO (1985) VI, 4.

⁵⁰ Prefecto encargado del suministro de trigo y granos (cereales) a la ciudad de Roma y del control de los precios de los mismos. Esta función era de relevancia, pues de él dependía evitar la carestía de pan en la capital imperial. Numerosos prefectos anteriores a Ulpiano terminaron sus días tristemente al descuidar el abastecimiento del vital alimento y enfrentar protestas y disturbios populares donde los ciudadanos les achacaban la falta de suministros. Ulpiano, por el contrario, cumplió con sus deberes en forma particularmente escrupulosa y eficiente.

⁵¹ El Emperador le asignó este nombramiento pasando por sobre el *cursus honorum* habitual, que establecía que para ejercer el Pretorio primero había que pasar por la prefectura de Egipto. Véase GILMART (2010).

⁵² Véase *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* (1929) p. 885. Las relaciones de los emperadores con sus pretorianos habían sido motivo de grandes contradicciones desde la creación de la guardia en los tiempos de Augusto. Los pretorianos, y en especial su prefecto, acumularon enorme poder al rodear al Emperador y a su familia. Unas veces los gobernantes pudieron usar de este cuerpo militar de élite como un eficaz instrumento de gobierno, pero muchas otras se vieron sometidos a su arbitrio y capricho. En tiempos de los Severos no sería diferente. Los pretorianos acabaron con la vida de tres de ellos. Así sería con posterioridad en una relación de precario equilibrio hasta la disolución de la Guardia Pretoriana en tiempos de Constantino I el Grande.

⁵³ Son frecuentes las apelaciones que Alejandro le prodiga llamándolo "amigo mío" o, incluso, "padre mío" señal de gratitud y extrema cercanía con el jurista.

pondía a los intereses de los gobernantes del Imperio. Pero toda esta apariencia de normalidad y civismo enmarcaba fuerzas que complotaban directamente en contra del Emperador y su principal asesor.

Los pretorianos mantenían sus desbordadas ambiciones de controlar el Imperio y por ello, a espaldas del trono, urdieron una conspiración destinada a asesinar al Emperador y reemplazar a sus asesores por hombres de la confianza de la propia guardia. En el centro de esta intriga palaciega estaban los subprefectos pretorianos Flaviano y Chrestus. Infortunadamente para ellos el secreto de sus planes pronto se rompió y la conspiración llegó a los oídos del honesto e implacable prefecto del Pretorio.

Su reacción fue rápida y terminante. Mandó a ejecutar a los dos cabe-cillas, que habían sido sus ayudantes en el gobierno. Decapitaba así a la serpiente que amenazaba la vida del augusto y de la familia imperial, pero sellaba también su propia suerte. Pues cuando terminó con el complot de los prefectos Flaviano y Chrestus y decapitó a la guardia bajo sus órdenes, su propia vida quedó marcada con un destino fatal, ya que los hombres leales a los conspiradores ejecutados determinaron su eliminación y solo esperaron la oportunidad propicia para matarle.

Aun así, como hemos dicho, durante su ejercicio del gobierno, se restauró la autoridad del Senado, se eliminaron muchos de los excesos ocurridos bajo el disparatado régimen de Heliogábalo y se puso coto a la corrupción de los altos funcionarios.

No poseemos noticia sobre la fecha exacta de su muerte ni de las circunstancias precisas que la rodearon. Solo tenemos certeza de su violencia y de algunos datos personales de los responsables.

Algunos nos indican que como no es mencionado en el álbum de Canusium de octubre de 223, al momento de confeccionarse el listado ya se habría producido su muerte. Aunque no existe seguridad sobre el punto. Podría tratarse de una simple omisión.

Siguiendo a Dion Casio, otros sostienen que se habría producido en 228, pues los pretorianos se habrían quejado ante el propio Ulpiano de la conducta demasiado dura de Dión como gobernador de Panonia.

Dión adjudica la responsabilidad en el asesinato de Ulpiano a un tal Epagathus, que fuera nombrado prefecto en Egipto hacia 224. Por lo que Ulpiano debió morir antes de este nombramiento, en el verano de 223⁵⁴.

Nos queda la afirmación de Dión Casio sobre la muerte de Ulpiano recién en 228, pero se ha pensado que puede ser un error de los copistas posteriores de sus escritos, especialmente del monje griego Lones Xilifino.

⁵⁴ Así lo afirma Gilmart en sus notas sobre la vida del jurista. Véase GILMART (2010).

A todas las dudas planteadas se suma el descubrimiento, en 1896 en Egipto, de los exploradores Bernard Grenfell y Arthur Hunt, que encontraron en El-Bahnasa unos papiros con viejos textos griegos, los famosos *papiros de Oxirrinco*. Al respecto, el papiro signado con el número de folio 2565 menciona y confirma expresamente, tal como acabamos de indicar, a Epagato como prefecto de Egipto, a mediados de 224, con lo que en tal fecha Ulpiano debería haber fallecido antes de su designación en tal cargo político, como hemos dicho, en 223⁵⁵.

De lo que no existe duda es de que los pretorianos no habían perdonado a Ulpiano su intervención en el abortado atentado contra Alejandro y que fue esta la causa de su muerte.

El atentado contra el prefecto del Pretorio se produjo de noche y en la domus imperial, pues Ulpiano buscó refugio en las habitaciones del Emperador y de su madre, en medio de un ambiente de graves alborotos públicos. También sabemos que el jurista fue degollado en presencia del propio Emperador, que asistió impotente a la ejecución de su antiguo maestro y principal asesor. Seguramente para salvar su propia vida y la de su familia el Emperador debió someterse a las exigencias de los pretorianos, que permitió que estos volvieran a sus funciones. Como hemos dicho, en los días previos a la muerte de Ulpiano estallaron disturbios entre la población de Roma y los militares, pero tras la desaparición del Prefecto, estos se calmaron, lo que permite suponer que habrían sido instigados por los mismos pretorianos que buscaban crear un clima artificial de ingobernabilidad. También tenemos noticia de lo ocurrido con Epagato. Ocurrido el fatal atentado contra Ulpiano el Consejo Imperial, seguramente instigado por la madre y la abuela del Emperador, determinó que Epagato no sucedería al jurista en la prefectura del Pretorio, sino que se requirió de sus servicios en la lejana prefectura de Egipto. Hasta allí se trasladó el conspirador y desempeñó el cargo al parecer sin grandes complicaciones, pero también, y esto es vital, lejos de sus apoyos pretorianos. Con posterioridad se le requirió para un cargo aún más alejado del poder, el gobierno de la isla de Creta, como nos dice Dión Casio. Allí, carente de todo apoyo militar y político, sería asesinado, no sabemos si por orden del Emperador o de sus formidables madre y abuela.

Con todo, el reinado de Alejandro Severo sería influido directamente por el pensamiento y las políticas de Ulpiano, que siguieron en aplicación durante la vida del último Severo. Así, la muerte violenta segaba la vida de otro granjurista, tras el asesinato de Papiniano a manos de los hombres de Caracalla.

⁵⁵ PADILLA (2012) p. 29.

Años más tarde, en 235, el mismo Alejandro sería asesinado por sus propios soldados en medio de una campaña en contra de los germanos mientras se encontraba en el campamento de Moguntiacum (Maguncia, Alemania).

Domicio Ulpiano ha sido considerado uno de los más grandes juristas de la época clásica romana. Aunque algunos cuestionan la originalidad de su obra y lo consideran más bien un compilador dotado de un estilo claro y preciso. La verdad, parece ser, fue un jurista dotado de una mente sumamente original y dotada de una habilidad única para la sistematización de las instituciones jurídicas con una sencillez expositiva que era, por eso mismo, de gran elegancia. Y con el paso de los años su fama creció hasta ser incorporado entre los juristas de obligada consulta en la Ley de Citas de Valentiniano III y Teodosio II de 426⁵⁶.

Por desgracia, en los turbulentos tiempos en que Ulpiano vivió, no bastaba con el talento, ni con la decencia, valentía u honestidad para morir de viejo. Desde ese momento en adelante la carrera de los pocos juristas que proseguirían su labor estaría siempre amenazada por los atentados motivados por razones políticas, sobre todo si actuaban en el corazón del poder imperial. No es la causa menos importante que explica la desaparición del estamento de los jurisprudentes.

OBRA

La crítica de los historiadores del derecho y de los romanistas respecto de Ulpiano es muy disímil. Algunos piensan que se trataría de un mero compilador de la obra de los juristas alto clásicos anteriores a su tiempo⁵⁷. Alberto Burdese, por su parte, indica que su principal atributo habría sido su gran producción jurídico-literaria, pero carente de la profundidad de los clásicos anteriores⁵⁸. Otros sostienen que habría sido un jurista dotado de singular talento, originalidad y un sentido innato de sistematización que le permitió usarlas y rectificarlas con claridad y sencillez⁵⁹.

Como es habitual en los juristas clásicos, de sus muchas obras, tan solo conservamos una fracción muy menor de ellas. Estimamos que publicó más de 287 libros jurídicos. De ellos destacan:

⁵⁶ Véase ANDRADES (2019) pp. 123-127.

⁵⁷ Véase PADILLA (2012) p. 32.

⁵⁸ Véase BURDESE (2003) p. 41.

⁵⁹ "Las expresiones sencillas de Ulpiano y la amplitud de muchos extractos de sus obras, vuelven el estudio de sus fragmentos una tarea mucho más sencilla que la de escritores como Papaniano. Su amplio conocimiento legal, el buen sentido que poseía y la disciplina de Ulpiano lo colocan entre los primeros de los juristas romanos, ejerciendo una influencia notable en la Jurisprudencia moderna de Occidente". Véase PADILLA (2012) p. 35.

- a) El *Liber singularis regularum*.
- b) Dos libros sobre el edicto de los ediles curules: *Ad edictum aedilium curulium*.
- c) Ochenta y un libros sobre derecho pretorio: los *Ad edictum praetoris*.
- d) Cincuenta y un libros sobre derecho civil: *Ad Saebinum*.
- e) Dos libros sobre las Instituciones de Gayo.
- f) Siete sobre reglas de derecho⁶⁰.
- g) Una obra inconclusa, de gran profundidad jurídica: Los cincuenta y un libros *Ad Masurium Sabinum*.
- h) Una guía o manual de instrucciones para los magistrados y gobernadores provinciales que fue ampliamente conocida en su tiempo: *De officio procunsulis*.
- i) Cuatro libros destinados al estudio de la ley Elia Sencia: *Ad legem Aeliam Sentiam*.
- j) Cinco libros dedicados a la ley Julia de adúlteros: *Ad legem Iuliam de adulteriis*.
- k) Veinte libros sobre las leyes Julia y Papia: *Ad legem Iuliam et Papiam*⁶¹.

De estas obras conservamos casi íntegro el primero, el *Liber Singularis Regularum*, al que le faltan el inicio y la conclusión.

Sobre las Instituciones, el profesor Stephan Endlicher publicó en Viena, en 1835, los fragmentos que se conocen, los que se encuentran muy incompletos.

Tanto su obra de derecho civil *Ad sabinum* como los ochenta y un libros sobre el edicto, *Ad edictum praetoris*, lo posicionan, por sí solo, como uno de los más brillantes jurisprudentes del derecho romano clásico. Sobre este último es conveniente recordar que Ulpiano desarrolló un completo estudio en relación con el edicto pretorio, que incluía fuentes que no habían sido sistematizadas antes, como los senadoconsultos y constituciones imperiales que tenían relación con el mismo. Es también una de las obras jurídicas más extensas de las que tenemos información. Suponemos que gran parte de esta obra fue compuesta bajo los primeros años del gobierno de Caracalla o los últimos de Septimio Severo. 'Los últimos libros fueron compilados por un autor anónimo luego de la muerte de Ulpiano, pero que trabajó con los textos dejados por el jurista'⁶².

En el *Digesto* de Justiniano se conservan algunos fragmentos y extractos de sus obras más importantes. Corresponden a aproximadamente un tercio de los textos del *Digesto* (3003 en total que equivalen a un 41,56 %).

⁶⁰ Véase *Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* (1929) p. 885.

⁶¹ Véase NAVARRO (2015a).

⁶² Véase PADILLA (2012) p. 36.

EL *LIBER SINGULARIS REGULARUM*⁶³

Este libro, también denominado con frecuencia *Tituli ex corpore Ulpiani* o *Epítome Ulpiani*, aparentemente fue escrito en el último periodo de vida del jurista, hacia el 223⁶⁴.

Una vieja disputa sobre su autenticidad ha llenado las páginas de los estudiosos hasta tiempos relativamente cercanos a nuestra época. En efecto, por mucho tiempo se pensó que el *Epítome Ulpiani* era una obra compuesta recién en el siglo IV, entre los años 320 y 342, muy posterior a la vida de Ulpiano.

¿Cuál es la razón de esta aparente insalvable disputa? La verdad, ella radica en un hecho propio de muchos documentos copiados una y otra vez desde la Antigüedad hasta hoy: la conservación del *Liber singularis regularum* fue particularmente ardua, estimándose perdido durante siglos. Se sostiene que este documento original habría sido anexado al *Breviario* de Alarico (506) en el siglo VI, y luego copiado por última vez desde su versión inicial en el siglo X. Esta versión carecía ya del comienzo y del final de la obra. Y el autor de la copia la bautizó como *incipuit tituli ex corpore Ulpiani*⁶⁵. En 1549 el editor Jean de Tillet publicó una versión que se basaba en la copia del siglo X.

Luego, este texto desapareció y se creyó perdido hasta que un ejemplar incompleto fue adquirido por la Biblioteca Apostólica del Vaticano a fines del siglo XVII (1689). Esta copia había pertenecido a la reina Cristina de Suecia, luego llegó a las manos del cardenal Pietro Ottoboni y tras su elección como papa Alejandro VIII, su dueño, el nuevo pontífice, ordenó incorporarlo a las colecciones de la Biblioteca Apostólica. A partir de esa copia se ha editado en sucesivas oportunidades por grandes estudiosos de la historia del derecho, partiendo por Niebuhr y Savigny. Igualmente ha sido traducido a lenguas modernas, siendo la última versión bilingüe española y latina la publicada, en México, por el profesor Julio César Navarro Villegas⁶⁶.

⁶³ Véase KRUEGER (1878) 178 pp.

⁶⁴ “Por el título de la obra nos hallamos ante un manual de reglas jurídicas. La regula es un principio legal abstracto de naturaleza general que se origina ya en la Jurisprudencia, ya en una constitución imperial. Regula est quae rem quae est breviter enarrat (‘regla’ es la ‘frase’ que describe brevemente una cosa que existe); en tal sentido, las reglas legales son formulaciones concisas del Derecho que poseen vigencia; non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod regula fiat (el Derecho no se extrae de la regla, sino que la regla surge del Derecho), resaltando con esto, que la regla por sí sola no crea el Derecho. En el lenguaje de las constituciones imperiales se usa un sinónimo, norma, aunque, como señala Berger, no lo usaron los juristas clásicos”. Véase PADILLA (2012) p. 39.

⁶⁵ Véase *op. cit.* p. 40.

⁶⁶ Véase NAVARRO (2015b) 289 pp.

Por su parte, la reciente investigación del profesor Felice Mercoliano ha demostrado que el texto no fue ni una copia tardía de un texto anterior de Ulpiano, ni un texto que no era de Ulpiano, ni una edición modificada de las *Instituciones* de Gayo, ni un epítome de un pseudo Ulpiano de fines del siglo III, ni una suma de textos dispersos compuesta tras la muerte del jurista, sino una obra original del mismo Ulpiano, con algunas adiciones que se le incorporaron después⁶⁷. A la misma conclusión llega el profesor Julio Navarro Villegas, quien sostiene que el texto “muy probablemente” fue redactado por Ulpiano a principios del siglo III⁶⁸.

Por otra parte, aunque se han detectado semejanzas con las *Instituciones* de Gayo, su redacción va mucho más allá y se estructura sobre la formulación de reglas destinadas a los funcionarios de las cancillerías imperiales⁶⁹. Su esquema expositivo sigue el plan de Quinto Mucio Escévola, que principia por los conceptos jurídicos y fuentes del derecho, luego personas, derechos reales, obligaciones y acciones, contratos y derecho sucesoral. El propósito de Ulpiano era que su obra sirviera de formación preparatoria para los nuevos funcionarios que tendrían con este texto su primera formación jurídica. Pero se trata de un texto que desborda los límites de un simple resumen o epítome. La originalidad de Ulpiano se expresa en sus fórmulas precisas y de depurada lógica jurídica. En buena medida, se indica que el texto es una “guía” o manual de primera consulta, redactada por el jurista para ser revisada por cualquier estudiante o candidato a funcionario de la cancillería imperial⁷⁰.

⁶⁷ Véase MERCOGLIANO (1997) pp. 101-105.

⁶⁸ “El texto... posee las características estilísticas de las obras jurídicas de la época clásica alta, y pese a su estado fragmentado, la transcripción del siglo X fue lo más fiel posible al original del siglo III d.C.”. “La obra puede ser atribuida muy probablemente a Cneo Domicio Anio Ulpiano, quien la redactó en sus últimos meses de vida del año 223 d.C., mientras ocupaba el cargo de praefectus pretorio durante el principado de Septimio Severo”. “El Epítome Ulpiani se diferencia totalmente de las *Instituciones* de Gayo en cuanto a la división de sus títulos y temáticas, en cuanto a la profundidad de temas que trata, a la exclusividad de temas que Ulpiano maneja en obras anteriores y que son ignorados por Gayo, al respeto de Ulpiano por la tradición ligada a la Ley de las XII Tablas, al estilo de redacción sobrio y concreto pero al mismo tiempo de precisión técnica en cuanto a la exposición de temas, propio de un dominio pormenorizado de los mismos, y al desarrollo de temas que Gayo nunca aborda en su tratado, permitiendo todo ello afirmar que estamos muy probablemente ante un texto original, redactado por Ulpiano a principios del siglo III d.C.”. Véase NAVARRO (2015) p. 74 s.

⁶⁹ Véase NAVARRO (2015a).

⁷⁰ Véase NAVARRO (2015b) p. 56.

FRAGMENTO ESCOGIDO:
 DIGESTO, LIBRO I, TÍTULO I, 10:

Texto original latino:

“Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.

1 Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

2 Iurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia”⁷¹.

Traducción española:

“Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.

Los principios del derecho son estos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, y dar a cada lo suyo.

Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto”⁷².

Conocemos bien el fundamento de esta afirmación jurídico-filosófica de Ulpiano. Se basa en la sentencia que él mismo recoge de Celso en *Digesto* I, 1, 1, sobre el significado de justicia: “El arte de lo bueno y de lo equitativo”⁷³.

Su definición de justicia está claramente influida por Celso y también por Cicerón⁷⁴, pues en su fundamento filosófico hay una evidente influencia de orden estoico y neoplatónico. Se afirma que la primera parte está fundada en el derecho natural, y es de naturaleza moral al demandar una conducta honesta, la segunda y tercera, respectivamente, se basarían en el derecho de gentes, al presuponer la vida en sociedad⁷⁵.

Ulpiano parte del supuesto de que justicia y derecho son diversos y la primera es el origen del segundo. Por su parte, la jurisprudencia sería una “verdadera filosofía” en el supuesto de que esta supone una completa dedicación a la sabiduría y porque sus fines y funciones son idénticos⁷⁶.

⁷¹ Original transcrito de sitio web académico The Latin Library. Disponible en www.theLatinLibrary.com/justinian/digest1.shtml (14-12-21).

⁷² Para la versión española hemos usado la versión de Ildefonso García del Corral en su clásica traducción del *Corpus Iuris, Instituciones*, I, 1, 10. Véase JUSTINIANO (1988) p. 199.

⁷³ “Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi”. Traducción española: “Conviene que el que haya de estudiar el derecho, conozca primero de donde proviene la palabra *ius* (derecho). Llámase así de *iustitia* (justicia); porque, según lo define elegantemente Celso, es el arte de lo bueno y equitativo”.

⁷⁴ Están claras sus fuentes en dos obras de Cicerón: *De Legibus* y *De Officiis*.

⁷⁵ Véase CASTRO (2016) p. 119.

⁷⁶ *Op. cit.* p. 123.

Asimismo, esta definición será tomada con posterioridad por los pensadores cristianos que la incorporarán al corpus del derecho canónico. Especialmente, tendrá influencia en santo Tomás de Aquino y en la Escolástica.

CONCLUSIÓN

La obra intelectual de estos dos grandes juristas se perdió casi por completo. Pero subsistió su fama de hombres honestos, valientes y patriotas, tanto que aún hoy estudiamos su carrera y trágico final. Aun cuando de su pensamiento nos queda tan poco, resulta irónico que la mayor parte de los textos jurídicos recogidos en el *Digesto* de Justiniano correspondan a las opiniones de estos dos grandes juristas. Ello demuestra que aún en el siglo VI, tiempo de composición del *Digesto*, por mano del jurista Triboniano (475-542), la fama y prestigio de ambos hombres de estado y derecho era tan portentosa que resultaba menos que imposible omitir lo que sobrevivía de su contribución al derecho clásico romano.

Es por ello que el *Digesto*, en un sentido muy literal, es el mejor monumento a la memoria de ambos juristas. Valga para ellos nuestro reconocimiento, admiración y perenne interés por estudiar su obra.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Mirta Beatriz (2021): "Los derechos reales de garantía en el derecho romano y su recepción en el Código Civil argentino", en Varios autores, *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, tomo V (Madrid, Editorial BOE) 1390 pp. También disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-50128701302 [fecha de consulta: 4 de diciembre de 2022].
- AA.VV. (1990): *Historia Augusta* (trad. Vicente Picón y Antonio Cascón, Madrid, Akal) 784 pp.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo (2019): *Textos fundamentales para el estudio de la historia del derecho* (Santiago, Editorial El Jurista, segunda edición) 744 pp.
- BURDESE, Alberto (2003): *Manuale di diritto privato romano* (Torino, Editorial Unione tipografico-editrice torinese, quarta edizione) 747 pp.
- CASTRO CAMERO, Rosario de (2016): "El jurista romano y su labor de concreción de la justicia", *Persona y Derecho* vol. 74, n.º 1: pp. 117-164.
- CLARK, E. C. (1902): "The great jurist of the world, I.- Papinian", *Journal of the Society of Comparative Legislation* vol. 4, No. 1: pp. 19-30. Disponible en www.jstor.org/stable/751789 [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2022].

- COSTA, Emilio (1894): *Papiniano, Studio di storia interna del Diritto romano*, tomo I: La vita e le opere di Papiniano (Bologna, Ditta Nicola Zanichelli) 412 pp.
- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* (1920): tomo XLI (Madrid, Editorial Espasa Calpe).
- Enciclopedia Universal Ilustrada Europeo-Americana* (1929): tomo LXV (Madrid, Editorial Espasa Calpe).
- GILMART, D. (2010): *Ulpiano*. Disponible en <https://historicodigital.com/ulpiano.html> [fecha de consulta: 23 de mayo de 2022].
- GIOMARO, Anna Maria (2016): "La presencia de Papiniano e Paolo nella formazione giuridica offerta dalle scuole tardo antiche e giustinianeas", *Studi Urbinati, A-Scienze giuridiche, politiche ed economiche* vol. 67, N° 1-2: pp. 7-75.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Hilda Patricia y RODRÍGUEZ JAQUEZ, Miguel (2019): *Breve recopilación de vida y obra de los emperadores y jurisconsultos romanos, Caracalla* (Ciudad de México, Universidad Autónoma de Zacatecas y Colofón Ediciones Académicas) 308 pp.
- HERODIANO (1985): *Historia del Imperio romano después de Marco Aurelio* (Madrid, Biblioteca Clásica Gredos) 346 pp.
- JUSTINIANO (1988): *Cuerpo del derecho civil romano, primera parte Instituta-Digesto*, tomo I (trad. Ildefonso García del Corral, Valladolid, Editorial Lex Nova S.A., edición facsimilar del original de 1889) pp. 988.
- KRUEGER, Paul (ed.) (1878): *Ulpiani liber singularis regularum* (Berlin, Weidmannos) 178 pp.
- LAZO GONZÁLEZ, Patricio (2013): "Papiniano o la conciencia del jurista", *El Mercurio Legal*, 22 de mayo de 2013. Disponible en www.elmercurio.com/legal/movil/de_talle.aspx?Id=902076&Path=/0D/C3/ [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2022].
- MCN Biografías. Disponible en www.mcnbiografias.com/app-bio/do/show?key=papiniano-emiliano [fecha de consulta: 29 de noviembre de 2022].
- MERCOGLIANO, Felice (1997): *Tituli ex corpore Ulpiano: Storia di un testo* (Napoli, Editoriale Jovene Editore) 121 pp.
- MIRABAL CASTRO, Gustavo (2022): "Emilio Papiniano, el número uno de los juristas romanos". Disponible en <https://gustavomirabalcastro.es/derecho/emilio-papiniano-el-mero-uno-de-los-juristas-romanos/> [fecha de consulta: 12 de noviembre de 2022].
- NAVARRO VILLEGAS, Julio César (2015a): "Las reglas de Ulpiano: la cultura jurídica clásica ahora en el mundo digital". Disponible en <http://derechocultura.blogspot.com/2015/06/las-reglas-de-ulpiano-la-cultura.html> [fecha de consulta: 1 de noviembre de 2022].
- NAVARRO VILLEGAS, Julio César (2015b): *Las Reglas de Ulpiano: texto latino-español, estudio introductorio y notas explicativas* (Las Vegas, CreateSpace Independent Publishing Platform) 289 pp.

- OXFORD REFERENCE (2005). Disponible en www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110810105324972 [fecha de consulta: 23 de diciembre de 2021].
- PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo (2012): *Epitome Ulpiani* (México D.F., Universidad Panamericana, tesis doctoral) 268 pp.
- PERNICE, Alfred von (1885): "Ulpian als Schriftsteller", *Sitzungsberichte* No. XXV, Berlin: 48 pp.
- S/A (2007): *The Latin Library*. Disponible en www.thelatinlibrary.com/justinian/digest1.shtml [fecha de consulta: 25 de noviembre de 2022].
- SPÓSITO CONTRERAS, Emilio (2020): "Papiniano: vir excellentis ingenii", *Pluma, Historias del Futuro*, 30 de octubre de 2020. Disponible en <http://uma.edu.ve/periodico/2020/10/30/papiniano-vir-excellentis-ingenii/> [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2022].

LA AMNISTÍA EN CHILE

AMNESTY IN CHILE

*Fernando Saenger Gianoni**

RESUMEN: Durante este artículo busco, en primer término, una revisión doctrinaria de la amnistía, a través de las definiciones y caracterizaciones que distintos juristas han propuesto. Con posterioridad elaboro una caracterización propia, mediante la cual se evidencia y resume lo que este fenómeno jurídico implica, junto con destacar las principales diferencias de otras instituciones similares, como el indulto. Seguidamente, el origen histórico de esta institución dará luces de los problemas y discusiones que toda ley amnistía genera. A continuación, una revisión de las normas más relevantes de la Constitución, *Código Penal y Procesal*, me permite poner en evidencia cómo está regulada esta figura hoy. Así, habiendo revisado la normativa actual, saltaré a la historia de la amnistía en Chile para evidenciar cómo se forjaron estos los textos legales. Por último, tras el repaso histórico del decreto ley 2191, me adentraré con mayor detalle en los matices, evolución y problemas jurídicos que ha suscitado esta polémica institución.

PALABRAS CLAVE: amnistía, indulto, historia constitucional.

ABSTRACT: During this work, I first propose a doctrinal review of amnesty, through the definitions and characterizations that different jurists have proposed. Subsequently, I provide my own characterization, which demonstrates and summarizes what amnesty implies, while highlighting the main differences from similar institutions such as pardon. Following that, the historical origin of this institution will shed light on the problems and discussions that every amnesty has generated. Moreover, a review of the most relevant provisions of our Constitution, Penal Code, and Procedural Code allows us to demonstrate how this institution is currently regulated. Having examined the current

* Abogado. Profesor emérito de Derecho Político y Constitucional de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Expresidente del Comité de Derecho Constitucional de la Federación Interamericana de Abogados. Exvicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Correo electrónico: fsaenger@surnet.cl o fernandosaengerg@gmail.com

regulations, we will delve into the history of amnesty in Chile to demonstrate how the current legal texts were forged. Lastly, a historical analysis of Decree Law 2.191 enables us to expose in detail the nuances, evolution, and legal issues that have arisen from this controversial amnesty.

KEYWORDS: amnesty, indult, constitutional history.

INTRODUCCIÓN

No deja de resultar llamativo cómo la contingencia vuelve a poner en la palestra antiguas instituciones del derecho, como las amnistías y los indultos. En esta línea, el clima político siempre cambiante, y muchas veces circular, obliga a pensar y reflexionar sobre estas instituciones, para entender a cabalidad lo que los distintos sectores de la sociedad pretenden a través de estas normas o prerrogativas.

En la línea anterior, es sabido que se pueden esgrimir una multitud de fines para plantear amnistías o indultos, tales como: dar soluciones institucionales a las distintas crisis políticas; apaciguar los ánimos de la sociedad en momentos conflictivos o intentar imponer un manto de olvido respecto de hechos pasados, según la argumentación que se prefiera seguir. Lejos de entrar en discusiones políticas contingentes, me propongo una revisión doctrinaria e histórica sobre estas temáticas, y de forma particular, sobre la amnistía.

De este modo, y teniendo claro el marco jurídico, las distinciones y lo que han señalado algunas de las voces más importantes del derecho penal y constitucional, se podrá comprender cómo se ha aplicado esta institución en el Chile republicano. Finalmente, una revisión por una de las amnistías más problemáticas de la historia de Chile (decreto ley 2191), permitirá evidenciar los distintos matices y las agudas discusiones que este tipo de leyes suscita.

CARACTERIZACIÓN Y DEFINICIONES

Una primera aproximación a la amnistía requiere definirla, tanto para vislumbrar sus características generales, como para distinguirla de instituciones similares, por ejemplo, los indultos o el perdón del ofendido.

En general, los autores coinciden en que ‘amnistía’, procede de la voz griega ‘*amnésis*’, que significa olvido. El *Diccionario de la lengua española*, por su parte, señala que es: “perdón de cierto tipo de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores”¹.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014) p. 133.

Entrando en definiciones más jurídicas, Luis Jiménez de Azúa, señala:

“Es –la amnistía– el olvido, la declaración hecha por el poder público de que las leyes destinadas a hacer constar que el crimen se cometió, quienes son las personas responsables, cuál es la pena, así como si ésta se hubiese declarado, quedan temporalmente derogadas y sin observancia, pues es la derogación parcial y transitoria de las leyes, respecto de determinados delitos”².

Por su parte, Henri Capitant, define amnistía como:

“medida excepcional por la que se suprimen los efectos normales de la ley penal, prescribiendo el olvido oficial de una o varias categorías de infracciones y quitando todo carácter delictuoso a los respectivos hechos, las persecuciones criminales se tornan imposibles, los procedimientos en curso se detienen y las condenas ya pronunciadas se anulan (con reserva de los derechos de terceros)”³.

En un ámbito histórico, la *Nueva enciclopedia jurídica* en la edición de Carlos Mascareñas, se refiere a ella, caracterizándola en los siguientes términos:

“La amnistía ha sido siempre concedida, con más o menos profusión a través de la Historia. El primer ejemplo claro de la misma lo encontramos en la llamada Ley del Olvido que Trasíbulo hizo votar a los atenienses después de la expulsión de los Treinta Tiranos, ley en virtud de la cual se prohibía molestar a ningún ciudadano por sus actos pasados”⁴.

Para mayor abundancia, Guillermo Cabanelas se refiere a esta institución en los siguientes términos:

“procede este vocablo de un griego parecido, con el significado de olvido, amnesia o pérdida de la memoria. Su aplicación jurídica implica siempre la suspensión de las penas aplicadas o aplicables a ciertos delitos, especialmente de los cometidos contra el Estado o de aquellos que se califican de políticos”⁵.

La Fundación Tomás Moro, a través de su reconocido *Diccionario jurídico España*, se refiere a la ‘ley de amnistía’ de la siguiente forma:

² JIMNEZ DE AZUA (1950) p. 77.

³ CAPITANT (1975) p. 75.

⁴ MASCAREÑAS (1950) pp. 635-636.

⁵ CABANELAS (1981) p. 275.

“Los atenienses dieron este nombre a una ley que ordenaba un recíproco olvido de todas las injurias recibidas durante la guerra, para mejor asegurar la paz.

Procede del griego, que significa olvido, y por eso más que un derecho de gracia, de perdonar, debe ser de olvidar.

Este derecho de perdonar los delitos cometidos se aplicó abundantemente en Grecia y Roma, y en nuestra patria también lo hicieron Carlos V, Felipe II y Felipe V.

Entre las causas que extinguen la responsabilidad penal y que recoge el artículo 112 del Código Penal (Español) figura la amnistía, con que el Estado, que es el único titular del derecho a castigar, renuncia a ello. El delito se tiene por no cometido.

Sus efectos son:

- a) No se pueden perseguir hechos incluidos en la amnistía.
- b) Si se ha impuesto una condena, se considera extinguida y todos sus efectos.
- c) Produce la cancelación de antecedentes penales.
- d) La anterior condena amnistiada no puede tenerse en cuenta para agravar otros que se comentan con posterioridad.
- e) No suele alcanzar a la responsabilidad civil, pues si ésta quedare extinguida, se lesionarían gravemente los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito a la justa reparación del daño causado por infracción penal.

Generalmente se otorga por motivos políticos”⁶.

Llegado este punto, resulta interesante ver cómo han caracterizado los autores chilenos esta institución. Alfredo Etcheberry pone el relieve en los efectos de este tipo de leyes, en el sentido de que una vez decretada, el juez debiese, incluso, abstenerse de dictar sentencia. En este sentido, señala:

“La amnistía es la extinción de la responsabilidad penal por disposición de una ley, que extingue la pena y todos los efectos de ésta. [...]

Ni la Constitución ni la ley definen lo que es una amnistía. Conforme al artículo 93, la amnistía tiene un alcance más amplio que el indulto, puesto que ‘extingue por completo la pena y todos sus efectos’. Luego, no sólo exime la obligación de cumplir la pena, sino que, a diferencia del indulto, borra la calidad de condenado para los efectos de la reincidencia o nuevo delinquiramiento y los demás que determinan las leyes (algunos, penales de carácter especial; otros, políticos o civiles)”⁷.

⁶ FUNDACIÓN TOMÁS MORO (1993) p. CXXXVI

⁷ ETCHEBERRY (1997) p. 248.

Por su parte, Eduardo Novoa Monreal, la define como una forma del derecho de gracia, cuando señala:

“Se habla de un derecho de gracia, constituido por la facultad que se reconoce a autoridades no judiciales para extinguir una responsabilidad penal o para eliminar en todo o parte la pena impuesta por un delito. Formas de este derecho de gracia serían la amnistía [...] Tan completos son los efectos de la amnistía, que pudiera equiparársela a una ficción de no haber existido la ley penal que debió ser aplicada a el o a los individuos que realizaron, con plena responsabilidad penal, los hechos tipificados legalmente”⁸.

Con posterioridad, este distinguido autor sigue caracterizando la institución haciendo énfasis en el contexto histórico en que se decreta.

“Por su raíz histórica y por razones de principio, la amnistía solamente debiera aplicarse a delitos políticos. Se trata de una institución que nació para resolver las dificultades que surgen en los casos de profundos cambios políticos y sociales, especialmente por situaciones revolucionarias o anormales debido a que las leyes anteriores o permanentes no parecen adecuadas para regir las extraordinarias circunstancias que provoca o apoya la voluntad popular [...]”.

Asimismo, la amnistía debiera ser dada con carácter objetivo y general, no en forma personal o individual. Es decir, debiera favorecer a todo un conjunto de hechos punibles semejantes a un hecho determinado, sea que se conozca o ignore el nombre de los que en él intervinieron; designándose este hecho por sí mismo y no por los individuos que lo hayan realizado (por ejemplo, amnistía para las infracciones a la Ley de Seguridad Interior del Estado, o para quienes hayan intervenido en determinada rebelión)⁹.

Como mostraré más adelante, esta caracterización de la amnistía ha resultado contrariada por la jurisprudencia chilena más reciente.

Por último, dentro de los autores chilenos, no puedo dejar de mencionar la opinión de Mario Garrido Montt. Este importante autor, entiende esta institución como:

“Es una forma, junto con el indulto (art. 93 N° 4°), de perdón para el responsable de un delito, establecida en el art. 93 N° 3°. Según esta disposición, se extingue la pena y todos sus efectos siempre e indudablemente que se haya pronunciado sentencia definitiva. Sin embargo,

⁸ NOVOA (1966) p. 439.

⁹ *Op. cit.* p. 441.

la amnistía no tiene limitación en el tiempo para dictarse: puede otorgarse antes de que se inicie el proceso criminal, durante su tramitación y aun después de la sentencia o de cumplida la condena”.

A continuación, el propio Mario Garrido critica:

“Se sostiene que la amnistía es un perdón objetivo y general, referido a hechos y no a situaciones particulares, mas tal característica carece de respaldo sistemático e histórico, pues son frecuentes las leyes de amnistía que se refieren a casos específicos. En realidad la Constitución no contiene tal exigencia, salvo en relación a los indultos, donde diferencia el indulto general del particular. [...] Se sostiene que la amnistía no considera a personas sino hechos y que tiene carácter objetivo; pero se olvida que el Código Penal al consagrar y reglar estas causales alude a ‘responsabilidades’, y éstas siempre suponen personas, aunque sean determinadas”.

Finalmente, el propio penalista se pronuncia sobre la problemática que siempre ha generado la existencia de la amnistía en los distintos ordenamientos, y en este respecto expone:

“Finalmente, es útil señalar que la amnistía es un instituto controvertido, no sólo en la actualidad, sino también en el pasado. Autores como Beccaria, Garofalo, Feuerbach, en su tiempo, criticaron este derecho de gracia, estimando que era una intromisión de otros poderes en la actividad judicial, lo que atentaría a la separación de las funciones del Estado; pero en verdad no hay tal, son funciones distintas: una, la de juzgar, es inherente a los tribunales de justicia, y la otra, la de perdonar, se otorga a los otros órganos del Estado. Además, la realidad sociopolítica ha demostrado y hace aconsejable su mantención, más aún cuando la justicia que imparten los tribunales se realiza en base a normas preestablecidas y susceptibles de error”.

Dicho lo anterior, me corresponde caracterizar el tipo de ley que se viene señalando. La amnistía es una renuncia circunstancial del Estado a su potestad penal en virtud de requerimientos graves de interés público, en general por causas de carácter político, y que tiene por objetivo el apaciguamiento colectivo. Dentro de las características más relevantes, está que es una medida de carácter objetivo y beneficia a todos los que han cometido los delitos que la ley específica, anulando no solo la acción penal, sino, también, la pena, borrando así el delito y sus efectos¹⁰.

¹⁰ Un tratamiento similar de la institución se encuentra en la *Enciclopedia jurídica Omeba* (1954) p. 672.

La amnistía surte efectos antes, durante y después del proceso penal, pues implica una suspensión temporal y relativa de la ley penal. De este modo, esta institución extiende sus efectos, por una parte, a si la comisión del delito fue tentativa, frustrada o consumada y, por otra parte, a si la participación del delito fue en calidad de autor, cómplice o encubridor.

En cuanto a su aplicación, esta debe aplicarse de oficio, pues, como ya señalé, hace cesar la condena y sus efectos. Sin embargo, en delitos permanentes, no puede verse favorecido el delincuente si este se prolonga más allá de la fecha de la dictación de la ley de amnistía.

A su vez, esta institución jurídica es susceptible de ciertas clasificaciones. En primer lugar, la amnistía puede ser *absoluta*, cuando su aplicación no queda sujeta a ninguna restricción o puede ser *condicional*, cuando su aplicación depende del cumplimiento de determinadas cláusulas.

En segundo lugar, hay que distinguir entre amnistías *generales*, que son aquellas que comprenden numerosas clases de delincuentes o a todos los delincuentes de un género. Un ejemplo de esto sería todos los involucrados en procesos de un determinado tipo. En su contrapartida están las *limitadas*, que son las reducidas a determinadas personas o delitos o circunscritas a un territorio determinado.

En tercer lugar, aparece la amnistía *plena*, en cuanto borra todos los efectos y responsabilidades, tanto civiles como penales. Opuesto a lo anterior, están las *relativas*, que expresan limitaciones y excluye ciertos efectos como, por ejemplo, deja abierta la posibilidad de responsabilidades civiles.

En cuarto lugar, cabe recordar que la amnistía despliega su poder abolutivo tanto sobre el delito como sobre la condena. En el primer caso se habla de amnistía *propia*; en el segundo de *impropia*. Pero esta definición tiene escaso valor, ya que, una vez abolida la potestad punitiva poco importa que se dicte o no se dicte condena irrevocable o que la pena sea purgada de forma parcial.

Por último, es pertinente evidenciar cómo la jurisprudencia chilena también ha definido expresamente la amnistía como, por ejemplo, en sentencia del 8 de diciembre de 1966, recaída en el recurso de inaplicabilidad rol 16.519-1966, la Corte Suprema señaló:

“La amnistía es una institución creada y mantenida con el objeto de que la sociedad, por medio de sus gobernantes, tienda un manto de olvido sobre hechos de carácter y consecuencias políticas perturbadoras de la tranquilidad pública o del regular funcionamiento de las instituciones”.

BREVE HISTORIA SOBRE EL ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN

Una de las primeras preguntas que surge al intentar explicar esta institución, es: ¿de dónde se origina? Para comenzar a contestar esta pregunta, debo retrotraerme al absolutismo monárquico. En este sentido, el Tratado de Derecho Constitucional, señala:

“Durante los siglos de absolutismo monárquico, el perdón era prerrogativa real, que se ejercía con variado sentido, tanto en orden a las personas favorecidas, como al alcance del beneficio, pudiendo extenderse a los delitos cometidos, decretarse antes o después de la condenación por ellos, y borrar ya la culpa, ya sólo la pena, o disminuir o conmutar esta”¹¹.

De este modo, tanto el indulto como la amnistía involucran a los tres poderes del Estado, por lo mismo, su génesis como un privilegio monárquico se entiende por la confusión que existía en la persona del rey de las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales.

Con el paso del tiempo y la irrupción de la separación de los poderes del Estado, se comprendió que la prerrogativa del perdón o la gracia del Rey significaba extender la función ejecutiva fuera de su esfera, puesto que permitía sustraer a los beneficiados del vigor de la ley – prerrogativa del poder legislativo– y, a su vez, les permitía a los “perdonados” sustraerse de ser procesados o dejar sin sanción una sentencia ya dictada –prerrogativa del Poder Judicial–.

Frente a lo anterior, la nueva concepción sobre la universalidad de los derechos ciudadanos y los postulados revolucionarios de la época, generaron que se omitiera dentro de las primeras constituciones francesas toda referencia a la facultad de perdonar en el Ejecutivo, sin perjuicio que las asambleas deliberantes si ejercieron esta prerrogativa. Ya en 1848, la Constitución francesa de aquel entonces introduce una importante distinción. Al Presidente de la República le compete el derecho de “gracia”, mientras que las amnistías solo pueden establecerse por la ley. Así, ancladas en esta distinción se configuraron estas instituciones que posteriormente serían reconocidas por gran parte de las constituciones del presente¹².

Para finalizar este capítulo, solo mencionar que en Chile la Constitución de 1818 le permitía al Director Supremo la facultad de suspender las ejecuciones capitales y conceder el perdón o conmutaciones de penas. De igual manera,

¹¹ SILVA (2000) p. 245.

¹² Para un repaso histórico más acabado, véase SILVA (2000) p. 246 o véase a ESMEIN (1921) p. 134.

la Carta de 1822, 1828 y 1833 se hacían cargo de esta prerrogativa, y en la Constitución 1925, en particular, se enunciaba dentro de las materias de ley “conceder indultos generales y amnistías”, mientras que entre las atribuciones del Presidente estaba conceder indultos particulares. En cuanto a la Constitución de 1980, y sus reformas, también trataron la materia, como explicaré a continuación.

REGULACIÓN NORMATIVA DE LA AMNISTÍA EN CHILE

Para comprender la regulación de la amnistía en Chile, hay que partir por su vinculación con uno de los delitos de mayor connotación en toda democracia: el terrorismo. Este tipo de leyes está tratado de modo implícito en la Constitución Política de la República de Chile, particularmente, en el artículo 9, en cuanto señala:

“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. [...]

Los delitos a que se refiere el inciso anterior *serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo*”.

Sobre esta norma, resulta importante destacar que el texto original prohibía respecto de estos delitos la amnistía, el indulto y la libertad provisional. Así, la redacción del artículo 9 original de la Carta Magna de 1980 derivó del debate que en la Comisión Ortuzar se realizó en las sesiones 345, 355 y 359, junto al Consejo de Estado en su sesión 70. Las sesiones antes mencionadas, fueron objeto de estudio en la Comisión de Constitución del Senado, en particular en el informe aprobado en la sesión del 3 de enero de 1991, el que daría pie a la reforma en esta materia.

En este marco, resulta llamativo que la primera reforma constitucional que se hizo en democracia –abril de 1991–, modificó esta disposición y otras, y permitió la amnistía y los indultos sin exclusiones de ninguna naturaleza. Esta reforma fue patrocinada por el gobierno de Patricio Aylwin (Q.E.P.D) y sostenida con especial énfasis por su ministro de Justicia, Francisco Cumplido en la Cámara de Diputados, donde se señaló que no podía quedar excluido ningún tipo de delito. De este modo, se ha interpretado que en la actualidad todo es sujeto de amnistía, aunque como mostraré más adelante, hay posturas encontradas en este asunto.

El tema anterior me lleva de forma irremediable al artículo 63 n.º 16 de la actual Carta Magna chilena. Actualmente, el artículo 63 ya referido, regula las materias que solo podrán ser materia de ley. En este contexto, el numeral 16 de dicho artículo es tajante en señalar:

“Sólo son materias de ley:

16) Las que concedan indultos generales y amnistías y las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia. *Las leyes que concedan indultos generales y amnistías requerirán siempre de quórum calificado. No obstante, este quórum será de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9º*¹³.

Según lo anterior, se requieren dos tercios de los diputados y senadores en ejercicio para amnistiar delitos que tengan el carácter de terroristas mientras que este *quorum* se reduce al expuesto en artículo 66 de la misma Carta Fundamental –vale decir: “Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio”– respecto de delitos de otra clase.

En otro ámbito, esta Carta Fundamental en su artículo 32, regula las atribuciones del Presidente de la República, especificándose en el numeral 14, lo siguiente:

“Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

Nº 14º Otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso”¹⁴.

De esta manera, la Constitución referida confiere la facultad de indultar exclusivamente al Presidente de la República, mientras que la posibilidad de amnistiar, del artículo 63 ya expuesto, queda radicada como materia de ley, por lo que debe ser aprobado por el Congreso.

Saliendo de la Constitución chilena, cabe mencionar que la amnistía también se encuentra regulada en ordenamientos jurídicos más específicos dentro del derecho penal. En este contexto, destaca el artículo 93 n.º 3 del *Código Penal chileno*, en cuanto determina a esta institución como causal de extinción de res-

¹³ Párrafo 2.º agregado por el artículo único, n.º 3 de la Ley de Reforma Constitucional n.º 19055.

¹⁴ Véase la Ley n.º 18050, que fija normas generales para la concesión de indultos.

ponsabilidad, señalando: “Artículo 93: La responsabilidad penal se extingue: 3.º Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos”.

Resulta relevante destacar aquí que el artículo 93 transcrito, explicita lo ya referido en el capítulo de definiciones, en cuanto a señalar que extingue por completo la pena y todos sus efectos.

Fuera del *Código Penal*, el *Código de Procedimiento Penal*, también se hace cargo de especificar sus efectos, en específico, en su artículo 408 n.º 5, que refiere:

“El sobreseimiento definitivo se decretará:

5º Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos establecidos en los números 1º, 3º, 5º y 6º del artículo 93 del mismo Código” [Se refiere al *Código Penal*]¹⁵.

Similar regulación se encuentra en el *Código Procesal Penal*, cuando se refiere al sobreseimiento definitivo, en su artículo 250, que señala:

“Sobreseimiento definitivo. El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo:

d) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley; [...]

El juez no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los números 1º y 2º del artículo 93 del Código Penal”.

El artículo 250 muestra que el *Código Procesal Penal* para regular el sobreseimiento definitivo, siguió una línea similar a la del *Código de Procedimiento Penal*, sin embargo, incorporó un interesante inciso final, que aplica plenamente a la materia que se viene tratando. Fluye del artículo transcrito, que el juez se ve en la imposibilidad de amnistiarse delitos que sean imprescriptibles y otras excepciones expresas. A raíz de lo anterior, cabe preguntarse si debe prevalecer la voluntad del ministro de Justicia, Francisco Cumplido y del mismo presidente Patricio Aylwin, que en la reforma constitucional de abril de 1991 ya expuesta con anterioridad, optaron por una postura en que todo delito era sujeto de amnistía o, por el contrario, debiese prevalecer la voluntad expresada en el artículo 250 del *Código Procesal Penal*. Una primera respuesta sería señalar que debe prevalecer la voluntad constitucional sobre la de un

¹⁵ El entre paréntesis de la cita del artículo es mío.

artículo como el del *Código Procesal Penal*. Por otra parte, hay quienes postulan la primacía del derecho internacional en esta materia. Lo cierto, es que tanta contradicción subsiste, y resulta legítimo sostener que el ejercicio de la soberanía nacional le permite al Estado de Chile ejecutar lo que el artículo 9 –reformado en democracia– de la Constitución establece o, bien, decantarse por una interpretación de superioridad en esta materia de los tratados internacionales.

CRONOLOGÍA HISTÓRICA DE AMNISTÍAS EN CHILE

Antes de continuar con el análisis, resulta conveniente recordar los casos más emblemáticos en que se han otorgado amnistías en Chile, pues, solo con una perspectiva histórica se puede comprender cabalmente una institución como esta.

- 1) Una de las primeras amnistías en la historia de la república, se produjo en *el 12 de febrero de 1827*. Esta se dictó a raíz de los delitos cometidos por ciudadanos comprometidos en el movimiento político y social ocurrido en enero de 1827. Cabe recordar que en Chile se había intentado implementar sin éxito el modelo federal en medio de sucesos turbulentos que involucraron a miembros del ejército y civiles. Lo anterior, terminó en el amotinamiento de la guarnición de Santiago y el desalojo de la sala de sesiones del Congreso por medio de la fuerza.
- 2) Ya promulgada la Constitución de 1833, la amnistía siguió siendo usada en Chile. En este contexto, se pretendió atenuar las consecuencias derivadas de las revueltas internas que habían tenido lugar en Chile, cuando el ejército se encontraba en medio de la guerra con la Confederación Perú-boliviana. Así, estas pugnas que culminaron con el combate del Cerro del Barón en Quillota y el asesinato de Diego Portales, fueron “apaciguadas” tras asumir la presidencia Manuel Bulnes, quien optó por una política conciliadora con sus adversarios políticos, pues tenía en la mira afianzar el patriotismo creciente tras la guerra. En este sentido:

“Uno de los primeros actos de la nueva administración fue la aprobación de una ley de amnistía, a la que siguió otra que rehabilitaba a los militares dados de baja. Otras leyes establecieron que los generales O’Higgins y San Martín gozarían a perpetuidad del sueldo íntegro correspondiente a sus grados militares, aunque residieran en el extranjero”¹⁶.

¹⁶ FRÍAS (1990).

De este modo, el *23 de octubre de 1841*, el presidente Manuel Bulnes concedió este beneficio a todos los chilenos que se hallaren en destierro, a consecuencia de tentativas o de hechos contra el orden político del Estado.

- 3) Posteriormente, los problemas de la naciente república continuarían y vendría la llamada revolución del 51, que tuvo sus episodios más álgidos en la batalla de Loncomilla en el sur, junto con la revolución del norte, en La Serena. Lo anterior, derivó en que el *30 de julio de 1857*, el presidente Manuel Montt dictó una amnistía para todos los ciudadanos de la república que tomaron parte en los sucesos ocurridos a raíz de la crisis política de 1851, ya sea que hubieren sido juzgados o que pudieren ser juzgados, y se hallaren en territorio nacional, como también los que estando afuera volvieran con autorización presidencial.

De la misma forma, el presidente José Joaquín Pérez, *en 1861*, la concedió a todos los individuos que desde el año 1851 hasta la fecha hubieren sido o pudieren ser enjuiciados por razón de delitos políticos. En la oportunidad, el Estado condonó, incluso, las indemnizaciones fiscales a que dichos individuos pudieren ser responsables por causa de los mencionados delitos.

- 4) Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, las más famosas y problemáticas del Estado chileno estaban por venir. En 1886, asume la presidencia José Manuel Balmaceda. Es muy conocido su programa político, económico y de obras públicas. No es el propósito ahora referirme a las profundas causas de la revolución, porque sería incursionar en la estructura constitucional de 1833, en la cuestión del sacristán, en las pugnas entre el Presidente y el Parlamento, junto a la acusación constitucional contra la Corte Suprema de 1867, etc. A modo muy sucinto, dejar dicho que iniciado 1891, y después de grandes pugnas, luchas, odios y polémicas políticas, no hubo entendimiento entre José Manuel Balmaceda y el Congreso. El 1 de enero de ese año, el Presidente lanzó un manifiesto y a los pocos días, con la firma de todos sus ministros, dispuso por sí y ante sí, que regiría la ley de presupuesto del año anterior. La respuesta del Parlamento no se hizo esperar mediante un acta para que el Presidente depusiera de su cargo.

Los hechos descritos devinieron en uno de los episodios más sangrientos de la historia republicana chilena. El Congreso contaba con la adhesión de la Marina, mientras que el Ejecutivo con la del Ejército. Tras nueve meses de lucha en tierra y mar, murieron al menos seis mil personas y una suma de casi el doble solo entre heridos e incapacitados. Sobre el particular, Francisco Antonio Encina señaló:

“Dado el hábito inveterado en Chile, de ocultar las bajas y los datos contradictorios de los partes oficiales de los jefes de ambos bandos, es imposible precisar el número de muertos en el conflicto armado. Pero se le puede estimar, con la confianza de no errar mucho, en unos 6.000 incluyendo los fusilamientos y heridos que fallecieron en los hospitales. Más incierto aún es el cálculo de los heridos para la actividad productora”¹⁷.

Es importante recalcar, para entender las proporciones del desastre, que en el Chile de la época vivían alrededor de tres millones de habitantes.

A pesar de tanta división, muertes, torturas y flagelos, se fueron dictando a contar del *25 de diciembre de 1891*, sucesivas leyes de amnistía. Así, Jorge Montt la concedió a todos lo que hubieren sido o pudieren ser juzgados por delitos políticos cometidos desde el 1 de enero de 1891 hasta el 29 de agosto de 1891, con las excepciones que se indicaron en la propia ley. En esta línea, y hasta 1895, se dictaron tres leyes de similares características dada la convulsión social de la época. En un primer momento, los principales beneficiados fueron los prisioneros del Ejército, que ejercieron empleos de General o Coronel, sumados a los jefes de la Armada, aunque se exceptuaron a los involucrados en el ataque al *Blanco Encalada*, a la torpedera *Lynch* y los autores de la Matanza de Lo Cañas. Con posterioridad, y tras mucha discusión, el *8 de agosto de 1894*, se superaron las secuelas de los hechos violentos, cuando el Congreso Nacional amnistió a todas las personas responsables de hechos de carácter político de la época. Sobre el particular, Gonzalo Vial dijo:

“Sucesivas amnistías, cada vez más amplias, le permitieron (al Presidente Jorge Montt) en apariencia reorganizar la vida y reincorporarse a la actividad nacional”¹⁸.

- 5) Como era de esperar, dentro del siglo xx, siguieron ocurriendo conflictos políticos dramáticos. Así, después de varios años de parlamentarismo, Chile derivó en una crisis política, llena de incertidumbre, lo que se sumó a la crisis económica mundial de 1929 generando un clima de gran inestabilidad. De este modo, durante 1931 se dieron casos históricos de crisis cívico-militares muy importantes en la historia republicana. En primer lugar, el 31 de agosto se produce la sublevación de la Escuadra de Chile, protagonizada por un conjunto de la

¹⁷ ENCINA (1952) p. 337.

¹⁸ VIAL (1981) p. 811.

marinería de la Armada de Chile. Si bien el movimiento nació como protesta frente a una rebaja de salarios, la que había sido decretada antes por el gobierno del vicepresidente Manuel Trucco, con el correr de los días, el motín de la Armada de Chile explicitó sus pretensiones de protagonizar una revuelta social y asumir el gobierno de la república. De esta forma, y tras enfrentamientos armados entre los grupos rebeldes con la Fuerza Aérea de Chile en La Serena y, posteriormente, con el ejército de Chile en Talcahuano, las tropas amotinadas desistieron de sus pretensiones.

- 6) Como era de esperar en este crispado ambiente, los conflictos seguirían el día 4 de junio de 1932, cuando las unidades militares de la base aérea El Bosque se dirigieron al palacio de La Moneda con el objetivo de derrocar al presidente Juan Esteban Montero, quien se vio forzado a renunciar y, acompañado por sus ministros, se retiró sin ofrecer resistencia. Tras esto, los militares proclamaron la República Socialista de Chile. Así:

“las primeras medidas de la República Socialista fueron la amnistía de todos los condenados por delitos políticos y sociales –entre quienes se encontraban los marinos que habían participado en la ‘Sublevación de la Escuadra’–, la devolución de pertenencias empeñadas en la Caja de Crédito Popular (especialmente herramientas de trabajo, como máquinas de coser), la reincorporación de 200 profesores exonerados por razones políticas durante el régimen de Ibáñez, así como algunas normas económicas de corte nacionalista y proteccionista, de las cuales muchas quedaron vigentes y siguieron aplicándose durante otros gobiernos”¹⁹.

- 7) Sin embargo, el régimen socialista duraría poco, pues, la inestabilidad y tensiones políticas continuaron, lo que generó que políticos de distintos sectores vieran en el retorno de Arturo Alessandri Palma una posible solución a la crisis. De este modo, en 1932 el “León de Tarapacá” asumió por segunda vez la presidencia de la república, después de sufrir en carne propia el exilio del país junto a su familia, además del allanamiento de su casa, persecuciones y otros vejámenes. Al volver al país, el recién retornado Presidente se propuso “olvidar” lo pasado y gobernar hacia el futuro, señalando al respecto:

“Restablecer el imperio de la ley en un país así convulsionado y olvidado por algún tiempo de aquellos deberes, era la mayor y más difícil

¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2012).

empresa que pesaba sobre el nuevo Gobierno, tarea que me propuse alcanzar con la máxima energía. Era necesaria la pacificación interna del país al amparo del cumplimiento integral de la Constitución y la Ley”²⁰.

Confirma lo anterior, la amnistía concedida el *15 de septiembre de 1934*, que se otorgó en general a los autores, cómplices o encubridores de los delitos contra el Estado; de calumnias, injurias y desacato contra el Presidente de la República y otros funcionarios, fuera de otros delitos que la misma ley contempla.

- 8) Avanzando en la historia republicana de Chile, las amnistías continuaron profusamente. Destacan entre estas, las leyes n.º 9580 del *8 de marzo de 1950*, la n.º 9665, del *4 de septiembre* del mismo año, y la n.º 10957, de *31 de octubre de 1952* promulgadas por Gabriel González Videla. Aunque fuera de las dictadas por Gabriel González Videla, este Presidente radical, protagonizaría otro llamativo episodio. Tras arribar al poder, apoyado por el Partido Comunista, “don Gabriel” decreto la denominada Ley de Defensa Permanente de la Democracia, la que prohibía y perseguía a quienes suscribieran esta ideología marxista. Lo anterior, produjo una fuerte polémica, pues obligó, entre otros, al mismo Pablo Neruda a retirarse del país. El 24 de enero de 1955 mediante la Ley n.º 11773, junto con la Ley n.º 12004 del *10 de enero de 1956* y la Ley n.º 12886 del *29 de abril de 1958*, Carlos Ibáñez del Campo concedió la amnistía a todos los responsables de infracciones o delitos penados por esta norma (conocida también como Ley Maldita) como, asimismo, a los responsables de los delitos cometidos con móviles políticos penados por la Ley sobre Abusos de Publicidad y otros que se mencionan en dichas leyes.

Así, la historia de Chile está llena de encuentro y desencuentros, donde lamentablemente la violencia ha brotado en innumerables oportunidades, actuando la amnistía como un apaciguador de los ánimos.

- 9) Más cercano al presente época, se encuentran las famosas leyes dictadas por Eduardo Frei Montalva en esta materia. Destaca en este caso particular, la del *30 de marzo de 1965*, la que fue concedida a los periodistas que se encontraban procesados o que hubieren sido condenados por infracciones a la Ley n.º 15576 del 11 de junio de 1964, que fijaba el texto refundido y definitivo de la Ley sobre abusos de publicidad.

²⁰ ALESSANDRI (1967) p. 13.

En la misma línea anterior, el *27 de julio de 1966*, se concedía otra vez a los responsables de los delitos o infracciones sancionadas por la Ley n.º 15576 ya referida.

Más adelante, y producto de una gran polémica generada a raíz del uso irregular de dineros fiscales por parte de varias municipalidades, junto con una deficiente legislación sobre el particular que existía en la época, Eduardo Frei Montalva se vio en la necesidad de amnistiar los delitos derivados de estos hechos, con el objetivo de sacar de prisión a numerosos funcionarios públicos. De este modo, en fecha *30 de diciembre de 1966*, se concedió a alcaldes, regidores, funcionarios municipales y demás personas responsables por los hechos delictivos que la propia ley refería.

De igual forma, el *día 8 de noviembre de 1969* se dictó una amnistía que favorecía también a los alcaldes, regidores, exalcaldes, exregidores y funcionarios públicos por la responsabilidad penal, civil o administrativa que pudiere afectarles haber otorgado beneficios económicos a sus personales, junto con liberarlos de la obligación de devolverlos.

Como dato anecdótico, sólo durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva se concedieron un total de once amnistías.

- 10) Durante la Unidad Popular, también se otorgaron bastantes. El clima político de la época era muy álgido y lentamente la violencia comenzaba a aflorar como legítima en todos los sectores del país. En este contexto, por ejemplo, el *día 12 de noviembre de 1971*, se concedió a una serie de personas que dicha norma señala, siendo los casos más emblemáticos, las amnistías otorgadas a personas ligadas al MIR.

Cabe recordar, que solo durante los tres años de gobierno de Salvador Allende Gossens se concedieron un total de diecisiete.

- 11) Para finalizar este recuento histórico, hay que mencionar la famosa Ley de Amnistía General de fecha *19 de abril de 1978*, otorgada para todas las personas que esa norma indica, por delitos cometidos con posterioridad al quiebre institucional del 11 de septiembre de 1973 y hasta el 10 de marzo de 1978. Este indulto, por sus características, requiere de una exposición aparte, que desarrollaré a continuación.

DECRETO LEY 2191

- 1) El decreto en comento, antes de sus disposiciones, daba como preámbulo las tres consideraciones siguientes:

“Considerando:

1º- La tranquilidad general, la paz y el orden de que disfruta actualmente todo el país, en términos tales, que la conmoción interna ha sido superada, haciendo posible poner fin al Estado de Sitio y al toque de queda en todo el territorio nacional;

2º- El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos;

3º- La necesidad de una férrea unidad nacional que respalde el avance hacia la nueva institucionalidad que debe regir los destinos de Chile”.

- 2) En este contexto, cabe mencionar también que, en marzo 1978, pocos días antes de dictarse este decreto ley, por primera vez no se había renovado el Estado de sitio, con lo que la Junta de Gobierno buscaba iniciar una nueva etapa en la convivencia civil.
- 3) Se aprecia, además, del texto transcrito, el esfuerzo de la Junta de Gobierno por generar consenso sobre la necesidad de amnistiar, es decir, de generar un acuerdo respecto de que las características de la situación política de Chile después de septiembre de 1973, permitían la dictación de una ley que perdonara los delitos cometidos.
- 4) Sin perjuicio de esto, una opinión contraria aparece en Gonzalo García Pino y Pablo Contreras Velasquez, cuando señalan:

“Desde el punto de vista de las normas internacionales que establecen la obligación de juzgar graves crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, no son legítimas las medidas de clemencia que imponen un mero manto de impunidad sobre tales conductas (los crímenes que en Chile tienen ese carácter son las desapariciones sistemáticas de personas cometidas por la DINA entre fines de 1973 y 1977). [Zalauett, 1999: 394]”²¹.

- 5) Otro rasgo interesante del contexto histórico a la dictación del decreto ley, fue el apoyo que suscito en las iglesias cristianas. La Iglesia católica en concreto, celebró la ley como “signo alentador de un reencuentro fraterno”.
- 6) En cuanto a las disposiciones mismas del DL. 2191, esta normativa señala:
 - “Artículo 1º- Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido

²¹ GARCÍA y CONTRERAS (2014) p. 84.

en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

- Artículo 2°- Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973.
- Artículo 3°- No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1°, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario.
- Artículo 4°- Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1°, las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol N° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc.
- Artículo 5°- Las personas favorecidas por el presente decreto ley, que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3° del decreto ley N° 81, de 1973, para reingresar al país”.

- 7) Dado el tenor de los artículos citados, podrá preverse la gran problemática que ha generado en Chile el decreto ley 2191.
- 8) Me parece prudente señalar que, en la aplicación del decreto ley se beneficiaron personas de los distintos sectores políticos enfrentados en la época. De acuerdo con los antecedentes recopilados por la comisión asesora del gobierno militar en materia de derechos humanos, presidida por el exsenador Ricardo Martín, se acogieron a sus disposiciones 478 miembros de la Fuerza Armada, Carabineros e Investigaciones y 1 447 miembros de los movimientos revolucionarios contrarios al régimen militar. Lo anterior, se refleja con claridad frente a la variada jurisprudencia existente a la fecha en los máximos tribunales, como mostraré a continuación.

EL DECRETO LEY 2191 EN LA JURISPRUDENCIA

1) Un primer ejemplo de esto es el emblemático recurso de inaplicabilidad presentado por el abogado Alfonso Insunza Bascuñán, mediante el que solicitaba a la Corte Suprema la derogación del decreto ley 2191. En concreto, se solicitaba que la Corte Suprema declare que en la causa rol n.º 553-78, de la Segunda Fiscalía del Juzgado Militar de Santiago, es inaplicable la norma señalada por tratarse de un precepto contrario a la Constitución Política.

- Dicho de modo sucinto, el abogado esgrimía como argumentos que el artículo 1.º del decreto ley n.º 2191, de 1978, sobre amnistía, vulneraba artículos de la Carta Fundamental, entre los cuales menciona: artículo 5.º, en cuanto no vela por el bien común ni respeta los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana; artículo 19 n.º 2, en tanto se establece una norma particular en beneficio de una determinada delincuencia, estableciendo diferencias arbitrarias entre la población; artículos 1.º y 7.º, en tanto suprime la “garantía jurídica penal” al dejar sin sanción la violación de los derechos que garantizan; artículo 19 n.ºs 23 y 24, por cuanto no permite a los afectados obtener una reparación pecuniaria de los daños sufridos.
- Sin embargo, la Corte Suprema falló en contra del recurso y ratificó la vigencia del decreto ley 2191 en fallo dividido. Entre las consideraciones más importantes de dicha sentencia se encuentra el considerando quinceavo, que señala:

“15.º.- Que con lo analizado precedentemente, debe entenderse que en nuestro ordenamiento jurídico la amnistía constituye un acto del Poder Legislativo que suspende de manera objetiva la declaración de criminalidad hecha por otra ley, como consecuencia de que hace desaparecer en el delito su punibilidad al eliminar la pena y todos sus efectos en los hechos ilícitos que comprende, e impide y paraliza definitivamente o para siempre el ejercicio de toda acción judicial que tienda a sancionarlos; o anula y deja sin efecto las condenas que por esos delitos se hayan impuesto, dejando a sus autores –en el orden legal– en la misma situación que si no hubiesen delinquido. Siendo la amnistía, como realmente es, una causal objetiva de extinción de responsabilidad criminal, corresponde entender por consiguiente, que sus efectos se producen de pleno derecho a partir del momento establecido por la ley, sin que puedan ser rehusados por sus beneficiarios, tal como antes ya lo ha declarado esta misma Corte, pues se trata de leyes de derecho público, que miran al interés general de la sociedad.

Lo expresado significa, que una vez verificada la procedencia de la ley de amnistía deben los jueces proceder a declararla en conformidad con lo que al efecto preceptúan los artículos 107 y 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, sin que en consecuencia tenga obligatoria aplicación lo dispuesto en el artículo 413 de este mismo Código, que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente”.

- 2) Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, todo esto cambió con la llegada de la democracia y la pérdida de influencia del Ejército en las decisiones del país. De este modo, después de aplicar en reiteradas oportunidades el decreto ley referido, los tribunales chilenos poco a poco fueron adoptando una postura radicalmente opuesta a la aquí señalada.
- 3) Así, avanzando en el tiempo, existe un caso emblemático que se dio dentro de este periodo de transición (que va desde la aplicación hasta a la no aplicación del decreto ley 2191), el que fue denominado “Caso Soria”.

Este caso particular, se inicia en 1994, a través de una querrela contra el estado de Chile por el asesinato del diplomático español, Carmelo Luis Soria Espinoza en 1976. Tras la investigación correspondiente, se acusaron cinco oficiales del Ejército como eventuales responsables del crimen, sin embargo, fueron sentenciados: el mayor en retiro Guillermo Humberto Salinas Torres y el suboficial en retiro José Remigio Ríos San Martín.

Dos años después de la sentencia, en el año 1996, ambos oficiales fueron sobreseídos por varios ministros de la Corte Suprema de aquel entonces, señores Eliodoro Ortiz Sepúlveda, Enrique Zurita Camps, Guillermo Navas Bustamante y Hernán Álvarez García, luego de aplicar el decreto ley n.° 2191. Esto generó gran revuelo político, y se acusó constitucionalmente a los ministros de la Corte Suprema bajo los cargos de notable abandono de deberes, argumentando que no se habían respetado normas de la Convención Americana de Derechos Humanos ratificado por Chile.

De este modo, tras la revisión de la acusación constitucional, el planteamiento por parte de la defensa de cuestiones previas, y una lata discusión sobre el concepto de notable abandono de deberes y de la independencia de los poderes del Estado, la Cámara de Diputados, en la segunda sesión del día martes 1 de octubre de 1996, rechazó la acusación constitucional, con setenta y tres votos en contra y treinta y dos votos favorables.

- 4) Como ya indiqué, con el correr de los años y sobre todo desde 1998, el decreto ley referido fue perdiendo aplicación en los tribunales chilenos. En este sentido, resulta interesante ver qué argumentos se han esgrimidos para quitar vigencia a la amnistía indicada.
- a. Un primer ejemplo de resoluciones judiciales que privaron de aplicación el decreto ley 2191 está en la emblemática causa rol 2.770 del Juzgado del Crimen de Laja o rol 27-2010 de la I. Corte de Apelaciones Concepción, relativa a la terrible matanza de dieciséis personas en la comuna de Laja durante septiembre 1973. En este caso particular, siguiendo lo resuelto en causas similares, se argumentó que, si bien:

“se sobreesió total y definitivamente la causa por haberse extinguido las eventuales responsabilidades penales en los hechos investigados por aplicación de la amnistía contemplada en el referido cuerpo legal”,

más adelante agrega: “6º Que, al momento del sobreseimiento definitivo, no se había dictado un auto de proceso en contra de persona alguna”.

De este modo, el tribunal arriba a la conclusión siguiente:

“7º Que, no se ha efectuado una correcta aplicación del artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que una acertada interpretación, como lo ha indicado reiteradamente la Excma. Corte Suprema, a modo de ejemplo, en la sentencia dictada en autos roles 4054-2001, indica que el sobreseimiento definitivo basado en las causales del artículo 93 del Código Penal, se dicta en beneficio del procesado, concepto que se ha entendido en forma amplia, respecto del encausado propiamente tal, como también respecto del inculcado o imputado a quien pueda aplicarse alguno de los numerales que señala la disposición que se analiza, y del examen de la causa y del propio sobreseimiento definitivo decretado a fs. 952 y siguientes, y confirmado por resolución de fojas 983, el Tribunal Militar no ha identificado las personas que aparecerían como responsables ni de qué hecho lo serían”.

Así, y bajo la concepción de que la amnistía solo es “causal de extinción de la responsabilidad penal, que es y será siempre personal”, se dejó sin efecto la resolución que dictó el sobreseimiento total y definitivo, ordenando que se investigasen los hechos, para encontrar a quienes eran los responsables y que delitos habían cometido, sin pronunciarse sobre si se haría valer el decreto ley después de investigados los hechos.

- b. Una solución muy distinta se dio a propósito del juicio Almonacid Arellano y otros contra Chile. En este caso, fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que en sentencia de 26 de septiembre de 2006 condenó al Estado chileno, expresando que la república se encontraría obligada internacionalmente a derogar el DL. 2191 de 1978 y

“adoptar las medidas necesarias para evitar que tal regulación legal impida la investigación judicial y la posible sanción a los responsables por violaciones a los derechos humanos cometidas en dictadura”²².

El fallo mismo de la CIDH, hace un extenso análisis sobre la legitimidad de aplicar el decreto ley referido y dispone:

“DECLARA: Por unanimidad, que: 2. El Estado incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de dicho tratado, en perjuicio de la señora Elvira del Rosario Gómez Olivares y de los señores Alfredo, Alexis y José Luis Almonacid Gómez, en los términos de los párrafos 86 a 133 de la presente Sentencia. 3. *Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado.* 4. *Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación. Y DISPONE: Por unanimidad, que: 5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia.* 6. *El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia”.*

En este caso particular, la Corte de Apelaciones de Rancagua, en su fallo respecto de Almonacid Arellano, se pronunció sobre lo que en doctrinaria se llamó “la cosa juzgada aparente o fraudulenta” expresando en concreto:

“cuando en su concepto se ha terminado un proceso criminal, por fallo firme o por sobreseimiento, sin el verdadero propósito de cumplir con

²² GARCÍA y CONTRERAS (2014) p. 85.

el amparo judicial a que tiene derecho quien lo haya requerido, sino sólo como medio de asegurar una impunidad, o cuando una decisión de condena vulnera, también, garantías fundamentales reconocidas en la Convención Americana, tales decisiones, aunque estén firmes conforme a normas de derecho interno, no producen realmente cosa juzgada, ni tampoco generan el efecto protector de la llamada regla del *ne bis in idem*, porque son precisamente ellas las que configuran la infracción a la Convención Americana, y un acto infractor, vulnerador de garantías fundamentales, no puede tener efecto jurídico, so pena de desbaratarse todo el sistema de protección que la Convención de que se trata prevé” (SCA de Rancagua 103/2011 confirmada por la SCS 1260/2013).

- 5) Con lo hasta aquí señalado, se aprecia que el DL. 2191 fue aplicado en innumerables ocasiones hasta la llegada de la democracia, diluyéndose su aplicación poco a poco con el correr del tiempo, hasta arribar a la actualidad, donde, si bien permanece vigente formalmente, en los hechos, los ministros investigadores de causas de derechos humanos entre 1973 y 1978 no la reconocen como parte del ordenamiento jurídico, siendo fundamental en esto, el fallo de la CIDH.

CONCLUSIÓN

Habiéndose revisado las características principales de este tipo de leyes, junto con el origen de esta institución, puedo, en primer término, concluir que su aplicación en democracia se ha dado siempre en climas políticos muy complejos y acalorados. De este modo, aparece por contraste que, en un comienzo, tanto la amnistía como el indulto constituían prerrogativas del poder monárquico, y su aplicación no producía mayores revuelos, sino, más bien, aumentaba la fama de “piadoso” del rey de turno.

Sin embargo, ya instalada la separación de los poderes del Estado, y consagradas las democracias en la mayor parte del mundo, estas leyes han consistido siempre en herramientas de *ultima ratio*. Como resulta evidente, la historia de Chile no escapa de esto último, sobre todo si se piensa en la amnistía aplicada con posterioridad a la crisis política de 1891 y sus desastrosas consecuencias.

En este contexto, otra importante ocasión en que se aplicó fue sin duda por Arturo Alessandri Palma en 1932. Lo anterior, se justifica particularmente si se considera que el propio ex Presidente había sido perseguido de numerosas maneras, y que gran parte de los amnistiados correspondían a rivales políticos antes del regreso de don Arturo a Chile.

En cuanto al decreto ley 2191, resulta llamativo que problematiza esta institución en varios sentidos. En ese marco, una de las características más discutidas de la amnistía, es decir, si puede aplicarse a hechos genéricos o si debe especificarse las personas sobre las que recae, ha sido el fundamento de resoluciones judiciales recientes, como ya hemos visto.

Por otra parte, destaca de este decreto ley, el que es una norma esencialmente política, de modo que su vigencia pareciera estar también limitada por la voluntad política de la sociedad que la aplica. Por último, hay que destacar de este decreto ley, que problematiza otra característica muy discutida, como lo es si pueden ser aplicadas en cualquier contexto o no. En este sentido, el actual derecho internacional se manifiesta de forma clara contra dicha característica, distinguiendo entre hechos y contextos políticos amnistiabiles, de hechos y contextos no amnistiabiles. Sin embargo, como argumenté en estas páginas, no siempre hubo consenso respecto de esto último.

Antes de terminar, cabe destacar que muchas veces se escucha en la discusión pública demandas por amnistias o indultos sin diferenciar sus características jurídicas más elementales. Así, convendría a los distintos sectores políticos un repaso y comprensión de estas instituciones, antes de exigir las o negarlas, pues, de otro modo, el debate pierde rigor y seriedad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI PALMA, Arturo (1967): *Recuerdos de gobierno*, tomo III (Santiago, Editorial Nascimento).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE (2012): *Arturo Alessandri Palma y su época: vida, política y sociedad* (Santiago, Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional).
- CABANELAS, Guillermo (1981): *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (Buenos Aires, Editorial Heliasta, décimo quinta edición revisada, actualizada y ampliada por Luis Alcalá Zamora y Castillo).
- CAPITANT, Henri (1975): *Vocabulario jurídico*. Reimpresión inalterada (Buenos Aires, Ediciones Palma).
- FUNDACIÓN TOMÁS MORO (1993): *Diccionario jurídico Espasa* (Madrid, Editorial Espasa-Calpe, S.A.).
- Enciclopedia Jurídica Omeba* (1954): tomo I (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina).
- ENCINA, FRANCISCO ANTONIO (1952): *Historia de Chile*, tomo XX (Santiago, Editorial Nascimento).
- ESMEIN, Adhémar (1921): *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, tome II (Bordeaux: Cadoret, septième édition).

- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): *Derecho penal*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición revisada y actualizada).
- FRIAS VALENZUELA, Francisco (1990): *Nuevo manual de historia de Chile* (Santiago, Editorial Zig-Zag, novena edición actualizada hasta septiembre de 1973).
- GARCIA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VELASQUEZ, Pablo (2014): *Diccionario constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Cuadernos del Tribunal Constitucional, n.º 55).
- JIMENEZ DE AZUA, Luis (1950): *Tratado de derecho penal* (Buenos Aires, Editorial Losada. S.A.).
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1966): *Curso de derecho penal chileno*, tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014): *Diccionario de la lengua española*, tomo I (Madrid, Espasa, edición del tricentenario, vigésima tercera edición).
- MASCAREÑAS, Carlos E. (1950): *Nueva enciclopedia Jurídica*, tomo II (Barcelona, Francisco Seix Sa).
- SILVA BASCUÑAN, Alejandro (2000): *Tratado de derecho constitucional*, tomo VII: Congreso Nacional. La función legislativa (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- VIAL CORREA, Gonzalo (1981): *Historia de Chile 1891-1973* vol. 1.º tomo II (Santiago, Editorial Antártica).

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO
IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO XII - N.º 23 - OCTUBRE DE 2023

REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
ISSN 0719-2959

WWW.DERECHOIBEROAMERICANO.CL

ESTUDIOS

Orden público económico

Stelios Andreadakis: Accountability and multinational corporations: Minding the gap and mechanisms for responsible business

Daniela Alejandra Uribe Muñoz: El crédito fiscal y la reorganización tributaria

Derechos fundamentales

Carlos Manuel Rosales - José Luis Téllez Ortega: Los jueces y las redes sociales

Historia y filosofía política

Juan Fernando Segovia: Joseph De Maistre y la política antimoderna. La actualidad de un pensador inactual

Eduardo Andrades Rivas: Notas sobre las Capitulaciones del almirante Fernando de Magallanes

Derecho económico

Alfonso Jacob Cuevas Contreras: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las criptomonedas en Chile?

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Cristian Román Cordero: Derecho disciplinario e infidelidad matrimonial (comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema rol n.º 17.750-2019)

RECENSIONES

Julio Alvear Téllez: *El realismo jurídico de Juan Vallet de Goytisoló* de Estanislao Cantero

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

